



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da Centro Europa 7 s.r.l., in persona del
legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv.
Alessandro Pace, dall'Avv. Giuseppe Oneglia e dall'Avv. Ottavio
Grandinetti con domicilio eletto in Roma piazza delle Muse n. 8 presso
Associazione Professionale Studio Legale Pace;

contro

Ministero delle comunicazioni (ora Ministero dello sviluppo economico) e
Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona dei rispettivi legali
rappresentanti pro-tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale
dello Stato con domicilio in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

Direzione Generale Autorizzazioni e Concessioni del Ministero delle
Comunicazioni, non costituitasi in giudizio;

con l'intervento di

Mediaset s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore,
costitutosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luigi Medugno e
Giuseppe Rossi, ed elettivamente domiciliato presso il primo, in Roma, via
Panama, n. 58;

FF

N. 242/09

Reg.Dec.

N. 10395 Reg.Ric.

ANNO 2004

Acc. n.
P. 2008
05

A handwritten signature or mark, possibly a stylized 'S' or 'L', located at the bottom right of the page.

Prima Tv s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Filippo Satta, Stefania Bariatti e Luca Perfetti, ed elettivamente domiciliato presso il primo, in Roma, via Pier Luigi da Palestrina, n. 47;

Federazione Radio Televisioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv.to Claudio Chiola, ed elettivamente domiciliato presso lo stesso, in Roma, via della Camilluccia, n. 785;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione II, n. 9315/04 pubblicata il 16 settembre 2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle amministrazioni appellate e gli atti di intervento di Mediaset s.p.a., di Prima Tv s.p.a. e della Federazione Radio Televisioni;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la sentenza della Corte di Giustizia, sezione IV, 31 gennaio 2008, C-380/05;

Vista la decisione non definitiva del Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 2622/08 del 31 maggio 2008;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 16 dicembre 2008 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avvocato Pace, l'Avvocato Grandinetti, l'Avvocato Medugno, l'Avvocato Rossi, l'Avvocato Satta, l'Avvocato Perfetti, e gli Avvocati dello Stato Di Carlo e Gentili;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Centro Europa 7 s.r.l. ha partecipato alla gara, indetta in attuazione della legge n. 249 del 1997, ai fini del rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva su frequenze terrestri in ambito nazionale ed, essendosi classificata con l'emittente "Europa 7" al settimo posto della relativa graduatoria, ha ottenuto il rilascio di una delle suddette concessioni (d.m. 28 luglio 1999), nella quale, pur prevedendosi che in forza del suddetto provvedimento l'istante aveva titolo ad installare ed esercitare una rete d'impianti di radiodiffusione televisiva, non erano assegnate specifiche frequenze in attesa del programma di adeguamento degli impianti al Piano nazionale di assegnazione delle frequenze.

Non avendo le competenti amministrazioni proceduto all'assunzione di alcun provvedimento di assegnazione delle frequenze, con ricorso al Tar del Lazio notificato il 27 novembre 2003 Centro Europa 7 ha chiesto:

a) la condanna, anche ai sensi degli artt. 33 e 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, così come modificato dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000, delle amministrazioni resistenti ad assegnare alla ricorrente una rete di impianti di radiodiffusione costituita da impianti ubicati nei siti individuati dal Piano nazionale delle frequenze, o, in subordine, la condanna delle stesse amministrazioni all'assegnazione alla ricorrente di canali comunque idonei a

farle raggiungere la copertura di almeno l'80 % del territorio nazionale e di tutti i capoluoghi di provincia;

b) la condanna delle amministrazioni resistenti, ciascuna per la parte di sua responsabilità, al risarcimento dei danni ingiusti subiti e subendi dalla ricorrente per la mancata, tempestiva, assegnazione di una rete o di canali (frequenze) comunque idonei a garantire la suddetta copertura.

Con sentenza n. 9315/2004 il Tar del Lazio ha dichiarato inammissibile la domanda di condanna all'assegnazione delle frequenze, ritenendo che i provvedimenti richiesti postulano che la situazione soggettiva dedotta in giudizio abbia natura di diritto soggettivo, mentre in realtà la posizione della ricorrente deve essere qualificata di interesse legittimo; ha anche aggiunto che se l'oggetto della concessione consiste nell'attribuzione di determinate frequenze, allora la mancata assegnazione delle stesse costituisce un vizio del provvedimento ampliativo, che non può non comportarne l'illegittimità per violazione della normativa vigente, per cui, conseguentemente, risulta contraddittorio collegare la nascita di un diritto soggettivo ad ottenere le frequenze sulla base di un provvedimento che risulterebbe in palese contrasto con la disciplina in materia.

Il giudice di primo grado ha poi respinto la domanda di risarcimento per equivalente, evidenziando che la formulazione della stessa (inadempimento agli obblighi nascenti dalla concessione) si pone in contrasto con la situazione soggettiva della ricorrente di interesse legittimo pretensivo a che le competenti amministrazioni integrino il contenuto del citato provvedimento, fermo e impregiudicato il potere delle stesse di

adottare eventualmente determinazioni negative sulla base di circostanze fattuali e di diritto sopravvenute.

Centro Europa 7 ha impugnato tale decisione, deducendo:

a) l'erroneità della qualificazione della situazione giuridica soggettiva vantata da Europa 7, in quanto il privato, dopo il rilascio della concessione, vanta un diritto soggettivo perfetto a seguito dell'adozione o stipula dell'atto (concessione) che disciplina i diritti delle parti pubbliche e private; di talché è ben possibile che la parte non inadempiente richieda al giudice amministrativo la condanna della altra parte all'adempimento delle obbligazioni oggetto della concessione, anche in forza della giurisdizione esclusiva che in materia compete al giudice amministrativo;

b) il decreto di concessione non è illegittimo per non aver attribuito le frequenze, ma ha solo rinviato tale assegnazione ad atti successivi, poi mai emanati;

c) il Ministero avrebbe dovuto adempiere alle obbligazioni nascenti dalla concessione;

d) le amministrazioni sono anche tenute al risarcimento dei danni, da quantificare in modo diverso a seconda che si proceda all'assegnazione delle frequenze o che tale assegnazione non avvenga, dovendo nel primo caso il risarcimento essere limitato al lucro cessante relativo agli anni in cui la ricorrente non ha potuto operare e nel secondo caso all'intero valore dell'azienda, corrispondente a circa 3,5 miliardi di euro.

Il Ministero delle comunicazioni e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni si sono costituiti in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con decisione n. 3846/05 questa Sezione ha in primo luogo ritenuto che la controversia appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche dopo la sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004, trattandosi di una controversia su una concessione, rilasciata in materia di telecomunicazioni (art. 5 l. n. 1034/1971 e 33 co. 1 d.lgs n. 80/1998 come sostituito dall'art. 7 l. n. 205/2000 e "riscritto" da Corte Cost. n. 204/2004).

Tenuto conto che la controversia ha ad oggetto una domanda risarcitoria, sia in forma specifica che per equivalente, la Sezione ha poi rilevato che sono state evocate solo le Amministrazioni, e non i titolari delle "reti eccedenti" che, indubitabilmente, sarebbero incisi da una statuizione di condanna in forma specifica, ritenendo così di doversi limitare a conoscere dell'unica domanda procedibile ossia la domanda di risarcimento per equivalente (riservando al prosieguo ogni ulteriore provvedimento in merito alla azione di reintegra in forma specifica).

Quanto alla domanda di risarcimento danni per equivalente, premesso che la mancata assegnazione delle frequenze è stata determinata da fattori essenzialmente normativi, la Sezione ha formulato, ai sensi dell'art. 234 del Trattato, una serie di questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, sospendendo il giudizio e disponendo la trasmissione degli atti alla Corte.

Con sentenza della sezione IV, 31 gennaio 2008, C-380/05, la Corte di Giustizia ha risposto ad alcune questioni, ritenendo l'irricevibilità, l'irrelevanza o l'assorbimento delle altre, dichiarando che "l'art. 49 CE e, a decorrere dal momento della loro applicabilità, l'art. 9, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/21/CE, che

istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «quadro»), gli artt. 5, nn. 1 e 2, secondo comma, e 7, n. 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «autorizzazioni»), nonché l'art. 4 della direttiva della Commissione 16 settembre 2002, 2002/77/CE, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, devono essere interpretati nel senso che essi ostano, in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati".

Dopo la pubblicazione della sentenza della Corte di Giustizia, con atto notificato il 18 febbraio 2008, Centro Europa 7 ha riassunto il giudizio, insistendo per l'accoglimento dell'appello.

Sono intervenuti in giudizio Mediaset s.p.a., Prima Tv e la Federazione Radio Televisioni, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con decisione non definitiva n. 2622/08 del 31 maggio 2008 questa Sezione ha respinto il ricorso in appello limitatamente alla declaratoria di inammissibilità, pronunciata dal Tar e confermata seppur con diversa motivazione, della domanda di condanna delle amministrazioni ad assegnare alla ricorrente una rete di impianti o comunque frequenze idonee a farle raggiungere la copertura di almeno l'80 % del territorio nazionale e di tutti i capoluoghi di provincia.

Con tale decisione parziale la Sezione ha qualificato in termini di interesse legittimo pretensivo la posizione della ricorrente e come provvedimento a formazione progressiva la concessione del 1999, in quanto rinviava l'assegnazione delle frequenze ad atti successivi; ha poi rilevato che la condanna ad un *facere*, consistente nell'adozione di provvedimenti amministrativi, non è prevista nel processo amministrativo, dove, a fronte della mancata attribuzione di un bene della vita da parte dell'amministrazione (nel caso di specie, le frequenze), la corretta modalità di agire a tutela della propria posizione è quella di chiedere, ed in caso di diffidare l'amministrazione all'adozione degli atti necessari a far conseguire il bene e poi agire contro l'eventuale inerzia o il provvedimento negativo adottato.

Peraltro, quest'ultima era la strada percorsa da Centro Europa 7 in altro giudizio, avente ad oggetto il diniego del 22 dicembre 1999 opposto dall'amministrazione rispetto alla sua richiesta di indicazione degli impianti ed attribuzione delle frequenze; giudizio concluso con il definitivo annullamento di tale diniego a seguito della sentenza di questa Sezione del Consiglio di Stato n. 2624/08 sempre del 31 maggio 2008.

Con riguardo alla domanda di risarcimento per equivalente, proposta da Centro Europa 7, con la citata decisione non definitiva, questa Sezione ha disposto in via istruttoria l'acquisizione dal Ministero appellato della seguente documentazione:

a) una relazione contenente l'indicazione dell'attività svolta in esecuzione della decisione pronunciata nella stessa data da questa Sezione in

relazione al ricorso n. 1298/05, allegando copia di tutti i provvedimenti emessi e degli atti del procedimento;

b) una relazione con indicazioni delle ragioni per le quali non sono stati posti in essere atti di esecuzione della sentenza del Tar del Lazio n. 9325/2004, non sospesa e peraltro non impugnata dal Ministero, con indicazioni degli elementi ritenuti ostativi all'esecuzione della pronuncia dal 2004 ad oggi e con allegazione delle istanze pervenute dalla ricorrente o da altri soggetti all'amministrazione, aventi ad oggetto la questione dell'assegnazione delle frequenze;

c) una relazione contenente l'indicazione delle frequenze resesi disponibili dal 2000 ad oggi e di quelle attualmente disponibili anche in ordine alla copertura che consentirebbero (o avrebbero consentito) e delle modalità di assegnazione o acquisizione delle stesse da parte degli operatori del settore, con illustrazione delle ragioni per le quali non sono state attribuite ad Europa 7 e dello stato della procedura indetta nel 2007, anche con riferimento alla possibilità, o meno, di partecipazione di Europa 7;

d) ulteriore relazione, con allegazione di ogni provvedimento adottato e indicazione dello stato del contenzioso pendente, in relazione alla questione della scadenza della concessione del 28 luglio 1999, rilasciata ad Europa 7 e delle istanze da questa presentate, allegando copia dei relativi provvedimenti, fornendo informazioni anche con riferimento a quanto avvenuto alla scadenza dei provvedimenti concessori degli altri operatori nazionali del settore;

e) ogni ulteriore elemento o atto, anche sopravvenuto, utile ai fini del decidere.

Questa Sezione ha anche chiesto all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di produrre una unica relazione, contenente le informazioni di cui ai punti precedenti in possesso dell'Autorità o dipendenti da sua attività, precisando le ragioni della mancata adozione del programma di adeguamento al piano nazionale delle frequenze, previsto nella concessione rilasciata ad Europa 7.

E' stato, infine, richiesto a Centro Europa 7 di produrre:

- 1) copia dei bilanci della società e delle relative relazioni e note aggiuntive dal 1999 ad oggi;
- 2) copia delle richieste relative all'attribuzioni delle frequenze presentate dal 2000 ad oggi e dell'attività posta in essere per l'esecuzione della sentenza del Tar del Lazio n. 9325/2004;
- 3) una relazione contenente le ragioni della mancata partecipazione alla gara del 2007 per l'assegnazione delle frequenze;
- 4) una relazione contenente la descrizione dell'attività imprenditoriale svolta dal 1999 ad oggi, degli investimenti effettuati anno per anno e delle modalità di utilizzo delle strutture della società;
- 5) copia di ogni atto inerente la questione della scadenza della concessione e le iniziative, anche giurisdizionali, in corso e del loro stato.

Nel frattempo, le funzioni del Ministero delle comunicazioni venivano trasferite al Ministero dello sviluppo economico ai sensi dell'art. 1, comma 7, del D.L. n. 85/08, conv. in L. n. 121/08.

Espletata l'istruttoria, Centro Europa 7 e le amministrazioni appellate hanno prodotto diversi documenti ed hanno ampiamente illustrato le proprie posizioni con le ultime memorie.

All'odierna udienza, dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Dopo la decisione non definitiva n. 2622/08, l'oggetto del presente giudizio è limitato all'esame della domanda di risarcimento per equivalente, proposta da Centro Europa 7 con riferimento ai danni ingiusti subiti e subendi per la mancata, tempestiva, assegnazione di una rete o di canali (frequenze) comunque idonei a consentire l'esercizio dell'attività di radiodiffusione televisiva in ambito nazionale.

La stessa Centro Europa 7 ha prospettato e quantificato in modo diverso la domanda a seconda che si proceda all'assegnazione delle frequenze o che tale assegnazione non avvenga, dovendo nel primo caso il risarcimento essere limitato, oltre al danno emergente, al lucro cessante relativo agli anni in cui la ricorrente non ha potuto operare e nel secondo caso all'intero valore dell'azienda.

Il danno è stato quantificato nella somma di euro 2.175.213.315,00 in ipotesi di attribuzione, benché tardiva, delle frequenze e nella maggiore somma di euro 3.500.000.000,00 in caso di accertata impossibilità di assegnazione delle frequenze.

Nella stessa prospettazione dell'appellante la questione dell'assegnazione delle frequenze era stata individuata come prioritaria rispetto al risarcimento per equivalente e, infatti, questa Sezione ha disposto la menzionata istruttoria soprattutto per verificare se l'esecuzione della decisione n. 2624/08 avrebbe, o meno, condotto all'attribuzione delle frequenze.

In dichiarata esecuzione della decisione n. 2624/08 il Ministero per lo sviluppo economico ha adottato il provvedimento dell'11 dicembre 2008, con cui il Direttore generale della D.G. per i servizi di comunicazione elettronica e radiodiffusione ha assegnato a Centro Europa 7 determinate frequenze.

Con tale provvedimento il Ministero ha escluso di dover procedere alla revoca della concessione rilasciata nel 1999 a Centro Europa 7 e ha disposto l'assegnazione delle frequenze, ritenendo di superare anche gli ostacoli normativi sopravvenuti e, tra questi, l'intervenuta scadenza del termine legislativo fissato dall'art. 25, comma 11, della legge n. 112/2004 per il prolungamento del periodo di validità delle concessioni e delle autorizzazioni per le trasmissioni in tecnica analogica in ambito nazionale.

Ai sensi della citata disposizione, Centro Europa 7, non avendo avviato le trasmissioni in tecnica digitale, non avrebbe potuto continuare a trasmettere sulla base della concessione, che nel frattempo era scaduta e non era stata formalmente rinnovata.

Il Ministero ha ritenuto che il giudicato e il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 della Costituzione impedisce che la parte vittoriosa possa subire un pregiudizio per effetto del mero decorso del tempo necessario allo svolgimento del giudizio.

Le questioni del mancato rinnovo della concessione e del sopravvenuto art. 25, comma 11, della legge n. 112/2004 sono state considerate, quindi, non ostative all'accoglimento della pretesa della ricorrente sulla base del contenuto del giudicato di cui alla decisione di questa Sezione n. 2624/08 e anche dei principi affermati dalla Corte di

Giustizia, richiamati nel provvedimento dell'11 dicembre 2008 e che pure formano oggetto del giudicato, essendo stati applicati e richiamati da questo Consiglio di Stato.

Risolte le questioni attinenti agli ostacoli normativi, il Ministero ha individuato la soluzione tecnica per consentire l'attribuzione delle frequenze a Centro Europa 7: la nuova canalizzazione della banda VHF-III con una larghezza di banda di 7 Mhz da cui deriva la possibilità di ottenere in tale banda otto frequenze, in luogo delle sette precedenti, rendendo così disponibile una nuova frequenza (canale 8 della banda VHF) da utilizzare con la tecnica SNF su tutto il territorio nazionale.

In ragione dei tempi tecnici di tale ricanalizzazione, già indicati nella nota 87 del nuovo Piano nazionale di ripartizione delle frequenze adottato con d.m. 13 novembre 2008, il termine per la realizzazione di tale procedura è stato fissato al 30 giugno 2009 con assegnazione a Centro Europa 7 di un periodo ampio di tempo per l'attivazione degli impianti (dal 1-7-2009 al 30-6-2011). Il termine del 30 giugno 2009 consente anche di dare attuazione a quanto segnalato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni circa la necessità di una adeguata campagna informativa nei confronti dell'utenza (parere del 13-10-2008).

In data odierna, con separata decisione questo stesso Collegio ha preso atto dell'avvenuta esecuzione del giudicato formatosi a seguito della decisione n. 2624/08 e ha dichiarato la cessazione della materia del contendere in ordine al ricorso in ottemperanza, nel frattempo instaurato da Centro Europa 7; in tale sede, è stato rilevato che ogni ulteriore contestazione attinente alla concreta individuazione delle frequenze esula

dal giudizio di ottemperanza e potrà eventualmente essere proposta con un ordinario ricorso di cognizione.

Ai fini dell'esame della domanda risarcitoria, il provvedimento dell'11 dicembre 2007 assume un fondamentale rilievo, in quanto integra l'accertamento della fondatezza della pretesa azionata da Centro Europa 7 con l'attribuzione del bene della vita richiesto (frequenze per l'esercizio dell'attività di radiodiffusione televisiva in ambito nazionale), escludendo che tale pretesa possa essere pregiudicata da ostacoli di fatto o normativi sopravvenuti, quali il mancato rinnovo della concessione o il mancato avvio da parte dell'appellante delle trasmissioni in tecnica digitale.

Deve quindi ritenersi oggi accertata la fondatezza della pretesa di Centro Europa 7 all'assegnazione delle frequenze necessarie per completare l'originaria concessione del 1999, qualificata - come già detto - come provvedimento a formazione progressiva.

Tale accertamento conduce - secondo la stessa prospettazione dell'appellante - ad escludere la sussistenza dei presupposti per disporre il risarcimento del danno corrispondente all'intero valore dell'azienda, quantificato in euro 3.500.000.000,00 in caso di accertata impossibilità di assegnazione delle frequenze.

L'assegnazione delle frequenze, oltre a non essere impossibile, è stata riconosciuta dal Ministero per lo sviluppo economico come spettante a Centro Europa 7.

Di conseguenza, la domanda risarcitoria deve essere esaminata con riguardo al danno emergente e al lucro cessante relativo agli anni in cui la ricorrente non ha potuto operare (dal 1999 al 30 giugno 2009).

Esula anche dal presente giudizio risarcitorio ogni questione attinente alla contestata legittimità del provvedimento dell'11 dicembre 2008, in quanto solo in caso di accertata illegittimità dello stesso Centro Europa 7 potrà chiedere eventuali ulteriori danni, che ovviamente non possono rientrare nell'odierno *petitum*.

3. Ciò premesso, si deve rilevare in primo luogo l'infondatezza delle eccezioni preliminari proposte dall'Avvocatura dello Stato.

Sotto un primo profilo, la domanda risarcitoria non costituisce assolutamente una domanda nuova, proposta per la prima volta in appello, in quanto fin dall'originario ricorso al Tar Centro Europa 7 ha chiesto, oltre alla condanna ad un *facere* (ritenuta inammissibile), la condanna delle amministrazioni al risarcimento dei danni ingiusti subiti e subendi per la mancata, tempestiva, assegnazione di una rete o di frequenze.

La domanda è stata, quindi, correttamente introdotta in primo grado e la sua qualificazione giuridica spetta comunque al giudice, senza che dalla stessa possano derivare preclusioni di ordine processuale.

Inoltre, non è esatto ritenere che la domanda risarcitoria sia stata temporalmente limitata al 2004, come sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, considerato che tale limitazione non è presente negli atti del giudizio, attraverso i quali, invece, Centro Europa 7 ha sempre chiesto il risarcimento dei danni subiti e subendi per la mancata assegnazione delle frequenze entro la data di conclusione del giudizio.

Il periodo temporale cui fare riferimento è quindi quello che decorre dalla data di rilascio della concessione (28 luglio 1999) a quella del 30 giugno 2009 di piena efficacia del provvedimento di assegnazione delle

frequenze, con cui viene fissato il suddetto termine per completare la procedura di ricanalizzazione della banda VHF-III, necessaria per rendere disponibile il canale 8 assegnato a Centro Europa 7.

Né un diverso, e più ristretto, limite temporale può derivare dalla questione del mancato rinnovo della concessione del 1999 alla sua scadenza, tenuto conto che tale problema è già stato risolto in senso favorevole all'appellante proprio con il recente provvedimento dell'11 dicembre 2008.

4.1. Si deve ora passare all'accertamento dell'*an* della pretesa risarcitoria, partendo dall'elemento oggettivo dell'illecito che Centro Europa 7 addebita al Ministero per lo sviluppo economico (già Ministero delle comunicazioni) e all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Sotto un primo profilo, le amministrazioni deducono che prima del dicembre del 2008 si è protratta una materiale impossibilità di procedere all'assegnazione delle frequenze a Centro Europa 7 per ostacoli di fatto e normativi, che non hanno reso disponibili tali frequenze, quanto meno in modo tale da poter esercire una rete di ambito nazionale.

Anche la ricanalizzazione della banda VHF-III sarebbe stata possibile solo di recente: nella relazione C prodotta dal Ministero viene evidenziato che tale procedura era già stata ipotizzata negli anni 2005/2006 e poi prevista dalla Conferenza di Ginevra del 2006, ma è stata resa possibile solo a seguito dell'approvazione del nuovo Piano nazionale di ripartizione delle frequenze, avvenuta con d.m. 13 novembre 2008, pubblicato in G.U. n. 273 del 21-11-2008 (v. nota 87, in cui è fissato il termine del 30 giugno 2009 per uniformarsi alla canalizzazione europea).

Anche l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nella relazione del 15 ottobre 2008, trasmessa al Consiglio di Stato, ha sostenuto che la procedura di ricanalizzazione della banda VHF-III non era disponibile in precedenza, in quanto deriva dalla necessità di un riassetto globale delle frequenze in ottemperanza agli impegni nascenti dalla Convenzione di Ginevra del 2006 ed è stata programmata con modalità omogenee in tutti i Paesi firmatari dell'accordo, essendo necessario che tutti i paesi confinanti condividano lo stesso tipo di canalizzazione (pag. 44 della citata relazione).

Al riguardo, si osserva che dagli atti del giudizio non è possibile accertare con precisione da quale data sia diventato possibile ricavare il nuovo canale 8 a seguito della ricanalizzazione della banda VHF-III; sicuramente per esigenze di uniformità europea tale procedura è diventata dovuta a seguito della Convenzione di Ginevra del 2006, ma con tempi condizionati dall'attività di coordinamento internazionale, come emerge anche dalla relazione del prof. Sassano dell'ottobre del 2008, prodotta dall'Agcom (doc. n. 2).

In tale relazione, tuttavia, viene anche evidenziato come fosse proprio l'Italia ad adottare una canalizzazione della banda VHF-III a 7 canali, diversa da quella ad 8 canali adottata dalla maggior parte dei paesi europei e riconosciuta dalla Convenzione di Ginevra del 2006; non viene però indicato se una anticipata ricanalizzazione da parte dell'Italia avrebbe creato problemi di compatibilità e interferenziali con i paesi confinanti.

Del resto, già con il Piano nazionale di ripartizione delle frequenze, approvato con d.m. 8 luglio 2002, era stata ipotizzata la suddetta ricanalizzazione ad 8 canali della banda VHF-III "nell'arco di un periodo di

tempo appropriato dal punto di vista economico e determinato dall'autorità civile competente" (nota 87); anche il Ministero a pag. 17 della relazione C afferma che la scelta in favore della ricanalizzazione della predetta banda era stata già recepita con il d.m. 8-7-2002, che però non fissava una data, ma condizionava l'attuazione della modifica al realizzarsi delle condizioni economiche.

Va aggiunto che è la stessa Avvocatura dello Stato a riconoscere che la realizzazione di una rete nazionale con utilizzo di una sola frequenza sarà la regola al momento del passaggio alla tecnica digitale, presentando alcuni problemi interferenziali in tecnica analogica, con la conseguenza che l'assegnazione del citato canale 8 ad Europa 7 può soddisfare - sempre secondo le amministrazioni - l'interesse alla realizzazione di una rete nazionale oggi, in cui il passaggio alla tecnica digitale è in pieno atto in molte regioni, a differenza della situazione che si aveva in passato.

Deve, quindi, ritenersi che la ricanalizzazione della banda VHF-III fosse già possibile precedentemente alla Convenzione di Ginevra del 2006, anche se con maggiori problemi interferenziali e che dopo tale data sia diventata un atto dovuto, sebbene non predeterminato nei tempi.

In tal senso, non è esatto affermare che la soluzione tecnica individuata dal Ministero si ponga a scapito e a carico solo di Rai 1, in quanto entro il 30 giugno 2009 tale ricanalizzazione avrebbe dovuto comunque essere effettuata e anche avrebbero dovuto essere affrontate le criticità, segnalate (e ritenute tutte superabili) nella citata relazione del prof. Sassano.

4.2. L'incertezza sull'esatta data di effettiva realizzabilità della canalizzazione europea conduce a verificare se effettivamente quella era l'unica possibilità di assegnazione della frequenze a Centro Europa 7.

Sul punto le relazioni del Ministero e dell'Agcom sono concordi nel ritenere che ostacoli per lo più normativi, ma anche di fatto, impedissero in precedenza l'assegnazione delle frequenze all'appellante.

Un dato di partenza è certo: già al momento dell'indizione e dell'esito della gara, bandita in attuazione della legge n. 249 del 1997, ai fini del rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva su frequenze terrestri in ambito nazionale, non erano disponibili frequenze idonee alla realizzazione di una rete nazionale e tale carenza andava a colpire principalmente chi, come Europa 7, pur classificatasi in posizione utile in graduatoria, non disponeva già di proprie frequenze.

Si ricorda che nei decreti del 1999 di tutti i concessionari nazionali non venivano indicate le frequenze, ma veniva stabilito che, fino alla completa assegnazione delle frequenze di funzionamento di ciascun impianto (poi mai avvenuta), la concessionaria poteva proseguire nell'esercizio dell'attività radiotelevisiva con impianti e frequenze già in uso ed oggetto del censimento di cui alla legge n. 223/90; Europa 7, invece, pur avendo ottenuto la concessione, era un nuovo entrante privo di rete e non era, quindi, nella condizione di esercire una rete all'atto di presentazione della domanda di concessione, quanto meno fino all'assegnazione delle frequenze da parte dell'amministrazione.

Le cause di tale mancata assegnazione sono individuate dalle amministrazioni appellate in una serie di ragioni, tra cui:

- l'incompatibilità tra il numero delle reti autorizzate *ex lege* a continuare ad operare e il piano di assegnazione delle frequenze;
- la necessaria contestualità tra pianificazione nazionale e locale e l'effetto di congelamento del piano derivato dalla legge n. 66/2001;
- i provvedimenti giurisdizionali di natura cautelare, che avevano legittimato alcune emittenti, prive di concessione, a proseguire l'attività;
- la disciplina transitoria che ha consentito l'esercizio di fatto delle frequenze da parte di emittenti non concessionarie (c.d. reti eccedenti) fino al 31 dicembre 2003 e il consolidamento di tale situazione a seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 352/2003 e della legge n. 112/2004.

L'incompatibilità tra il piano delle frequenze e il numero di reti autorizzate *ex lege* costituisce un dato esatto, che – come sarà evidenziato in seguito – avrebbe dovuto condurre l'amministrazione ad una maggiore prudenza nel rilasciare concessioni senza poi poter garantire in termini ragionevoli alle stesse di esplicitare il proprio effetto tipico.

Tuttavia, una volta rilasciata la concessione, non giustifica di per sé la mancata assegnazione delle frequenze e soprattutto l'assenza di attività idonea a rendere disponibili le frequenze.

Certamente, anche il secondo elemento (contestualità tra pianificazione nazionale e locale) poteva condurre a rendere disponibili nuove frequenze e tale effetto è stato impedito dal congelamento derivato dalla legge n. 66/2001.

Va però rilevato che proprio con riferimento alla radiodiffusione televisiva in ambito nazionale e alle questioni qui in rilievo, la Corte Costituzionale ha ritenuto "del tutto ininfluyente" la legge n. 66/2001, che

riguarda la televisione privata in ambito locale. Ciò conferma che la legge n. 66/2001 al massimo non ha consentito che dalla razionalizzazione del piano dei canali eserciti in ambito locale si siano rese disponibili frequenze da utilizzare per le emittenti nazionali, che ne erano prive; ma è indimostrato che dall'emittenza locale, anche in assenza della legge n. 66/2001, potessero "liberarsi" un numero di frequenze tale da soddisfare le esigenze di Centro Europa 7.

L'entrata in vigore della legge n. 66/2001 non può, quindi, essere considerato un elemento di per sé ostativo al rilascio delle frequenze a Centro Europa 7.

Alla stessa conclusione si perviene con riguardo ai provvedimenti giurisdizionali di natura cautelare, che avevano legittimato alcune emittenti, prive di concessione, a proseguire l'attività.

Infatti, le amministrazioni richiamano in modo generico tali provvedimenti, senza specificare l'esatto contenuto di detti provvedimenti e soprattutto l'esito dei relativi giudizi di merito e non consentono, quindi, di individuare con esattezza l'effetto di tali provvedimenti sulle frequenze altrimenti disponibili e il periodo temporale di riferimento.

Anche tale elemento ha certamente contribuito a rendere complesso il quadro fattuale delle frequenze radiotelevisive, ma non giustifica il mancato (*rectius*, ora tardivo) soddisfacimento della pretesa di Centro Europa 7, la cui posizione era garantita da una concessione, che non poteva certo ritenersi automaticamente travolta da provvedimenti giurisdizionali, che peraltro non la riguardavano direttamente.

4.3. L'ultimo elemento è certamente il più complesso perché attinente alle frequenze utilizzate da emittenti nazionali, prive di concessione, ma abilitate *ex lege* a proseguire l'attività (c.d. reti eccedenti).

Si ricorda che, come evidenziato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 466/2002), "la formazione dell'esistente sistema televisivo italiano privato in ambito nazionale ed in tecnica analogica trae origine da situazioni di mera occupazione di fatto delle frequenze (esercizio di impianti senza rilascio di concessioni e autorizzazioni), al di fuori di ogni logica di incremento del pluralismo nella distribuzione delle frequenze e di pianificazione effettiva dell'etere".

A seguito della sentenza n. 420 del 1994 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 15, comma 4 l. 6 agosto 1990 n. 223 (c.d. legge Mammi), nella parte in cui consente ad uno stesso soggetto di esser titolare di tre delle nove concessioni per reti televisive su scala nazionale assentibili ai privati, la nuova disciplina del sistema radiotelevisivo è stata dettata dalla legge 31 luglio 1997 n. 249 (c.d. legge Maccanico), con cui è stato vietato ad uno stesso soggetto di essere titolare di concessioni o autorizzazioni che consentano di irradiare più del 20 per cento delle reti televisive analogiche in ambito nazionale su frequenze terrestri sulla base del piano delle frequenze.

Con la stessa legge è stata introdotta una ulteriore disciplina transitoria delle reti televisive nazionali eccedenti i predetti limiti concentrativi, stabilendo che dette reti potevano continuare a trasmettere in via transitoria, dopo il 30 aprile 1998 (termine già prorogato rispetto all'originaria data del 31 agosto 1996), nel rispetto degli obblighi previsti

per le emittenti concessionarie, a condizione che le trasmissioni fossero effettuate simultaneamente su satellite o cavo (art. 3, comma 6) ed affidando all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni la fissazione del termine entro il quale, in relazione all'effettivo e congruo sviluppo dell'utenza dei programmi via cavo o via satellite le predette reti eccedenti avrebbero dovuto trasmettere programmi esclusivamente su satellite o cavo, abbandonando le frequenze terrestri (art. 3, comma 7).

Proprio in attuazione della legge n. 249/1997 sono stati adottati il Piano nazionale delle frequenze approvato con delibera n. 68/98 dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il regolamento n. 78/98 della stessa Autorità relativo ai requisiti ed alle modalità per il rilascio delle concessioni televisive su frequenze terrestri in tecnica analogica.

Il Piano ha individuato 11 reti televisive a copertura nazionale da assegnare alle emittenti nazionali. Su tale numero era calcolato il 20 per cento - limite antitrust - pari a due reti. Delle 11 reti tre erano assegnate per legge al servizio pubblico radiotelevisivo ed otto reti a copertura nazionale erano assentibili ad emittenti privati a mezzo di gara.

All'esito della gara, in data 28 luglio 1999, sulla base della graduatoria approvata dalla Commissione, furono rilasciate le seguenti concessioni nazionali: Canale 5, Italia 1, Tele+Bianco, Tmc, Tmc2, Europa 7, Elefante Telemarket.

Alle emittenti Retequattro e Tele+Nero (c.d. eccedenti), benché utilmente collocate nella graduatoria, la concessione non fu rilasciata perché eccedevano i limiti concentrativi, anche se furono abilitate in via transitoria a proseguire l'attività di radiodiffusione televisiva privata in ambito

nazionale a condizione che le trasmissioni fossero effettuate contemporaneamente su frequenze terrestri e via satellite o via cavo e che fossero irradiate esclusivamente via satellite o via cavo a decorrere dal termine fissato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi dell'art. 3, comma 7, della legge n. 249/1997.

Con sentenza n. 466 del 2002, la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 3, comma 7, della legge n. 249/97 nella parte in cui non prevede la fissazione di un termine finale certo, e non prorogabile, che comunque non oltrepassi il 31 dicembre 2003, entro il quale i programmi, irradiati dalle emittenti eccedenti i limiti di cui al comma 6 dello stesso art. 3 devono essere trasmessi esclusivamente via satellite o via cavo.

Richiamando tale pronuncia, le amministrazioni appellate sostengono che anteriormente al dicembre 2003 alcuna pretesa risarcitoria potrebbe essere nemmeno lontanamente concepita.

Centro Europa 7 replica, invocando il contrasto con il diritto comunitario già del regime transitorio antecedente il 2003, come emergerebbe dalla pronuncia della Corte di Giustizia del 31 gennaio 2008.

Al riguardo, il Collegio rileva che la mancata "liberazione" delle frequenze utilizzate dalle c.d. reti eccedenti è avvenuta sulla base di una disciplina (transitoria) ritenuta costituzionalmente legittima fino alla data del 31 dicembre 2003.

Non è esatto affermare che l'incompatibilità di siffatto regime sia stata accertata dalla Corte di Giustizia, in quanto con la richiamata sentenza del 31 gennaio 2008 il giudice comunitario ha fornito una risposta diversa in funzione dell'entrata in vigore del Nuovo quadro normativo comune per i

servizi di comunicazione elettronica, per le reti di comunicazione elettronica e per le risorse e i servizi correlati (in prosieguo: il «NQNC»), che si compone della direttiva «quadro» e di quattro direttive specifiche, tra cui la direttiva «autorizzazioni», completate dalla direttiva «concorrenza», il cui termine di recepimento da parte degli Stati membri è stato fissato nel 24 luglio 2003.

Fino a tale data la Corte di Giustizia si è pronunciata solo ai sensi dell'art. 49 del Trattato CE, precisando che la conformità di una normativa nazionale alle disposizioni relative alla libera prestazione dei servizi istituite dal Trattato va verificata "solo in quanto si applichi a situazioni che hanno un collegamento con gli scambi intracomunitari" e tale collegamento sarà presunto "qualora il mercato di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo". Tale verifica spetta tuttavia al giudice (interno) del rinvio, ossia a questo Consiglio di Stato (punti 64-70 della sentenza 31-1-2008).

Il Collegio ritiene che tale interesse transfrontaliero e il connesso collegamento con gli scambi intracomunitari non sussistano e che, comunque, tale questione - per le ragioni evidenziate in seguito - non assume un rilievo decisivo per l'esame della domanda risarcitoria.

Il rilascio delle concessioni per l'attività radiotelevisiva in ambito nazionale e la relativa assegnazione delle frequenze costituiscono aspetti privi di interesse transfrontaliero e destinati ad incidere su un rapporto, in cui sia il prestatore del servizio che il fruitore dello stesso rimangono in ambito nazionale nel rispettivo paese di residenza.

La valenza transfrontaliera dell'attività non può essere desunta, come pretende la ricorrente, dalle interferenze che si registrano nelle zone di confine e dalla possibilità che in limitate aree delle zone di confine possano essere ricevuti segnali di emittenti televisive del paese confinante.

Infatti, si tratta in questo caso di fisiologici sconfinamenti di fatto delle onde radioelettriche, che si diffondono nell'etere, inidonei a creare un collegamento con scambi intracomunitari; del resto, tali fisiologici effetti si possono registrare anche per le emittenti locali che trasmettono in zone di confine e risulta evidente che per tali reti locali manchi l'interesse transfrontaliero.

Peraltro, l'oggetto del giudizio è limitato all'assegnazione delle frequenze, ossia ad una attività amministrativa destinata a produrre effetti solo in ambito nazionale, a differenza di altre tipologie di trasmissioni, quali quelle via satellite destinate ad una utenza allargata rispetto ai confini nazionali.

Né il carattere transfrontaliero può essere invocato con riguardo ad aspetti diversi quale quello della raccolta pubblicitaria, che non costituiscono oggetto diretto del presente giudizio, o con riferimento al principio di non discriminazione da applicare ad una procedura concorsuale avente ad oggetto il rilascio di una concessione strumentale allo svolgimento di attività economica, in quanto non è qui in discussione la procedura di gara, da cui anzi Centro Europa 7 ha conseguito effetti favorevoli, come anche rilevato dalla Corte di Giustizia, che ha escluso dal suo esame i criteri utilizzati per il rilascio delle concessioni (punti 91-92).

Non sussiste, infine, una situazione di c.d. discriminazione inversa, tutelata dal diritto interno (punto 69 della sentenza della Corte di Giustizia), perché i profili di diritto interno sono stati tutti esaminati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 466/02 con una soluzione da ritenere idonea a dare tutela ad ogni diritto o interesse vantato da un cittadino italiano.

Deve, quindi, essere escluso che la presente controversia riguardi situazioni che hanno un collegamento con gli scambi intracomunitari o, comunque, un interesse transfrontaliero che dimostri tale collegamento e da tale valutazione, che – si ripete – la Corte di Giustizia ha rimesso al giudice interno, deriva che il c.d. regime transitorio, oltre ad essere costituzionalmente legittimo fino al 31 dicembre 2003, non pone problemi di compatibilità con il diritto comunitario quanto meno fino al 24 luglio 2003, termine per il recepimento del Nuovo quadro normativo comune per i servizi di comunicazione elettronica, per le reti di comunicazione elettronica e per le risorse e i servizi correlati («NQNC»), che si compone della direttiva «quadro» (del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/21/CE) e di quattro direttive specifiche, tra cui la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «autorizzazioni») e la direttiva della Commissione 16 settembre 2002, 2002/77/CE, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica.

Tenuto conto che in sede di recepimento delle direttive sarebbe stato comunque necessario prevedere una disciplina transitoria, che si presume

sarebbe durata quantomeno fino alla fine del 2003, deve ritenersi che l'esame della specifica giurisprudenza sia costituzionale che comunitaria conduce ad escludere che fino alla data del 31 dicembre 2003 i fattori normativi ostativi alla liberazione delle frequenze utilizzate dalle c.d. reti eccedenti possano essere ritenuti illegittimi o incompatibili con il diritto comunitario.

4.4. Un discorso diverso deve essere fatto per il periodo successivo al 1° gennaio 2004, disciplinato da una diversa normativa interna.

Si ricorda che, prima della scadenza del termine del 31 dicembre 2003, dopo il rinvio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica del disegno di legge in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI s.p.a., che era stato approvato dal Parlamento il 2 dicembre 2003, con il D.L. 24 dicembre 2003, n. 352 veniva demandato all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni l'accertamento dell'offerta dei programmi televisivi digitali terrestri sulla base di predeterminati parametri e veniva consentito, sempre in via transitoria, alle c.d. emittenti eccedenti di proseguire l'esercizio delle reti fino alla data di adozione delle deliberazioni dell'Autorità, per le quali era fissato il termine del 30 aprile 2004.

Il nuovo assetto del sistema radiotelevisivo è stato poi definito dalla legge 3 maggio 2004 n. 112 (c.d. legge Gasparri), con cui sono stati introdotti differenti criteri per stabilire i limiti di concentrazione ed è stata prevista la prosecuzione da parte delle attuali emittenti delle trasmissioni anche analogiche fino all'attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze televisive in tecnica digitale.

Come correttamente sostenuto da Centro Europa 7, in relazione a tali disposizioni, il problema della compatibilità con il diritto comunitario è già stato risolto dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 31 gennaio 2008, senza che possa essere posto in dubbio l'elemento della diretta efficacia delle direttive, dell'asserita non retroattività delle stesse o dell'assenza del carattere transfrontaliero.

Infatti, tale ultimo elemento rileva per la diretta applicabilità dell'art. 49 del Trattato, ma non per le direttive, la cui diretta applicabilità è già stata interpretata dal giudice comunitario con riferimento al periodo temporale, che decorre dalla scadenza del termine di recepimento con la conseguenza che in alcun modo si giunge ad una applicazione retroattiva delle stesse, ma si fa semplicemente applicazione delle norme comunitarie ad un rapporto di durata, come quello oggetto della concessione rilasciata a Centro Europa 7.

La Corte di Giustizia ha chiaramente precisato che nel settore delle trasmissioni televisive, la libera prestazione di servizi, come attuata dal NQNC, esige non solo la concessione di autorizzazioni alla trasmissione, ma altresì l'assegnazione di frequenze di trasmissione, in quanto in mancanza di frequenze di trasmissione, un operatore non può esercitare in modo effettivo i diritti conferitigli dal diritto comunitario circa l'accesso al mercato della trasmissione televisiva (punti 85 e 86).

Il giudice comunitario ha poi ritenuto che "l'applicazione in successione dei regimi transitori istituiti dagli artt. 3, n. 7, della legge n. 249/1997 e 1 del decreto legge n. 352/2003 a favore delle reti esistenti ha avuto l'effetto di impedire agli operatori sprovvisti di frequenze di trasmissione l'accesso al mercato di cui trattasi" e che la legge n. 112/2004

“ha consolidato l'effetto restrittivo constatato al punto precedente” (punti 95 e 96), in quanto tali misure “hanno e/o hanno avuto l'effetto di immobilizzare le strutture del mercato nazionale e di proteggere la posizione degli operatori nazionali già attivi sul detto mercato” (punto 98).

Tali misure sono state ritenute contrastanti con il NQNC e non giustificate, neanche dalla necessità di garantire una rapida evoluzione verso la trasmissione televisiva in tecnica digitale, in quanto il mantenimento delle frequenze in capo alle reti esistenti, anche prive fin dal 1999 di concessione, ha determinato una situazione di privilegio, senza neanche prevedere un obbligo di restituzione delle frequenze eccedenti dopo la transizione alla trasmissione televisiva in tecnica digitale (punti 108 - 115).

Di conseguenza, il richiamo ai criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati per l'assegnazione delle frequenze di trasmissione non è stato effettuato in astratto dalla Corte di Giustizia, come sostenuto anche all'odierna udienza dai difensori di Mediaset, ma con specifico riferimento alla situazione di “un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze” (cioè, Centro Europa 7) e sulla base della ritenuta incompatibilità comunitaria della normativa interna, e tra questa il D.L. n. 352/03 e la legge n. 112/04, che hanno consentito il prolungamento del regime transitorio (il D.L.) e il consolidamento di tale effetto restrittivo (la legge n. 112/04), mantenendo le frequenze in capo alle reti esistenti, anche quelle prive fin dal 1999 di concessione, che comunque non erano state oggetto di cessione di azienda entro il 31 dicembre 2003, come possibile in



base agli artt. 11, comma 2 e 17, comma 2 della delibera Agcom n. 78/98, ma appunto non avvenuto.

Da ciò deriva che dal luglio del 2003, o meglio dalla fine del 2003 tenuto conto dei tempi tecnici ipotizzabili per attuare la normativa di recepimento delle direttive, i fattori normativi invocati dalle amministrazioni (D.L. n. 352/03 e la legge n. 112/04) non possono essere considerati insuperabili, dovendo (e avendo dovuto) le amministrazioni disapplicarli, se quella era l'unica via per attribuire a centro Europa 7 le frequenze.

4.5. Chiarito il quadro fattuale e normativo ed applicati a tale quadro i principi affermati dalla Corte di Giustizia, deve ora essere verificata la sussistenza del rapporto di causalità tra il danno lamentato da Centro Europa 7 e gli addebiti mossi alle amministrazioni appellate.

Il limite temporale individuato ai punti precedenti con riferimento alle pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia (31 dicembre 2003) non costituisce uno spartiacque assoluto per escludere il risarcimento dei danni.

Infatti, anche prima del dicembre 2003, la condotta dell'amministrazione è stata caratterizzata dall'aver generato un affidamento di Centro Europa 7 sulla possibilità di ottenere le frequenze per l'esercizio della propria attività.

Pur essendo innegabile che Centro Europa 7 fosse al corrente fin dal 1999 della situazione di indisponibilità di nuove frequenze e degli ostacoli normativi sussistenti per la "liberazione" di frequenze da parte di altri operatori, la stessa indizione della gara e il rilascio della concessione al suo

esito hanno senz'altro generato nella ricorrente un affidamento nella possibilità del successivo svolgimento dell'attività propedeutica all'attribuzione delle frequenze.

E tale affidamento è restato senza risposta anche dopo le innumerevoli istanze presentate da Centro Europa 7 (v. All. 2 doc. Europa 7) e soprattutto dopo che la nota del 22 dicembre 1999 di risposta alla diffida, con cui si chiedeva l'assegnazione delle frequenze, era stata annullata dal Tar del Lazio con sentenza n. 9325/04 del 16 settembre 2004, che il Ministero non ha impugnato, ma che non ha neanche eseguito, nonostante non fosse stata sospesa da questo Consiglio di Stato, che ha poi respinto il ricorso in appello proposto da R.T.I. s.p.a. con la recente decisione n. 2624/08.

La lesione di tale affidamento ha certamente procurato a Centro Europa 7 un danno emergente, corrispondente ad alcune spese sostenute anche prima del 2003, di cui si tratterà in seguito.

Sulla base delle precedenti considerazioni, il danno lamentato dall'appellante assume una connotazione diversa a partire del 1° gennaio 2004, in quanto, anche volendo ammettere che in tale data non fosse possibile (comunque non fosse al tempo soddisfacente) procedere alla ricanalizzazione della banda VHF-III, le amministrazioni avrebbero dovuto porre in essere ogni attività di loro competenza per consentire alla concessione del 1999, mai revocata, di produrre i propri effetti tipici a seguito dell'attribuzione delle frequenze.

Sia il competente Ministero che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni avrebbero dovuto attivarsi per individuare una idonea

soluzione tecnica, per programmare un accantonamento delle frequenze che via via si rendevano disponibili o per procedere ad una generale riallocazione delle frequenze, per proporre al legislatore le necessarie iniziative per una riforma della disciplina che consentisse di attribuire le frequenze ai concessionari che ne erano privi e, da ultimo, avrebbero dovuto disapplicare la richiamata normativa interna (D.L. n. 352/03 e la legge n. 112/04) per contrasto con il diritto comunitario, spettando tale compito non solo ai giudici nazionali, ma anche alle amministrazioni, che non solo sono legittimate, ma sono anzi obbligate a procedere alla disapplicazione (v. Corte Giust. CE a partire da 22-6-1989, C-103/88, F.lli Costanzo). La disapplicazione di tale normativa avrebbe certamente consentito la liberazione delle frequenze, assegnate sulla base del solo preutilizzo, e il soddisfacimento dell'interesse dell'appellante.

L'assenza di tutto ciò ha determinato la mancata attribuzione delle frequenze, che oggi può essere definita "tardiva assegnazione" a seguito del provvedimento dell'11 dicembre 2008, con la conseguenza che il danno derivato da tale tardiva assegnazione si pone in rapporto di causalità con la condotta dell'amministrazione, con le precisazioni che verranno fatte in sede di quantificazione.

Si tratta di un danno da fatto illecito, inquadrabile nella responsabilità extracontrattuale della p.a. e tale conclusione vale sia per il danno da lesione dell'affidamento che per quello da tardiva attribuzione del bene della vita (frequenze).

5.1. Accertata nei termini anzidetti la sussistenza dell'elemento oggettivo dell'illecito, l'art. 2043 c.c. impone di verificare la sussistenza dell'elemento soggettivo, ovvero della colpa della p.a.

E' un fatto che la pretesa di Centro Europa 7 si inserisce in un contesto fattuale estremamente complesso - ostensivo di interessi pubblici (industriali, commerciali, occupazionali, di servizio) senz'altro primari e di correlati interessi privati, non meno rilevanti (imprese coinvolte, interessi dei consumatori, ecc.) - e in un contesto ordinamentale non agevole, condizionato anche da gravi problematiche tecniche.

E' un fatto anche che l'azzardato bando di gara del 1999, pur riferibile alla commendevole volontà di riordinare il sistema, fu pubblicato in una situazione che presentava notevoli incertezze di immediata realizzazione. Ciò per la presenza di situazioni di diritto non preventivamente risolte, e in parte confermate dalla stessa legge posta alla base del bando (v. art. 3, comma 7, della legge n. 249/97); per la conoscenza solo approssimativa del concreto utilizzo dello spettro delle frequenze - nemmeno censite in modo compiuto; per la sottovalutazione di problemi tecnici, che, ben prevedibili, poi sarebbero risultati di ardua e ben lontana soluzione.

Questo quadro non fu analizzato, né in sede amministrativa, né in sede legislativa, con sufficiente attenzione e con adeguato approfondimento e, piuttosto che dilazionare un bando all'evidenza prematuro, si preferì attribuire concessioni la cui consistenza concreta e la cui efficacia soddisfattoria veniva contestualmente dilazionata in tempi rivelatisi anch'essi largamente insufficienti.

Nel maturare di questi tempi, mentre emergevano in sede giudiziaria violazioni di diritti e interessi e mentre il sopravvenire di opportunità tecniche suggeriva nuovi profili di intervento, il legislatore interveniva in modo affannoso senza dare definitiva soluzione ai problemi più urgenti, quale quello di Centro Europa 7.

Le amministrazioni convenute, e in particolare il Ministero delle comunicazioni, per loro parte, omettevano di approfondire e/o di suggerire – con la doverosa forza e motivazione – adeguate soluzioni di questi problemi e, mentre trascuravano di sciogliere i nodi in essere, si limitavano nei confronti di Centro Europa 7 a dilazionarne la soluzione con comportamento che, alternativo a quello della revoca delle concessioni (tutte le concessioni), ritennero più favorevole all'impresa, che, tuttavia sola tra quelle coinvolte a livello nazionale e locale, non disponeva di frequenze e della possibilità di trasmettere.

In tale quadro, da un lato si aveva la situazione soggettiva dell'impresa ricorrente, così come individuata anche dalla Corte di Giustizia, che, chiamata ad interpretare il diritto comunitario, ha espressamente riconosciuto a questo giudice nazionale la competenza ad esaminare ogni altro profilo della domanda risarcitoria; dall'altro lato, la ricerca dei rimedi praticabili richiedeva la doverosa considerazione di tutti gli elementi coinvolti.

La situazione soggettiva della ricorrente va certamente tutelata per i danni subiti, ma non può certo prescindere dal quadro complessivo nel quale la vicenda si inserisce.

Quadro caratterizzato da vincoli anche normativi, che escludono certamente che la condotta possa essere connotata da una notevole gravità, e tanto meno da dolo nei confronti di Europa 7, restando tuttavia pur sempre contrassegnata dalla sussistenza della colpa, anche se di non eccessiva entità, quanto meno con riferimento alla condotta posta in essere dal Ministero delle comunicazioni (cui è subentrato il Ministero per lo sviluppo economico).

Come già rilevato, il Ministero ha infatti omesso di rispondere in modo compiuto alle diffide inoltrate dall'appellante e tale omissione è perdurata anche dopo la pubblicazione della sentenza del Tar del Lazio n. 9325/04 del 16 settembre 2004, mai sospesa e quindi esecutiva, che imponeva al Ministero di scegliere tra revoca della concessione ed assegnazione delle frequenze.

Al riguardo, il Ministero ha sostenuto che tale sentenza non venne mai comunicata, mentre risulta agli atti che la comunicazione in via amministrativa venne effettuata per il tramite dell'Avvocatura dello Stato in data 16 settembre 2004 (v. attestazione in calce alla sentenza).

Pur avendo Centro Europa 7 beneficiato dell'omessa revoca della concessione del 1999, la sua situazione è rimasta in termini di incertezza proprio a causa dell'assenza di attività ministeriale in esecuzione della pronuncia del Tar, poi confermata da questo Consiglio di Stato.

Si è inoltre detto in precedenza come la soluzione tecnica della ricanalizzazione della banda VHF-III fosse possibile già in precedenza e, tuttavia, il Ministero non solo non ha preso in esame tale possibilità, ma non ha neanche valutato le altre opzioni, da quella minimale avente ad oggetto

una forte azione di propulsione di riforme della disciplina idonee a risolvere il problema; a quella consistente in una seria verifica della situazione delle frequenze, compresi gli aspetti inerenti a ridondanze di copertura in capo ai soggetti in esercizio o a una generale riallocazione di tutte le frequenze attraverso meccanismi di mercato; fino a quella più radicale della disapplicazione della normativa interna contrastante con il diritto comunitario e, in particolare, della normativa che ha consentito la prosecuzione e il consolidamento del c.d. regime transitorio (D.L. n. 352/03 e la legge n. 112/04). Normativa invece promossa dal Ministero delle comunicazioni tra la fine del 2003 e l'inizio del 2004 e risultata non solo idonea a risolvere il problema, ma anzi in grado di accentuarlo, tenuto conto che in assenza delle appena menzionate leggi, la definitiva cessazione del regime transitorio, in luogo del suo consolidamento, avrebbe reso disponibili frequenze in ambito nazionale, di cui avrebbe potuto beneficiare Centro Europa 7.

Rispetto all'obiezione della non configurabilità della colpa della p.a. in caso di applicazione della normativa interna contrastante con il diritto comunitario, si osserva che la Corte di Giustizia si è pronunciata su quesiti posti da questo Consiglio di Stato con esclusivo riferimento alla domanda risarcitoria e, quindi, ha valutato l'incompatibilità della normativa interna con il diritto comunitario nel presupposto che il contrasto possa assumere rilievo quale elemento dell'azione risarcitoria e possa quindi qualificare la contraria condotta dell'amministrazione in termini di colpa.

Del resto, una diversa soluzione svuoterebbe di effetti sia la precedente decisione di questa Sezione di rimessione della questione alla

Corte di Giustizia, avvenuta con esclusivo riferimento alla domanda risarcitoria e la cui rilevanza avrebbe dovuto essere esclusa, se fosse stata accolta la tesi dell'inconfigurabilità della colpa della p.a. in caso di applicazione del diritto interno contrastante con il diritto comunitario; ma svuoterebbe di effetti soprattutto le statuizioni della Corte di Giustizia, che questo Consiglio di Stato ritiene invece di dover applicare in modo pieno.

Va, comunque, rilevato che ben prima della pronuncia del giudice comunitario, già in sede interna era emerso il contrasto tra la disciplina interna e il diritto comunitario e le conclusioni, cui sarebbe poi pervenuta la Corte di Giustizia, erano state in un certo senso anticipate e soprattutto segnalate dall'allora Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in una apposita segnalazione del 19 dicembre 2002 ex art. 22 della legge n. 287/1990 inviata anche al Ministro delle comunicazioni.

Tali preoccupazioni furono ribadite dallo stesso Presidente dell'Autorità antitrust in sede di audizione parlamentare in data 8 gennaio 2004 e nelle conclusioni del 16 novembre 2004 dell'Indagine conoscitiva condotta dalla stessa Autorità riguardante il settore televisivo, ed in particolare il mercato della raccolta pubblicitaria su mezzo televisivo (doc. IC 23, citato dalla stessa Avvocatura dello Stato a pag. 43 dell'ultima memoria), in cui, oltre a segnalare le criticità della legge n. 112/2004, veniva suggerito un generale intervento di riordino con riassegnazione e riallocazione delle risorse frequenziali.

Analoghe osservazioni critiche pervennero dagli organi comunitari (v. la risoluzione del parlamento europeo del 22 aprile 2004 e la delibera del 24 giugno 2004 del Consiglio d'Europa).

Tali segnalazioni sarebbero dovute essere tenute in maggiore considerazione soprattutto per le decisioni da prendere alla fine del periodo transitorio in prossimità della scadenza del termine del 31 dicembre 2003 fissato dalla Corte Costituzionale.

Tuttavia, è evidente che sotto il profilo soggettivo la questione si pone in termini diversi a seconda che il contrasto vi sia con una norma generale del Trattato, quale l'art. 49, o con specifiche disposizioni contenute nelle direttive, i cui precetti sono più facilmente percepibili dalle amministrazioni.

Per questa ragione, anche una diversa conclusione sul collegamento con gli scambi intracomunitari e sull'interesse transfrontaliero della vicenda (esclusi in precedenza), avrebbe condotto all'applicazione dell'art. 49 del Trattato, ma non al riconoscimento della responsabilità della p.a. per l'assenza della colpa (in questo senso deve essere intesa l'affermazione fatta in precedenza circa il carattere non decisivo ai fini dell'azione risarcitoria della questione dell'interesse transfrontaliero).

In definitiva, la condotta tenuta dal Ministero nel corso di quasi dieci anni è caratterizzata da diverse omissioni ed errori e soprattutto, se complessivamente considerata, va qualificata come colposa per aver dapprima rilasciato una concessione a Centro Europa 7 senza poi aver completato il procedimento a formazione progressiva con l'assegnazione delle frequenze per un periodo temporale che si è protratto, soprattutto dopo il 1° gennaio 2004, in modo abnorme e al di là di ogni ragionevole giustificazione.

5.2. Le stesse conclusioni non possono essere prese con riguardo alla posizione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Infatti, in primo luogo, l'affidamento all'Autorità del compito di procedere ad un programma di adeguamento al Piano nazionale di assegnazione delle frequenze avvenne con il decreto ministeriale di concessione al di fuori di una specifica previsione normativa e in assenza dei presupposti di diritto e di fatto idonei a consentire l'adeguamento del piano al numero di concessioni o autorizzazione anche *ex lege* in essere.

Ai fini dell'esclusione della colpa risulta, inoltre, decisivo il fatto che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni non abbia avuto competenze dirette in merito all'assegnazione delle frequenze ad operatori radiotelevisi.

Né un addebito può derivare dalla fissazione del termine di cui all'art. 3, comma 7, della legge n. 249/97, sia perché tale questione esula dall'oggetto del presente giudizio, sia perché il termine del 31 dicembre 2003, fissato con delibera Agcom n. 346/01, coincide con quello poi stabilito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 466/2002.

Va anche rilevato che l'Autorità non era parte nel giudizio concluso con la sentenza di questa Sezione n. 2624/08 e, di conseguenza, non doveva rispondere alla diffida di Centro Europa 7 e dare esecuzione alla sentenza del Tar non sospesa, restando così estranea ai profili di addebito della responsabilità, menzionati in precedenza con riferimento alla posizione del Ministero.

L'assenza di intervento, anche di tipo sollecitatorio, che ha caratterizzato la condotta del Ministero delle comunicazioni, non ha invece riguardato l'Agcom, il cui Presidente *pro tempore* nell'audizione

parlamentare del 10 settembre 2003 segnalò, anche se in maniera meno netta rispetto ai già menzionati altri interventi, la valenza delle nuove direttive comunitarie entrate in vigore il 25 luglio 2003 e da considerare quale parametro dotato di valore costituzionale, che imponeva che l'assegnazione delle frequenze avvenisse con criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati.

Deve, quindi, ritenersi che la condotta dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni non si ponga sotto alcuni profili in rapporto di causalità diretta con i danni lamentati dall'appellante e sia comunque per altro verso esente da profili di colpa anche lieve.

6.1. Si deve ora passare ad esaminare i danni lamentati da Centro Europa 7 e a verificare non solo la loro quantificazione, ma prima ancora la sussistenza del nesso di causalità delle singole voci richieste in attuazione dei principi già indicati in precedenza.

Con riferimento al danno emergente Centro Europa 7 ha allegato copiosa documentazione, attestante una serie di costi sostenuti a vario titolo e secondo la sua prospettazione da imputare alla esigenza di tenere l'impresa pronta all'inizio dell'attività televisiva.

Prima di esaminare le varie voci è opportuno premettere alcune considerazioni di ordine generale.

Centro Europa 7 non poteva ignorare, né ignorava, i caratteri specifici della situazione di fatto nella quale maturò il bando, le condizioni cui fu sottoposta la concessione e le vicende successive che a vario titolo impedirono l'assegnazione delle frequenze.

Tale conoscenza, che si dimostra completa anche negli atti depositati da Centro Europa 7, non poteva non indurla a dubitare seriamente della possibilità di soddisfare la propria aspettativa, quanto meno in tempi rapidi; tale possibilità viene ora rappresentata come concreta e piena in ragione delle molteplici spese sostenute fin dal 1999, ma è contraddetta dalla legislazione positiva via via formatasi, che consigliava prudenza nell'avviare investimenti prima del concretizzarsi dell'assegnazione delle frequenze.

Peraltro, l'imputazione delle numerosi voci di spesa all'auspicato inizio dell'attività di trasmissione in ambito nazionale è contraddetta anche dalla condotta di attesa, tenuta da Centro Europa 7 con riferimento ad altre possibilità che l'ordinamento le conferiva, come ad esempio il ricorso al *trading* per l'acquisto delle frequenze, l'utilizzazione della capacità televisiva altrui o la partecipazione alla procedura competitiva del 2007.

Se tale scelta di "attesa" è giustificata da Centro Europa 7 con la necessità di aspettare il maturare delle condizioni per poter esercire un rete in ambito nazionale, senza procedere ad acquisire settorialmente isolate frequenze inidonee ad assicurare una copertura nazionale (pag. 48 dell'ultima memoria di Europa 7) o a partecipare alla procedura di gara del 2007, che garantiva una copertura del solo 6 % del territorio nazionale (pag. 38 della relazione Agcom), poco compatibile con tale condotta risultano le ingenti spese che invece ora vengono ricondotte ad una attivazione della rete nazionale, asseritamene ritenuta prossima nel corso degli anni.

Tali elementi, che sono stati invocati dalle amministrazioni per configurare una colpa concorrente dell'appellante, devono comunque essere qui tenuti in considerazione per valutare la sussistenza del nesso di causalità.

Va invece respinta l'eccezione sollevata dall'Avvocatura dello Stato di inammissibilità dei mezzi di prova, prodotti per la prima volta in appello, in quanto tale produzione è in parte avvenuta a seguito della richiesta istruttoria della Sezione ed ha in parte riguardato i danni asseritamente subiti dopo la pubblicazione della sentenza di primo grado, anche senza considerare che si tratta comunque di prove indispensabili ai fini della decisione della causa ai sensi dell'art. 345, comma 3, c.p.c..

6.2. In tema di interesse pretensivo, è poi necessario considerare che la lesione non ha inciso fin dall'origine su un bene della vita già proprio del danneggiato, ma su una legittima aspettativa (affidamento) ad acquisirlo, benché caratterizzata, per via degli obblighi nascenti dalla concessione, da speciali elementi di concretezza.

Soddisfatta oggi la pretesa all'ottenimento delle frequenze, e con essa l'interesse primario di Centro Europa 7, la domanda risarcitoria per il danno emergente riguarda – come già detto – spese che si assume siano state sostenute al fine di predisporre l'avvio delle trasmissioni televisive in ambito nazionale.

Tuttavia, molte di queste spese non sono certamente riferibili allo scopo dichiarato, ma vanno con evidenza imputate ad altre attività del gruppo Europa 7, già attivo nel settore televisivo prima del rilascio della concessione con attività almeno in parte proseguite anche successivamente, come risulta dagli elementi forniti dall'Avvocatura dello Stato e dagli stessi

bilanci prodotti da Centro Europa 7 a seguito della richiesta istruttoria della Sezione.

L'impresa appellante si era occupata dal 1994 al 1999 della gestione di un circuito nazionale di 14 emittenti locali, a cui Europa 7 forniva un palinsesto di programmazione giornaliera, ottenendo in cambio la raccolta della pubblicità (v. all. 4 prodotto dall'appellante).

Secondo Centro Europa 7, dalla data di rilascio della concessione (1999) fino al 2008 l'attività imprenditoriale preponderante della società sarebbe consistita in una "indispensabile difesa del valore dell'azienda e dei suoi diritti attraverso una enorme attività legale", essendo avvenuta la dismissione della gestione del circuito nazionale di emittenti locali (pag. 2 all. 4).

In realtà, non si comprende la ragionevolezza dell'asserita scelta di indirizzare la propria attività imprenditoriale verso una "enorme attività legale" e soprattutto non si comprende il motivo dell'incompatibilità della difesa dei propri diritti con il proseguimento dell'ordinaria attività imprenditoriale.

Certamente le spese sostenute per consulenza e assistenza legale non possono essere imputate in modo diretto alla condotta dell'amministrazione, o meglio possono costituire una pretesa dell'appellante nei limiti di quanto può essere riconosciuto a titolo di definizione delle spese del presente giudizio, e non oltre (o nei limiti di quanto riconosciuto nei singoli giudizi, cui le spese legali si riferiscono).

Altrettanto certo è che l'attività di Centro Europa 7 non si è limitata a quella legale, essendo proseguita l'ordinaria attività imprenditoriale come

emerge dai bilanci prodotti in cui i ricavi delle vendite e delle prestazioni, certamente non imputabili all'attività legale, risultano rilevanti e in grado di coprire la gran parte dei costi.

E', quindi, l'impostazione della richiesta risarcitoria ad essere erronea, non essendo certo possibile che gran parte dei costi sostenuti da Centro Europa 7 in questi anni possano essere imputati a titolo di danno come spese sostenute per l'inizio dell'attività, poi non avvenuto per la mancata assegnazione delle frequenze. Se tale prospettazione fosse vera, l'equilibrio finanziario di Centro Europa 7 sarebbe stato ben presto compromesso o avrebbe avuto bisogno di iniezioni di liquidità in realtà non avvenute in misura rilevante.

Deve, quindi, ritenersi che la società abbia invece continuato la propria attività come dimostrano le perdite di esercizio comunque contenute nel corso degli anni e che complessivamente ammontano ad una somma di gran lunga inferiore (nel periodo 1999 / 2007 poco meno di 2 milioni di euro) rispetto a quella reclamata a titolo di danno emergente (euro 129.998.840,00).

Passando alle voci di danno emergente ulteriori rispetto alle spese di consulenza e assistenza legale, si rileva che le spese sostenute per le produzioni necessarie a completare il palinsesto e per l'acquisto di programmi non possono essere considerate un antieconomico esborso sostenuto solo nell'erroneo presupposto dell'imminente inizio delle trasmissioni.

In primo luogo, perché tale inizio non era imminente e tale dato – come già detto – era perfettamente conosciuto da Centro Europa 7 e poi

perché tali acquisizioni erano sfruttabili, e sono state sfruttate attraverso la cessione di diritti (v. pag. 2 all. 4), nell'ambito dell'ordinaria attività imprenditoriale ed hanno costituito un incremento del valore patrimoniale dell'azienda, risultante dai bilanci prodotti.

All'odierna udienza i difensori di Centro Europa 7 hanno richiamato il recente provvedimento dell'11 dicembre 2008 per dimostrare che l'attivazione della rete è stata oggi prevista con un breve termine di poco superiore ai sei mesi a conferma della esigenza di continuare negli anni ad investire per attività preparatorie anche relative al palinsesto in attesa dell'attribuzione delle frequenze.

In realtà, si osserva che con il citato ultimo provvedimento l'attivazione degli impianti è stata prevista "a partire dal 1° luglio 2009 ed entro e non oltre il 30 giugno 2011" con un ampio margine temporale per l'inizio dell'attività e, utilizzando lo stesso ragionamento svolto da Europa 7, proprio tale ampio margine temporale conferma che non vi era alcuna necessità di procedere nel corso degli anni ad investimenti finalizzati all'inizio dell'attività, quanto meno in assenza di certezze sull'attribuzione delle frequenze.

Tali voci non possono essere, quindi, riconosciute a titolo di risarcimento del danno.

Alla stessa conclusione si perviene per i contratti relativi alla realizzazione della parte tecnica della rete e all'acquisto di apparati, in quanto non vi è alcuna prova che i contratti cui Europa 7 fa riferimento siano stati eseguiti ed anzi è la stessa appellante a fare riferimento a trattative per evitare l'applicazione delle penali a seguito del mancato

adempimento dei contratti, senza però fornire prova neanche dell'effettivo pagamento di penali.

Neanche possono essere riconosciute le reclamate spese ordinarie, relative al compenso spettante all'amministratore, agli stipendi dei dirigenti e degli altri dipendenti e a viaggi e trasferte, trattandosi di costi collegati all'ordinaria, e non dimessa, attività imprenditoriale e che comunque avrebbero dovuti essere sostenuti, non essendo neanche ipotizzabile che in attesa delle frequenze la società restasse senza amministratore.

Nessuna prova è stata fornita sull'assunzione di personale o sull'effettuazione di viaggi e trasferte in ragione del rilascio della concessione e, comunque, anche in questo caso, l'appellante avrebbe dovuto prudentemente, come in realtà sembra avere fatto, attendere il concretizzarsi del rilascio delle frequenze prima di sostenere spese finalizzate all'avvio delle trasmissioni in ambito nazionale.

In relazione alle spese di locazione dell'immobile, sito in Roma via di Tor Cervara, Centro Europa 7 sostiene di aver reperito tale immobile di circa 20.000 mq. per partecipare alla gara e iniziare l'attività e di aver poi ottenuto una riduzione del canone per il limitato utilizzo della struttura, senza peraltro produrre il contratto di locazione.

L'Avvocatura dello Stato ha controdedotto efficacemente, rilevando che dagli archivi del registro unico degli operatori di comunicazione (ROC) risulta che a via di Tor Cervara 286 hanno la sede legale, oltre a Centro Europa 7 s.r.l., anche Media 2001 s.r.l., Informazione libera s.r.l., Tvr Voxson s.p.a. e Rete DAB 2000 (quest'ultima non iscritta al ROC).

Sempre secondo l'Avvocatura dello Stato, si tratterebbe di società collegate, aventi le prime quattro lo stesso recapito telefonico e fax ed essendo le prime tre controllate da Di Stefano Francescantonio e TVR Voxson da Di Stefano Giuseppe.

Tali dati, non smentiti da Centro Europa 7, dimostrano quanto meno che non sia esatto l'assunto dei costi sostenuti per una struttura rimasta inutilizzata, dovendo invece presumersi che nel corso di questi anni la struttura sia stata comunque utilizzata.

Ritenendo comunque che una parte dei costi sia stata diretta a mantenere la disponibilità di una struttura adeguata al momento, seppur non imminente, dell'attribuzione delle frequenze, può essere riconosciuto una limitata parte dei costi reclamati, che va liquidata in via equitativa nella complessiva somma di Euro 100.000.

Centro Europa 7 reclama anche ingenti spese pubblicitarie, sostenute - a suo dire - per il mantenimento del marchio e relative però a campagne per il pluralismo nel settore televisivo.

E' evidente che le campagne per il pluralismo e per la critica dell'operato di governi via via succedutesi costituiscono sicuramente legittima espressione della posizione dell'azienda, ma non si pongono in rapporto di diretta causalità con il ritardo nell'assegnazione delle frequenze, non trattandosi di costi finalizzati all'avvio dell'attività radiotelevisiva.

Tali spese possono essere solo in minima parte riconnesse al mantenimento del marchio Europa 7 in vista del non imminente avvio delle trasmissioni e in tale ridotta misura, liquidata in via equitativa nella somma di Euro 200.000, possono essere riconosciute.

Per quanto riguarda gli oneri sostenuti per il mantenimento della concessione e per la posizione di impresa esercente l'attività nel settore radiotelevisivo, si tratta in questo caso di costi sostenuti a seguito del rilascio della concessione e per il mantenimento dei diritti da questa derivanti in attesa dell'attribuzione delle frequenze; tali costi vanno, quindi, imputati a titolo di risarcimento del danno fin dal 1999 per l'affidamento che il rilascio della concessione aveva generato e per la lesione di detto affidamento determinata dalla mancata assunzione di determinazioni circa la posizione di Centro Europa 7.

Non si tratta, quindi, di somme richieste a titolo di ripetizione di indebito, trattandosi di somme dovute in base al provvedimento di concessione, ma sostenute nell'attesa, rimasta vana per molti anni, del completamento della procedura attraverso l'attribuzione delle frequenze.

Le somme dovute a titolo di sorte capitale ammontano complessivamente ad euro 91.418,00 (euro 76.592,00 per tasse di concessione e euro 14.826,00 per contributo Agcom) e, tenuto conto dell'utilità residua che deriva all'appellante a seguito della recente attribuzione delle frequenze e del fatto che anche ipotizzando una attribuzione delle frequenze alla fine del 2003, parte delle somme in precedenza pagate sarebbero state comunque necessarie per la soddisfazione dell'interesse di Europa 7, si ritiene in via equitativa di compensare tale utilità residua con gli importi dovuti a titolo di interessi legali e rivalutazione monetaria e con ogni eventuale ulteriore importo corrisposto successivamente alla quantificazione di tali voci effettuata dall'appellante con la documentazione depositata il 4 aprile 2008.

Da ciò deriva che la complessiva somma spettante a Centro Europa 7 a titolo di risarcimento del danno emergente ammonta, già attualizzata ad oggi, a complessivi Euro 391.418,00.

6.3. Centro Europa 7 ha richiesto per il risarcimento del danno a titolo di lucro cessante la rilevante somma di Euro 2.045.214.475,00.

Tale quantificazione viene fondata su una perizia tecnica redatta dalla Banca Unipol e aggiornata fino al 2008.

L'Avvocatura dello Stato ha contestato l'utilizzabilità di tale documento, sostenendo che la perizia è stata redatta da un soggetto (Unipol) interessato all'esito del giudizio, in quanto incaricato della predisposizione della lettera di *patronage* per l'accesso alla procedura di gara del 1999 e potenziale beneficiario dell'esito del giudizio per i rapporti economici intrattenuto con il cliente.

Tale eccezione deve essere disattesa, in quanto, anche se proveniente da un soggetto in rapporto con l'appellante, il documento va esaminato e ciò che rileva è unicamente l'attendibilità dei dati contenuti nella perizia e la loro idoneità a supportare la richiesta risarcitoria.

La perizia Unipol si fonda sulla valutazione dell'azienda con il metodo dei multipli di borsa di società quotate ed operanti nel medesimo settore e sulla ritenuta comparabilità con società quali Mediaset e altre imprese straniere operanti nel mercato televisivo.

Il presupposto della valutazione è il passaggio di Retequattro e di Telepiù nero sul satellite e la trasmissione di Rai 3 senza pubblicità e l'ipotesi formulata è costituita dal quasi dimezzamento dello share di Rai3 e dalla perdita del 95 % degli ascolti da parte di Rete4 e dalla ritenuta

conseguente acquisizione di tali ascolti da parte di Europa 7, che, anche grazie a personaggi estromessi dalla televisione pubblica (Biagi, Santoro, Luttazzi, Fazio, Dandini, Guzzanti, Lerner, Chiambretti, ecc.), avrebbe fin dal 2000 raggiunto l'11 % di share per arrivare al 16 % nel 2005.

Sempre secondo la perizia Unipol, con il raggiungimento di tale share Europa 7 avrebbe potuto recuperare l'intero fatturato di Retequattro e quello di Rai3, raggiungendo fin dal 2000 l'obiettivo di oltre 127 milioni di euro di utili netti, che sarebbero progressivamente aumentati fino a raggiungere nel 2008 l'importo di oltre 305 milioni di euro secondo l'aggiornamento della perizia prodotto in giudizio; da qui la quantificazione della somma di oltre 2 miliardi di euro a titolo di lucro cessante.

Il Collegio osserva che i presupposti e le ipotesi contenute nella perizia sono privi di fondamento e sforniti del minimo elemento probatorio, indispensabile soprattutto per supportare una richiesta risarcitoria di tale entità.

E' noto che l'attività di gestione di una rete televisiva è essenzialmente commerciale, in relazione alla quale se la concessione è necessariamente presupposta, essa – e lo dimostra la relativa modestia del canone – non determina l'ammontare dei ricavi.

Questi, mutevoli al pari della mutevolezza dei mercati (evidente in questi ultimi mesi), dipendono da fattori notoriamente imprenditoriali, che vanno dalla misura e qualità degli investimenti alle caratteristiche organizzative, dalla idoneità della gestione alla formazione, dalla capacità di introdursi e stare sul mercato all'avviamento, dalla innovazione tecnologica alla qualità del lavoro e così via fino alle specificità del settore.

E' anche noto che mentre lo stesso duopolio mostra sintomi di difficoltà (la Rai - TV ha da tempo risultati economici non brillanti e Mediaset ha visto la riduzione del passato valore della propria quotazione in borsa, su cui si fonda in parte il contestato documento Unipol), moltissime altre imprese del settore hanno registrato e registrano risultati pesantemente negativi.

Se così è, deve rilevarsi l'inconsistenza della pretesa di un nuovo entrante come Europa 7 di farsi riconoscere, sulla pressoché sola base di una non onerosa concessione, la serietà di una prospettiva di guadagno, che, in sé abnorme, sarebbe potuta derivare, forse e solo in parte, dal concorso di tutti i citati requisiti di impresa e di una eccellente imprenditorialità, non incisa da fattori negativi esterni.

Nella specie, la compresenza di tali obiettivi requisiti non è provata: a cominciare dalla riserva finanziaria necessaria agli ingenti investimenti finanziari finalizzati all'avvio dell'attività, su cui si tornerà in seguito.

Inoltre, la pretesa del nuovo gestore, pur presunto idoneo e capace, di sottrarre ai concorrenti e soprattutto a Rai e Mediaset larghe quote di mercato è soltanto apoditticamente affermata.

In primo luogo, non è oggetto di questa causa il trasferimento sul satellite di altri operatori e si ricorda che il ricorso proposto da Centro Europa 7 avverso l'abilitazione rilasciata a Retequattro a proseguire la propria attività, pur in assenza di concessione, è stato definitivamente dichiarato irricevibile perché tardivo a seguito della sentenza di questa Sezione n. 2623/08.

Anche ipotizzando che alla fine del 2003 si fosse realizzato il passaggio di Retequattro sul satellite e la trasmissione di Rai3 senza pubblicità, non è credibile che le intere quote di mercato sarebbero state acquisite da un nuovo entrante come Europa 7 e che le due società da anni fortemente insediate sul mercato avrebbe perso tali quote senza alcun beneficio per i residui loro canali o che i concorrenti già sul mercato, come La7, non avrebbero approfittato di tale occasione di espansione.

Centro Europa 7 non ha in alcun modo dimostrato con quali risorse avrebbe tentato una così rapida espansione nel settore televisivo, tanto più che la stessa si definisce in "delicatissimo equilibrio finanziario" (pag. 47 dell'ultima memoria) e che dai bilanci acquisiti sono emerse, oltre che costanti, anche se non rilevanti, perdite di esercizio, un'esposizione debitoria di oltre 12 milioni di euro nel 2007.

Tali elementi inducono a ritenere azzardata la comparazione tra Europa 7 e i due principali operatori (Rai e Mediaset) e ingiustificata la mancata considerazione di altro operatore nazionale (La7), che, anche se di superiore consistenza economica e potenzialità imprenditoriale, chiude i bilanci in costante perdita, come rappresentato dall'Avvocatura dello Stato.

All'odierna udienza, Centro Europa 7 ha replicato a tale obiezione, facendo riferimento all'elevato valore di cessione dell'allora Telemontecarlo al gruppo Telecom, dimenticando però la profonda differenza tra il valore di una azienda anche in perdita, costituito dall'avviamento, dall'organizzazione, dal *know-how*, dalle strutture, dagli apparati di trasmissione e gli utili conseguibili da un nuovo entrante che deve costruire la propria azienda.

Centro Europa 7 non ha dimostrato, né dedotto di aver perso occasioni di vendita dell'azienda per la mancata attribuzione delle frequenze e, comunque, il valore dell'azienda può oggi beneficiare dell'assegnazione delle frequenze e del mantenimento della posizione di operatore del settore in ambito nazionale.

Inoltre, il collegamento tra l'acquisizione degli importanti personaggi televisivi sopramenzionati e l'aumento degli ascolti costituisce una mera ipotesi, di cui manca il necessario presupposto del consenso di tali personalità a partecipare ai programmi di Europa 7, riguardo al quale l'assenza del minimo principio di prova è manifesta.

In sostanza, la pretesa risarcitoria avanzata da Centro Europa 7 si fonda sull'erroneo presupposto che il maggior pluralismo nel settore radiotelevisivo, invocato correttamente anche dalla ricorrente, avrebbe determinato vantaggi solo per Europa 7 e avrebbe potuto, quindi, da essa, e sola da essa, essere monetizzato; ma in realtà così non è.

La richiesta di Centro Europa 7 di disporre una CTU rende palese la consapevolezza dell'insufficienza del documento Unipol, ma non può essere accolta, in quanto la consulenza tecnica non può surrogare l'accertato difetto di prova.

Peraltro, la stessa ipotesi di conseguimento di rilevanti utili fin dal primo anno di esercizio (2000), oltre ad essere del tutto irragionevole e contraria al dato notorio delle perdite che caratterizzano l'ingresso di nuovi operatori in mercati difficili come quello televisivo, contrasta anche con le stesse previsioni fatte da Centro Europa 7 a corredo della originaria domanda di concessione, in cui, forse anche ottimisticamente, venivano

ipotizzati i primi due anni di esercizio in perdita e un utile, nell'arco di un quinquennio, di cinque miliardi di lire (v. pag. 38 dell'ultima memoria dell'Avvocatura; dati non contestati e non smentiti).

L'assenza di un serio piano finanziario rende difficile individuare le modalità e soprattutto le risorse, con cui Europa 7 avrebbe fatto fronte all'investimento iniziale, non potendo certo ritenersi sufficienti alcune lettere dell'Unipol in cui si ipotizzava in modo altamente generico il collocamento in borsa, che comunque difficilmente poteva precedere gli investimenti iniziali (v. lettere Unipol del 22-1-2002 e del 18-12-2002).

Un dato è invece emerso sulla base delle allegazioni del Ministero e dell'Agcom: in luogo dei rilevanti investimenti che Centro Europa 7 avrebbe dovuto sostenere per l'acquisizione degli impianti e degli apparati necessari per le trasmissioni (quantificati in 164 milioni di euro, oltre 117,9 milioni di euro per la locazione dei siti; v. dati non adeguatamente contestati citati a pag. 43 dell'ultima memoria dell'Avvocatura), tali investimenti saranno oggi del tutto inferiori, in quanto, grazie alla delibera Agcom n. 159/08/Cons del 9 aprile 2008, è stato consentito l'utilizzo delle infrastrutture delle emittenti in posizioni dominanti con obbligo di Rai e R.T.I. s.p.a. di dare accesso alle proprie infrastrutture a tutti gli operatori televisivi nazionali su frequenze terrestri in tecnica analogica che ne facciano richiesta.

In particolare, RAI-Radiotelevisione Italiana S.p.A e Reti Televisive Italiane S.p.A. devono consentire la co-ubicazione o condivisione delle infrastrutture necessarie alla diffusione televisiva per la trasmissione agli

utenti finali su frequenze terrestri in tecnica analogica, ed offrire il servizio di gestione degli impianti trasmissivi (installazione, manutenzione, etc.).

Pur essendo tali obblighi riferiti solo alla tecnica analogica, soprattutto per chi, come Europa 7, si appresta ad entrare nel mercato in piena fase di transizione verso il digitale, la possibilità di avvalersi di tali obblighi regolamentari, gravanti sugli operatori dominanti, costituisce un sicuro vantaggio rispetto al passato e consente di limitare gli investimenti (come ben evidenziato anche a pag. 46 della relazione dell'Agcom).

A fronte dei danni lamentati e in parte subiti per il ritardo nell'attribuzione delle frequenze, tale elemento costituisce un vantaggio, di cui si deve tenere conto in sede di liquidazione equitativa del danno.

Infatti, come anche richiesto da Centro Europa 7, anche per il lucro cessante l'unica via per quantificare il risarcimento è quella equitativa.

Partendo dal 2004 come periodo di riferimento per le considerazioni espresse in precedenza e ipotizzando almeno i primi due anni con perdite di esercizio, si può ritenere che nel periodo dal 1° gennaio 2006 al 30 giugno 2009 l'impresa appellante avrebbe potuto ottenere utili, il cui mancato conseguimento si pone con evidenza in rapporto di causalità col il ritardo nell'attribuzione delle frequenze e che possono essere complessivamente quantificati, attualizzati ad oggi, in complessivi euro 650.000,00.

Tale importo, che supera le stesse perdite di esercizio registrate dal 2004 al 2008, deve ritenersi ampiamente sufficiente a coprire ogni il danno a titolo di lucro cessante ed anzi la stessa ipotesi del conseguimento di utili di esercizio presuppone una presunzione di idoneità e capacità di Europa 7 di fare ingresso e restare nel mercato televisivo nazionale.

7. In conclusione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, l'appello deve essere in parte accolto e la domanda risarcitoria deve anche essere in parte accolta nei soli confronti del Ministero dello sviluppo economico, subentrato al Ministero delle comunicazioni, per la complessiva somma di Euro 1.041.418,00, comprendente sia il danno emergente che il lucro cessante. Deve, invece, essere respinta la domanda risarcitoria proposta nei confronti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Resta ovviamente fermo quanto già disposto con la sentenza non definitiva n. 2622/08 del 31 maggio 2008.

Con riferimento alle spese di giudizio, si deve statuire in modo autonomo per le spese relative al procedimento davanti alla Corte di Giustizia, rimesse dalla stessa Corte alla competenza del giudice interno e che devono essere liquidate nella complessiva somma di Euro 10.000,00, che il Ministero dovrà rifondere a Centro Europa 7.

Per le spese del presente giudizio, ricorrono giusti motivi perché queste siano compensate per due terzi, tenuto conto della reiezione della domanda di adempimento e dell'accoglimento solo parziale della domanda risarcitoria, con condanna del Ministero a rifondere a Centro Europa 7 il restante terzo, liquidato nella somma di euro 10.000,00.

Sussistono, invece, giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese tra l'appellante e le altre parti del giudizio, non direttamente interessate dalla domanda risarcitoria e comunque non ritenute responsabili (Agcom).

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando, fermo restando quanto statuito con la decisione di questa Sezione n. 2622/08, accoglie in parte il ricorso in appello indicato in epigrafe e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie in parte la domanda risarcitoria, condannando il Ministero per lo sviluppo economico (già Ministero delle comunicazioni) al pagamento in favore di Centro Europa 7 s.r.l. della complessiva somma di Euro 1.041.418,00 a titolo di risarcimento del danno, oltre gli interessi computati, nella misura legale, dalla presente sentenza fino al soddisfo.

Respinge nel resto il ricorso in appello.

Condanna il Ministero per lo sviluppo economico (già Ministero delle comunicazioni) alla rifusione, in favore di Centro Europa 7 di un terzo delle spese di giudizio, liquidato nella complessiva somma di Euro 10.000,0, oltre Iva e C.P., compensando le spese per i restanti due terzi e alla rifusione sempre in favore di Centro Europa 7 s.r.l. delle spese del procedimento davanti alla Corte di Giustizia, liquidate nella complessiva somma di Euro 10.000,00;

Compensa le spese tra l'appellante e le altre parti del giudizio.

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

Così deciso in Roma, il 16-12-2008 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo

Presidente

Paolo Buonvino

Consigliere

Luciano Barra Caracciolo

Consigliere

Roberto Chieppa

Consigliere Est.

Roberto Garofoli

Consigliere

Presidente
[Signature]

Consigliere
[Signature]

Segretario
[Signature]

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 20.01.09

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

Il Direttore della Sezione

[Signature]

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi 20.01.09 copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero SIV.P.P.S. E CONOR. - AUTORITA' GAR. CON. -

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

[Signature]