

numero
uno

09



estratto da

diritto ed economia dei mezzi di comunicazione

periodico quadrimestrale
di attualità e notizie
dal mondo della comunicazione

diretto da
Astolfo Di Amato

Francesco Graziadei

**Gestione dello spettro radioelettrico:
indicazioni comunitarie in merito
alla transizione alla tv digitale terrestre**

Francesco Graziadei

Gestione dello spettro radioelettrico: indicazioni comunitarie in merito alla transizione alla tv digitale terrestre

sommario:

1. Premessa: la via italiana alla transizione alle radiodiffusioni televisive in tecnica digitale su frequenze terrestri. 2 Le indicazioni comunitarie in merito alla transizione alla tv digitale. 2.1. La recente pronuncia della Corte di Giustizia sul caso Europa 7. 2.2 La procedura di infrazione ex art. 226 del Trattato. 3. La legge 108 del 2008. 4. Conclusioni.

1. Premessa: la via italiana alla transizione alle radiodiffusioni televisive in tecnica digitale su frequenze terrestri

Di transizione alla tecnologia digitale per le diffusi televisive su frequenze terrestri, come noto, il legislatore ha iniziato ad occuparsi da più di dieci anni.

Una prima scarna disciplina della materia era, difatti, contenuta già nella legge n. 249 del 1997, dove si prevedeva semplicemente che “l’esercizio della radiodiffusione sonora e televisiva digitale è concesso alla concessionaria del servizio pubblico e ai concessionari o autorizzati per la televisione e la radiodiffusione sonora in modulazione di frequenza, che a tal fine possono costituire consorzi fra loro o con altri concessionari per la gestione dei relativi impianti”¹.

Inoltre, la stessa legge prevedeva che l’adozione del Piano di assegnazione delle frequenze in tecnica analogica da parte della neocostituita Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, “sulla base del quale”² si sarebbero dovute rilasciare le concessioni analogiche in ambito nazionale e locale, avrebbe dovuto prevedere delle “riserve di frequenza per la diffusione del segnale radiofonico e televisivo con tecnologia digitale ed uso integrato del satellite e del cavo e dei ponti radio su frequenze terrestri per i collegamenti tra gli impianti di radiodiffusione”³.

La scelta operata dal legislatore nel 1997 di affidare la transizione alle diffusi in tecnica digitale agli operatori in tecnica analogica, quale naturale estensione dell’ambito oggettivo dei propri titoli abilitativi, affidando a questi ultimi gli oneri della suddetta transizione, veniva confermata,

1. Art. 3, comma 5, lettera b), legge 31 luglio 1997, n. 249.

2. Art. 3, comma 2, legge 31 luglio 1997, n. 249.

3. Art. 3, comma 5, lettera b) e art. 2, comma 6, lettera d), legge 31 luglio 1997, n. 249.

oltre che da testi normativi poi mai giunti sino a definitiva approvazione⁴ da parte del Parlamento, dalla legge n. 66 del 2001⁵, dalla complessa ed articolata disciplina regolamentare dettata dall'Autorità sulla base delle indicazioni del legislatore⁶, nonché dalla legge n. 112 del 2004 con norme poi "trasposte" nel Testo Unico sulla radiotelevisione⁷.

A partire dalla legge n. 66 del 2001, il ruolo esclusivo degli operatori in tecnica analogica nell'effettuare il passaggio alla tecnologia diffusiva digitale viene più specificatamente circoscritto alla fase di sperimentazione⁸ o comunque alla fase transitoria

(switch over), prevedendosi - in relazione alla progressiva cessazione definitiva delle diffusionsi analogiche ed alla conseguente (ma eventuale) liberalizzazione di radiofrequenze - la possibilità d'ingresso di nuovi operatori di rete⁹.

Il quadro regolatorio nazionale non ha, dunque, semplicemente garantito che le emittenti già operanti in tecnica analogica potessero proseguire nelle diffusionsi anche in tecnica digitale non perdendo il valore dell'impresa editoriale raggiunto in tanti anni di attività¹⁰, ma ha, altresì, assegnato a queste ultime un ruolo centrale per quanto ri-

4. Si veda in particolare la ddL AS/1138, recante "Disciplina del sistema delle comunicazioni", del 31 luglio 1996, nel nuovo testo proposto dal governo, depositato al Senato il 29 luglio 1999.
5. Cfr. Decreto legge 23 gennaio 2001, n. 5, convertito con modificazioni dalla legge 20 marzo 2001, n. 66 e successive modificazioni, secondo il quale (art. 2-bis, comma 1) è previsto che "i soggetti che esercitano legittimamente l'attività di radiodiffusione televisiva su frequenze terrestri, da satelliti e via cavo sono abilitati, di norma nel bacino di utenza o parte di esso, alla sperimentazione di trasmissioni televisive e servizi della società dell'informazione in tecnica digitale" e poi che tali sperimentazioni potessero essere effettuate "sui canali legittimamente eserciti, nonché sui canali eventualmente derivanti dalle acquisizioni di cui al comma 2". Il comma 2 dello stesso articolo prevedeva il ben noto regime del trading delle frequenze (compravendita di impianti o rami di azienda cui facevano capo gli impianti di radiodiffusione) ma stabilendo una delimitazione soggettiva dell'istituto tale da consentire i suddetti trasferimenti solo tra "i concessionari televisivi in ambito locale o tra questi e concessionari televisivi in ambito nazionale a condizione che le acquisizioni operate da questi ultimi siano impegnate esclusivamente per la diffusione sperimentale in tecnica digitale...". La legge 112 del 2004 (art. 23, comma 3, richiamato ora dall'art 15, comma 4 del D.Lgs. 177 del 2005) ha poi ampliato la portata della norma consentendo la compravendita di impianti anche tra concessionarie nazionali, estendendo anche temporalmente l'istituto, non più limitato alla sola fase di sperimentazione. Come si vedrà meglio al paragrafo 3, cui si rinvia, il regime del mercato secondario delle radiofrequenze ha subito una importante innovazione con la legge n. 101 del 2008.
6. La Delibera Agcom n. 435/01/CONS, in particolare, nel disciplinare l'accesso al mercato degli operatori di reti digitali terrestri, premettendo una distinzione fra titolo abilitativo (licenza individuale) e provvedimento di rilascio del diritto d'uso sulla radiofrequenza (art. 17, comma 3), configurava un regime di rilascio delle abilitazioni alla sperimentazione (art. 34) nel quale era l'operatore a dover indicare i siti e le relative frequenze sulle quali intendeva svolgere le sperimentazioni (avvenendo pertanto già la disponibilità) nonché un regime di conversione dell'abilitazione in licenza (ma con meccanismi analoghi veniva disciplinata la conversione della concessione in licenza di operatore di rete di cui all'art. 36 del Regolamento 435/01) con obbligo di trasferire gli impianti utilizzati sui siti e sulle frequenze risultanti dalla pianificazione, secondo i tempi di attuazione di quest'ultima che sarebbero stati indicati dall'amministrazione (art. 35 e 36).
7. In particolare si vedano gli art. 23, commi 1, 2 e 3 della legge 3 maggio 2004, n. 112 (che espressamente rinvia alla Delibera 435/01 dell'Autorità) nonché 25, comma 1 e 15 comma 4, del D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177 - Testo Unico della radiotelevisione.
8. Per quanto riguarda i disegni di legge, si rimanda al n. AS/1138 cit., nel quale (art.3) inizialmente figurava una disposizione analoga a quella contenuta nella legge n. 249 del 1997, che stabiliva che "i soggetti titolari di una concessione, di una licenza o di una autorizzazione radiotelevisiva in tecnica analogica possono, anche con riferimento allo stesso bacino, essere destinatari, rispettivamente, di concessione, di licenza o di autorizzazione per le trasmissioni radiotelevisive in tecnica digitale su frequenze terrestri". Nel testo poi presentato al Senato dal Governo in data 29 luglio 1999 si stabiliva invece che "...i soggetti titolari di concessione, di licenza o di autorizzazione radiotelevisiva in tecnica analogica possono, mediante la costituzione di consorzi per la gestione dei relativi impianti e per la diffusione dei programmi, di norma con riferimento allo stesso bacino oggetto della concessione, della licenza o dell'autorizzazione, essere abilitati alla sperimentazione di trasmissioni radiotelevisive in tecnica digitale su frequenze terrestri secondo criteri stabiliti dall'Autorità". È evidente il legame di "paternità" di tale ultima previsione con quanto poi disposto dalla legge n. 66 del 2001.
9. Fino a tale fase, anche - come si è visto (cfr. nota 5) - in ragione della delimitazione soggettiva del mercato secondario delle frequenze, rimossa solo con la legge 101 del 2008 (cfr. paragrafo 3), la possibilità di ingresso nel mercato di nuovi operatori di rete è difatti circoscritta all'eventualità di acquisizione del controllo di una impresa già esercente l'attività radiotelevisiva e pertanto, in virtù del quadro normativo vigente, legittimata ad esercire una rete di impianti di radiodiffusione. La diversa ipotesi di acquisto dell'intero complesso aziendale costituente l'emittente radiotelevisiva, pur contemplata dal quadro regolatorio, appare ipotesi residuale e più gravosa rispetto alla mera cessione di rami di azienda cui fanno capo gli impianti di diffusione, in quanto il cessionario acquisisce l'universalità aziendale nel suo complesso (inclusi, ad esempio, i rapporti di lavoro dipendente) ed è comunque soggetta ad approvazione del subentro nel titolo abilitativo da parte della pubblica amministrazione.
10. Una norma presente nel Regolamento dell'Agcom n. 435 del 2001 sembra invece perseguire direttamente questo obiettivo. Ci si riferisce all'articolo 36, comma 1, iaddove si precisa che se il concessionario in tecnica analogica non dovesse optare per una sua "mutazione" in operatore di rete in tecnica digitale resta "ferma la facoltà per il soggetto di ottenere, relativamente al palinsesto oggetto della concessione, il rilascio di autorizzazione per fornitore di contenuti in ambito nazionale ovvero locale che costituisce titolo preferenziale nell'individuazione delle emittenti di cui all'articolo 29 del presente regolamento" (vale a dire quelle rispetto alle quali l'operatore di rete ha un obbligo di must carry). In questo caso la concessionaria in tecnica analogica si trasformerebbe pertanto in mero fornitore di contenuti ma con garanzia di poter continuare a trasmettere il proprio programma anche in tecnica digitale. Per le concessionarie operanti in ambito locale si richiama altresì l'art. 1, comma 1 della legge 66/01.

guarda lo sviluppo della nuova tecnologia trasmisiva affidando in primo luogo a queste (quantomeno per tutta la fase di transizione) la funzione di operatori di rete¹¹.

Il ruolo di emittente televisiva in tecnica analogica che eserciva una rete di impianti quale necessario strumento per diffondere il proprio canale si è così trasformata in soggetto che è legittimato ad utilizzare una rete di impianti operante su radiofrequenze che consentono di diffondere un certo numero di programmi digitali.

Tale impostazione sembra ora ulteriormente confermata dal processo con il quale si sta procedendo alla cessazione delle diffusionsi in tecnica analogica per zone del territorio nazionale (c.d aree *all digital*)¹².

Secondo la pianificazione dello spettro radio per le diffusionsi digitali effettuata dall'Autorità con riferimento alla prima area *all digital* (la regione

Sardegna)¹³ viene stabilito difatti che "l'attribuzione agli operatori aventi titolo dei diritti d'uso delle frequenze" individuate dal piano è disposta in via temporanea "attraverso opportune modalità di conversione dei titoli per la trasmissione analogica in digitale"¹⁴.

L'assegnazione dovrà inoltre tener conto dei "criteri di priorità" fissati in altra Delibera dell'Autorità¹⁵.

2. Le indicazioni comunitarie in merito alla transizione alla tv digitale

2.1. La recente pronuncia della Corte di Giustizia sul caso Europa 7

Come noto, a seguito di ricorso pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato Ce il Consiglio di Stato¹⁶ ha recentemente investito la Corte di Giustizia¹⁷ euro-

11. Come esplicita la stessa Autorità nella relazione illustrativa della Delibera 435/01/CONS, in ragione del "cospicuo impegno ad investire nella fase di avvio dei mercati ovvero in una fase non ancora stabilizzata e quindi strutturalmente incerta" è previsto per gli abilitati un "percorso eccezionale" e "preordinato" verso la licenza. Accanto ad esso si pone un «percorso standard». Questo «riguarderà il monte di frequenze che si renderanno disponibili a seguito dell'estinzione delle concessioni in tecnica analogica non rinnovate o dalla cessazione di attività definite a vario titolo o per altre motivazioni (quali la dismissione di frequenze ridondanti da parte dei licenziatari) e coinvolgerà soggetti non preventivamente definiti». L'articolo 37, comma 2 del Regolamento 435, precisa che queste frequenze liberate verranno "assegnate con le procedure previste all'articolo 29", che al comma 1 lettera f), prevede che l'Autorità dovrà stabilire "sulla base dei principi di trasparenza, obiettività, proporzionalità e non discriminazione, sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, i criteri ed i limiti per l'assegnazione ai licenziatari di ulteriori frequenze o per il rilascio di ulteriori licenze".
12. La legge n. 51 del 23 febbraio 2006, di conversione del DL 30 dicembre 2005, n. 273, modificando il comma 5 dell'articolo 2-bis del Decreto legge 23 gennaio 2001, n. 5, convertito con modificazioni in legge 20 marzo 2001, n. 66, ha difatti stabilito che "le trasmissioni televisive dei programmi e dei servizi multimediali su frequenze terrestri devono essere irradiate esclusivamente in tecnica digitale entro l'anno 2008. A tal fine sono individuate aree all digital in cui accelerare la completa conversione". Il termine per lo switch off è stato ulteriormente prorogato dal Decreto legge n. 159 del 1 ottobre 2007, convertito in legge 29 novembre 2007, n. 222, il quale intervenendo nuovamente sul comma 5 dell'art. 2-bis del D.L. 23 marzo 2001, n. 5 ha sostituito le parole "entro l'anno 2008" con quelle "entro l'anno 2012".
13. Per la pianificazione per la radiodiffusione in tecnica digitale, prescindendo dalla riserva di frequenze contenuta nel Piano per l'emittenza in tecnica analogica del 1998 (delibera 68/98/CONS dell'AGCOM) occorre innanzitutto fare riferimento alla Delibera 15/03/CONS (c.d. pianificazione di primo livello) nonché alla Delibera 399/03/CONS, c.d. pianificazione di secondo livello). Nella recente Delibera 603/07/CONS con la quale si fissano i criteri per la pianificazione della risorsa di spettro nella regione Sardegna in vista dello switch off, l'Autorità conclude per la necessità di una revisione del Piano di assegnazione adottato nel 2002. I diritti d'uso per le aree all digital dovranno perciò essere assegnati provvisoriamente nelle more del completamento del processo di revisione del Piano di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale". Il vecchio Piano potrà essere utilizzato per l'individuazione dei siti di trasmissione, ma con la possibilità, nel rispetto del principio di eguaglianza di cui al Piano stesso, di utilizzare anche siti diversi.
14. Cfr. Art. 3 (criteri per il rilascio dei diritti di uso delle frequenze) della Delibera AGCOM n. 53/08/CONS., recante il "Piano di assegnazione delle frequenze per il servizio di radiodiffusione televisiva in tecnica digitale nella Regione Sardegna in previsione dello switch-off". Si vede, altresì, l'art. 3 della Delibera Agcom n. 506/08/CONS, recante "Piano di assegnazione delle frequenze per il servizio di radiodiffusione televisiva in tecnica digitale nella Regione autonoma Valle d'Aosta in vista dello switch-off".
15. In base a quanto disposto con la già richiamata Delibera 603/07/CONS, cui la Delibera 53/08/CONS rinvia, l'Autorità prevede che i criteri di attribuzione dei diritti d'uso oltre a garantire in generale che si sviluppi un sistema televisivo digitale terrestre pluralista, dovranno garantire che a) la transizione assicuri la continuità della trasmissione dei canali analogici; b) adeguate risorse per la concessionaria del servizio pubblico anche in ragione dei sui obblighi di universalità; c) la garanzia per gli operatori legittimamente operanti di una copertura per ciascuna rete non inferiore all'80% del territorio della Regione e di tutti i capoluoghi di provincia (secondo i parametri di copertura fissati nella legge 249/97) nonché la riserva di 1/3 delle frequenze disponibili all'emittenza in ambito locale; d) garanzia di frequenze per nuovi operatori di rete; e) rispetto degli obblighi di legge e regolamentari con riferimento alla capacità trasmissiva riservata a terzi indipendenti dall'operatore di rete; f) frequenze per servizi di tv in mobilità (DVB-H); frequenze per applicazioni innovative. Si veda, altresì, la Delibera Agcom n. 200/08/CONS recante i "Piani di assegnazione delle frequenze per la digitalizzazione delle reti televisive nelle aree all digital: avvio dei procedimenti ed istituzione dei Tavoli tecnici "relativo alle Regioni Valle d'Aosta e Piemonte ed alla Provincia di Trento".
16. Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 luglio 2005, n. 3846, ord.
17. Causa C-380/05, decisa con Sentenza n. 6/2008 del 31 gennaio 2008.

pea dell'interpretazione del diritto comunitario rilevante ai fini di valutarne la compatibilità con il complesso quadro normativo nazionale che ha disciplinato l'attività radiotelevisiva negli ultimi dieci anni. Quanto all'ambito oggettivo del ricorso pregiudiziale, la Corte è stata chiamata, dal giudice di rinvio, a pronunciarsi sulle norme del Trattato Ce in materia di libera prestazione di servizi e di concorrenza, sull'articolo 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo come richiamato dall'articolo 6 del Trattato Ue e (con riferimento al periodo successivo alla loro entrata in vigore) sulle direttive del Parlamento Europeo e del Consiglio adottate il 7 marzo 2002 nonché sulla Direttiva della Commissione del 16 settembre 2002, facenti parte del quadro normativo disciplinante le reti ed i servizi di comunicazione elettronica¹⁸.

Sebbene dal dispositivo della sentenza della Corte di Giustizia, stanti l'oggetto ed i quesiti sottoposti dal giudice di rinvio, la censura di incompatibilità comunitaria sembra attestarsi esclusivamente sul procedimento di assegnazione dei diritti di spettro relativo all'emittenza in tecnica analogica ed in particolare sul fatto che ad una procedura pubblica di assegnazione dei titoli abilitativi (la procedura relativa al rilascio delle concessioni, espletata nel luglio del 1999) si sia "sovrapposta" una procedura di attribuzione dei diritti sullo spettro che non era improntata a trasparenza, obiettività, non discriminazione e

proporzionalità¹⁹, da alcuni passaggi²⁰ in motivazione possono trarsi rilevanti indicazioni anche con riferimento al sistema consegnato per la transizione alla tv digitale.

La Corte in linea generale premette innanzitutto che la libera prestazione dei servizi, come declinata dalle norme del Trattato e derivate, nelle trasmissioni televisive deve incidere necessariamente non solo sui titoli abilitativi ma anche e soprattutto sull'assegnazione delle frequenze di trasmissione²¹, poiché è in quella sede che si regola (e si garantisce) l'effettivo accesso al mercato di un operatore. Con riferimento a quest'aspetto la Corte sembra sottolineare che, in estrema sintesi, i principi ricavabili dal diritto comunitario impongono la previsione di procedure aperte trasparenti proporzionate e non discriminatorie nella concessione dei diritti d'uso di spettro e il divieto di concedere diritti speciali o esclusivi²². La normativa italiana non sembrerebbe in piena sintonia con questi principi. Senza alcuna pretesa di esaustività, preme sottolineare in particolare un passaggio della sentenza della Corte di Giustizia dove si afferma che: *"in particolare la legge 112/2004, non si limita ad attribuire agli operatori esistenti un diritto prioritario ad ottenere le frequenze, ma riserva loro tale diritto in esclusiva, senza limiti di tempo alla situazione così creata e senza prevedere un obbligo di restituzione delle frequenze eccedenti dopo la transizione alla trasmissione*

18. La Corte precisa difatti che *"...come rileva la Commissione [...] il NQNC [nuovo quadro normativo comune per i servizi di comunicazione elettronica n.d.r.] ha attuato le disposizioni del Trattato, in particolare quelle sulla libera prestazione di servizi, nel settore delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica..."* C d G C-380/05, punto 76. Le norme delle direttive sulle reti e i servizi di comunicazione elettronica del 2002 che vengono ritenute rilevanti dalla Corte di Giustizia, sono in particolare gli artt. 1, numero 3 e 9 numero 1 della "direttiva quadro" (dir. Ce 2002/21 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, «direttiva quadro», G.U. delle Comunità europee, L 108/33 del 24 aprile 2002); gli artt. 5 numero 1, 5 numero 2, 5 numero 2 secondo comma e 7 numero 3 della "direttiva autorizzazioni" (dir. Ce 2002/20 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, «direttiva autorizzazioni», G.U. delle Comunità europee, L 108/21 del 24 aprile 2002) e l'art. 4 numero 2 della "direttiva concorrenza" (dir. Ce 2002/77 della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, «direttiva concorrenza», G.U. delle Comunità europee, L 249/21 del 17 settembre 2002).
19. L'assegnazione dei diritti sullo spettro prevedeva nei titoli concessori ed autorizzatori la possibilità di continuare temporaneamente ad esercitare gli impianti che già erano eserciti prima della procedura, con conseguente impossibilità di trasmettere per coloro che non svolgevano già questa attività prima del luglio del 1999.
20. Si vedano in particolare i punti da 112 a 115.
21. Per tali ragioni si ritiene che l'allineamento dell'ordinamento italiano a quello comunitario, dato dalla riconduzione del regime di licenza individuale per l'abilitazione all'esercizio delle reti a quello dell'autorizzazione generale, come imposto dalle direttive comunitarie, sia un aspetto in definitiva marginale laddove incida (solo) sul procedimento di rilascio del titolo abilitativo e non anche sulla (centrale) regolazione dell'attribuzione di un diritto d'uso sullo spettro radioelettrico. Sul punto si veda peraltro *infra*, paragrafo 2.2, nonché quanto si dirà in merito alla recente Legge n. 108 del 2008 al paragrafo 3.
22. Sulla centralità dell'accesso allo spettro nell'accesso al mercato delle reti televisive, sul sistema italiano di gestione dello spettro per l'emittenza analogica e per la transizione alle diffusionsi digitali nonché sulla rilevanza di alcune specifiche disposizioni contenute nel framework comunitario del 2002 sulle comunicazioni elettroniche sia consentito rinviare a F. GRAZIADEI, *Accesso al mercato delle reti e dei contenuti nella transizione alla tv digitale terrestre*, in *Contratto e Impresa*, 1/2005, 229 e ss.

televisiva in tecnica digitale” (punto 115).

Dal canto suo, la Commissione europea, nelle osservazioni rese alla Corte di Giustizia nella causa in commento in data 10 febbraio 2006, evidenzia in primo luogo come la normativa italiana, pur richiamando i principi comunitari di obiettività trasparenza non discriminazione, proporzionalità e pubblicità [...] non ne prevede l'applicazione nella fase di transizione alla trasmissione in tecnica digitale”. In tal fase peraltro “non sembra comunque

essere prevista alcuna assegnazione o riassegnazione di frequenze da parte dello Stato”²³.

La Corte di Giustizia nella sentenza in commento, prende, infine, posizione su un aspetto decisivo.

Se il diritto comunitario prevede - come si è appena visto - alcuni principi cui deve uniformarsi la circolazione dello spettro radioelettrico, è però contemplata la possibilità di derogare ai suddetti principi se necessario per il perseguimento di obiettivi di interesse generale²⁴.

23. Si ricorda che a seguito di ricorso da parte dell'emittente in ambito nazionale Rete A avverso il diniego di assegnazione di ulteriori frequenze (per raggiungere la copertura di legge) da parte del Ministero delle Comunicazioni, il TAR del Lazio ha accolto il ricorso stabilendo che la suddetta amministrazione fosse tenuta al rilascio di radiofrequenze qualora nella sua disponibilità. Come noto, a seguito di una recente ricognizione degli impianti attualmente operanti (cd “catasto delle frequenze”) è stato possibile da parte della amministrazione riacquisire la disponibilità di un certo numero di canali. Dando esecuzione alla sentenza del giudice amministrativo (avverso la quale il Ministero non aveva proposto impugnativa) l'amministrazione ha determinato di indire una procedura per l'assegnazione dei diritti d'uso relativi alle frequenze rese disponibili. Il Ministero ha ritenuto che la base giuridica per l'indizione della procedura risiedesse nella deliberazione di un soggetto terzo, da intendersi in questo caso non come l'Autorità di regolazione di settore ma come lo stesso giudice amministrativo. Dal bando - coerentemente con le premesse che hanno dato origine alla procedura in ottemperanza del giudicato amministrativo, sono stati esclusi soggetti che hanno già una copertura pari o superiore all'80%. In verità nel bando si prevedono due gruppi di frequenze diversi. Il primo gruppo si assegneranno frequenze utilizzabili solo per le diffusioni in tecnica analogica e che andranno pertanto restituite con la cessazione di queste ultime. Con il secondo gruppo invece si assegneranno (mediante asta competitiva) radiofrequenze che, in quanto già rientranti nei processi di coordinamento internazionale sull'utilizzo delle radiofrequenze per le diffusioni digitali, potranno essere utilizzate anche in tecnica digitale. Per tale ragione il bando è stato impugnato da RTI s.p.a. lamentando la esclusione dalla procedura, ritenuta illegittima in quanto - come si è visto - si fondava sull'estensione della copertura delle proprie reti analogiche. Inoltre, recentemente, a seguito dell'adozione del nuovo Piano Nazionale di Ripartizione delle Frequenze in conformità agli obblighi internazionali, è stato possibile reperire nuove risorse (canale 8 in VHF) che, in esecuzione alla sentenza del T.A.R. Lazio 9325/04 del 16 settembre 2004 confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato 2624/08 del 31 maggio 2008, saranno assegnate alla Società Centro Europa 7, con possibilità di utilizzarle sia per le diffusioni in tecnica analogica che per quelle in tecnica digitale. Infine, l'attuale processo di digitalizzazione per aree (cfr paragrafo 1) sta rendendo disponibili ulteriori risorse (anche in numero considerevole) che lo Stato intende assegnare mediante procedure pubbliche trasparenti non discriminatorie e competitive.
24. Su tale facoltà di deroga (con una lettura “ampia” della stessa, basata sull'attribuzione a tutta l'emittenza radiotelevisiva, sia pubblica che privata, di ampie finalità di interesse generale e di promozione del pluralismo: cfr art. 3 D.Lgs. 177, del 31 luglio 2005, Testo Unico della radiotelevisione) può dirsi che si sia inteso fondare la legittimazione comunitaria delle regole (“speciali”) del nostro ordinamento sulla assegnazione/circolazione dello spettro per servizi radiotelevisivi e la - conseguente - scelta di escludere l'assegnazione di diritti radiotelevisivi d'uso sullo spettro dal campo di applicazione della normativa nazionale di recepimento del framework sulle comunicazioni elettroniche: il nostro D.Lgs. 259/03 c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche. Quest'ultimo in particolare (art. 27, comma 5) stabilisce che “fatti salvi i criteri e procedure specifici previsti dalla normativa vigente in materia di concessione di diritti di uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo, i diritti di uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie.”(nello stesso senso si veda altresì l'art. 2, comma 3 del Codice). La tesi alla base delle scelte operate dal legislatore nazionale in merito al recepimento del framework comunitario sulle comunicazioni elettroniche ha incontrato il diverso avviso dell'Autorità di concorrenza la quale - voce non isolata - esprimendosi nel corso dell'iter parlamentare di approvazione della legge 112 del 2004 ha in particolare notato che “non la mera attività di informazione radiotelevisiva, da qualunque soggetto svolta, può giustificare una deroga alle regole di assegnazione delle frequenze stabilite dal legislatore comunitario, bensì soltanto lo svolgimento del “servizio pubblico generale radiotelevisivo” (nota del 8 gennaio 2004 alle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati in merito all'esame del ddl 2175-B), riferendo pertanto l'ambito possibile della deroga soltanto alla concessionaria del servizio pubblico, ed in particolare alle attività di servizio pubblico che questa svolge ai sensi del Contratto di Servizio. Del resto, secondo l'Autorità di concorrenza (nota del 10 settembre 2003 alle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati sul ddl 3184) una interpretazione sistematica dell'art. 5, comma 2 della direttiva “autorizzazioni”, che collochi la norma in relazione agli art 9 direttiva quadro, 7 direttiva autorizzazioni e 7 direttiva concorrenza, porta ad una lettura delle deroghe tale che pur ove ricorrano obiettivi di interesse generale si “richiede comunque che tali diritti d'uso siano concessi secondo procedure pubbliche trasparenti e non discriminatorie”, secondo una ricostruzione che si mostra ora in univoca sintonia con quanto evidenziato dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, di cui si è dato conto nel paragrafo precedente.
- Il tema della portata delle deroghe alle norme pro-competitive dettate dalla disciplina comunitaria del 2002, ed in genere dal Trattato UE, sembrerebbe pertanto destinato ad avere un ruolo decisivo nella definitiva valutazione di conformità comunitaria delle norme nazionali. In argomento confronta altresì, GRANDINETTI, *Profillo radiotelevisivi del codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Il Codice delle comunicazioni elettroniche* a cura di M. CLARICH - G.F. CARTEI, Milano, 2004) il quale sottolinea, con riferimento ad una disciplina nazionale derogatoria, l'esigenza di “una rigorosa verifica dell'effettivo conseguimento della finalità di interesse generale” nonché l'esigenza che tale disciplina “sia in ogni caso conforme al diritto comunitario” e che le finalità di interesse generale richiamate dalla normativa comunitaria dovrebbero riguardare l'attività di fornitore di contenuti ma non anche quella di operatore di rete; R. MASTROIANI, *Convergenza e disciplina dei contenuti: verso la seconda revisione della direttiva “tv senza frontiere”, in Comunicazioni: verso il diritto della Convergenza?*, (a cura di) G. MONTAUDO - F. DONATI, Torino, 2003), il quale, con ampi riferimenti agli orientamenti comunitari, sottolinea come il fenomeno radiotelevisivo sia intriso di aspetti “extra economici” e che la regolazione debba pertanto costante-

Concordando con le conclusioni dell'Avvocato Generale, la Corte precisa allora che un regime di deroghe per essere giustificato *"non deve solo obbedire a obiettivi di interesse generale, ma deve anche essere organizzato sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati"*. E difatti *"[r]isulta quindi da tale soluzione che il rispetto di criteri obiettivi trasparenti non discriminatori e proporzionati costituisce una condizione necessaria all'attuazione della deroga prevista agli artt. 5, n.2, secondo comma, della direttiva "autorizzazioni" e 4 della direttiva "concorrenza"*.

Di una rigorosa lettura delle deroghe consentite dal diritto comunitario da parte della Corte di Giustizia ed in genere dei rilievi da questa formulati nel caso Europa 7 in commento, sembra dovrà ora tenersi debito conto anche alla luce della valutazione di conformità al diritto comunitario della nostra disciplina dello spettro, al vaglio della Commissione europea nell'ambito della procedura ai sensi dell'art 226 del Trattato, per la quale si rimanda al paragrafo successivo.

2.2. La procedura di infrazione ex art. 226 del Trattato

Nel luglio del 2006 la Commissione europea, come noto, ha indirizzato al Governo Italiano una lettera di messa in mora nell'ambito di una procedura di infrazione ex articolo 226 del Trattato CE, rilevando alcune possibili difformità rispetto ai precetti comunitari della disciplina italiana sulle radiodiffusioni televisive. A tale lettera la Commissione ha fatto seguire parere motivato indirizzato alla Repubblica italiana in forza dell'articolo 226 del Trattato (2005/5086, C(2007) 3339 del 18 luglio 2007).

In tale atto la Commissione innanzitutto si sofferma sulla conformità del diritto nazionale al diritto comunitario per il fatto che la disciplina italiana, per la fase di transizione dall'emittenza televisiva terrestre in tecnica analogica a quella in tecnica digitale, ancora fa ricorso, quanto agli operatori di rete, ad un regime di licenza individuale e non a quello dell'autorizzazione generale (di cui alla direttiva "autorizzazioni" del 2002).

Il diritto a svolgere l'attività di operatore di rete in tecnica digitale, difatti, non costituisce una modifica di un diritto vigente bensì un nuovo diritto che consente di svolgere una attività non consentita in precedenza e che pertanto andrebbe regolato esclusivamente ai sensi dei nuovi istituti disciplinati dal framework di direttive del 2002 sulle comunicazioni elettroniche.

In verità la Commissione sembra attribuire (e conseguentemente censurare) al regime di licenza individuale di cui all'articolo 23 comma 5 della legge n. 112 del 2004, delle specificità che non dipendono tanto dal tipo di procedimento amministrativo prescelto dal legislatore nazionale (di autorizzazione esplicita da parte dell'Autorità o di mera dichiarazione da parte dell'operatore) ma piuttosto da come quest'ultimo è stato concretamente disciplinato (a partire dal Regolamento 435 dell'Autorità) ed in particolare alla delimitazione soggettiva dell'istituto (riservato ai soggetti già legittimamente operanti) ed a come, mediante la disciplina di quel procedimento, si è inciso sulla circolazione - assegnazione dei diritti d'uso dello spettro. Solo avendo riguardo a questi ultimi aspetti si comprendono i rilievi relativi agli effetti di esclusione di nuovi operatori che la Commissione attribuisce alla scelta di mantenere in vigore un regime di licenza individuale.

mente tener presenti gli interessi generali e gli obiettivi di interesse pubblico dati dal ruolo sociale e culturale del mezzo audiovisivo. Occorrerà allora verificare, in concreto, in che misura regole speciali (derogatorie, nel senso di cui si sta trattando) siano funzionali al perseguimento di quegli obiettivi extra-economici connaturati al settore. Sul punto si rimanda alle brevi e sintetiche considerazioni che si svolgeranno nell'ultimo paragrafo. Con riferimento ai rilievi critici formulati in merito alle scelte "escludenti" operate dal Codice delle comunicazioni elettroniche, alla non conformità ai principi comunitari della disciplina sui diritti d'uso per le frequenze ad uso radiotelevisivo e alla mancata riconduzione al quadro delle direttive sulle comunicazioni elettroniche dell'attività di operatore di rete da parte della legge 112 del 2004, si segnalano infine, fra gli altri, i pareri forniti dai Presidenti dell'Autorità per le comunicazioni (nota del Prof. Enzo Cheli a corredo dell'audizione del 19 dicembre 2002 innanzi alle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati nell'ambito dell'"indagine conoscitiva sul riassetto del sistema radiotelevisivo") e della Concorrenza e del Mercato (parere AS267, del 23 maggio 2003, Boll. n. 372003; parere AS/247 del 19 dicembre 2002, Boll. n. 49/2002) nel corso dell'iter parlamentare di approvazione del Decreto legislativo recante il Codice delle Comunicazioni elettroniche e della Legge 112 del 2004.

E difatti, la parte centrale delle argomentazioni della Commissione si rivolge tutta proprio a quegli aspetti critici che, a prescindere dal tipo di procedimento amministrativo prescelto, hanno di fatto operato quali elementi di chiusura del mercato delle reti digitali nella fase di transizione: vuoi per gli aspetti legati alla circolazione dei diritti d'uso sullo spettro vuoi per la delimitazione dei soggetti astrattamente abilitabili all'attività di sperimentazione prima e poi commerciale.

Tali norme si pongono, in primo luogo, in contrasto con i principi di trasparenza obiettività non discriminazione e proporzionalità che debbono guidare qualunque processo di allocazione - assegnazione e concessione di diritti d'uso sullo spettro radioelettrico, quali esplicitati in numerosi passaggi della direttiva quadro, della direttiva autorizzazione e della direttiva concorrenza. Inoltre possono configurare dei diritti speciali, vietati degli articoli 2 e 4 della direttiva concorrenza²⁵.

La Commissione sembra poi condividere la recente giurisprudenza della Corte²⁶ fornendo anch'essa una lettura assai circostanziata della deroga di cui all'articolo 4 paragrafo 1 della direttiva concorrenza.

La deroga ai principi generali in tema di diritti d'uso sullo spettro, di cui si è ampiamente dato conto, e dunque condizioni privilegiate nell'accesso alle fre-

quenze, si giustificerebbe difatti (e potrebbe rientrare nelle eccezioni previste dal diritto comunitario) solo se strettamente funzionale a facilitare la trasmissione simultanea in tecnica analogica e in tecnica digitale (simulcast) degli operatori attualmente operanti in tecnica analogica.

Ogni eventuale "azione di facilitazione del passaggio alla tecnologia digitale deve essere proporzionata" nel senso che "gli operatori dopo la data dello switch off non si trovino in una situazione migliore sotto il profilo della concorrenza rispetto a prima del passaggio alla nuova tecnica".

Partendo da queste premesse la Commissione valuta quanto accaduto in Italia dalla legge n.66 del 2001 in poi.

Un'attenzione particolare viene riservata alla disciplina del trading delle frequenze (art. 2-bis della legge 66/01, art. 23.3 della legge 112/04 e art 27.3 del D.Lgs. 177/05).

Si riconosce che in Italia la totale occupazione dello spettro radioelettrico non consentiva altro strumento per iniziare la fase di *switch over*²⁷. Ma si contesta che sia compatibile con il diritto comunitario la scelta di riservare il mercato secondario delle frequenze esclusivamente agli operatori già esistenti²⁸.

La previsione per questi ultimi di una strada pre-

25. Vengono in particolare espressamente classificati come diritti speciali l'art. 25 paragrafo 11 della legge Gasparri (prosecuzione delle trasmissioni analogiche per i soggetti legittimamente esercenti), art. 2-bis, comma 1 della legge 66/01 e 23, comma 1 della Legge Gasparri (possibilità di rilascio di abilitazione alla sperimentazione solo per soggetti già operanti); 23, comma 5 della Legge Gasparri (possibilità di ottenere licenza per operatore di rete solo per soggetti già operanti); art. 23, comma 3 (regime di compravendita di impianti-frequenze). Queste misure configurano "un'evidente protezione della concorrenza".

26. Cfr. paragrafo precedente.

27. Ritiene però la Commissione che "data l'apparente mancanza di radiofrequenze disponibili" gli effetti prodotti dall'operare del mercato secondario delle radiofrequenze (trading) "sono paragonabili a quelli ottenuti mediante la concessione di diritti individuali d'uso". "Pertanto, le disposizioni dell'articolo 27, paragrafo 3 del Testo Unico e dell'articolo 23, paragrafo 3 della legge Gasparri, dovrebbero essere conformi agli obiettivi di cui all'articolo 9 della direttiva quadro e all'articolo 5 della direttiva autorizzazioni". A riguardo c'è da chiedersi se le sintetiche (e sibilline) indicazioni della Commissione possano ritenersi correttamente interpretate anche da una proposta di legge (AC 1616, XV legislatura, presentata il 6 settembre 2006 e contenente "Nuove norme in materia di disciplina del concessionario del servizio pubblico radiotelevisivo") dove si stabilisce che la compravendita di frequenze sia realizzata attraverso procedure pubbliche di gara (la selezione dell'acquirente avverrebbe grazie ad una asta competitiva pubblica, con riconoscimento del ricavato al venditore dedotte le spese della procedura). Sembra peraltro abbracciare la stessa filosofia, volta e recuperare meccanismi di selezione trasparenti e competitivi anche nella circolazione secondaria delle frequenze, non solo consentendo l'accesso al mercato di nuovi entranti ma anche garantendo una trasparenza e competitività dell'atto di compravendita, anche una disposizione contenuta nel disegno di legge AC 1825, XV Legislatura, presentato il 16 ottobre 2006 dall'allora Ministro delle comunicazioni e contenente "Disposizioni per la disciplina del settore televisivo nella fase di transizione alla tecnologia digitale", ai sensi della quale gli atti di cessione di radiofrequenze (nel caso di radiofrequenze acquisite sul mercato ai sensi del regime introdotto con la legge 66/01) da parte dei soggetti tenuti a dimetterle (secondo altre previsioni contenute nel ddl) sarebbero dovuti avvenire a condizioni eque trasparenti e non discriminatorie sulla base di un'offerta predisposta e pubblicata in conformità a criteri e modalità stabiliti dall'Autorità di regolazione.

28. Scelta operata originariamente dalla legge n. 66 del 2001 (ed oggetto di critiche già nel corso del suo rapido iter di approvazione e poi confermata (sia pure con piccoli aggiustamenti, per i quali si rimanda più diffusamente alla nota 5) dalla legge 112 del 2004 e dal Testo Unico sulla radiodiffusione. Si tratta di un aspetto delicato sul quale si sono nel tempo concentrate critiche e proposte emendative. Quanto alle prime si richiama, fra tutti, la posizione espressa dall'Autorità di concorrenza (AGCM, nota del 10 settembre 2003, relativa al ddl n. 3184, cit). Sul secondo aspetto si segnalano alcune proposte o disegni di legge che hanno tentato di fornire una risposta che ora si mostrerebbe

ferenziale e protetta per accedere alle risorse di spettro (sub specie di limitazione dell'ambito soggettivo del mercato delle frequenze) sarebbe stata ammissibile, secondo la Commissione, solo se funzionale alla disponibilità di risorse necessarie al *simulcast* dei propri canali analogici²⁹.

Salvo questa eccezione, il mercato delle radiofrequenze, che in Italia costituisce di fatto l'unica forma di circolazione-assegnazione dello spettro terrestre per la televisione digitale, avrebbe dovuto consentire la possibilità di ingresso di nuovi operatori. Lo stesso dicasi per la possibilità, relativamente a soggetti nuovi entranti, di ottenere i titoli abilitativi per svolgere l'attività di operatore di rete³⁰.

Inoltre, il regime che regola il rilascio della licenza individuale per operatore di rete (anche mediante conversione della concessione o della abilitazione alla sperimentazione), non prevede alcun obbligo di restituzione dopo lo switch off delle frequenze analogiche sino a quel momento utilizzate³¹, ma anzi ne consente la sostanziale conservazione così da incrementare il numero di reti digitali che l'operatore in tecnica analogica potrà esercitare successivamente allo switch off.

Infine, posto che la possibilità di assegnare radiofrequenza a soggetti nuovi entranti vi sarà concretamente solo successivamente allo spegnimento delle diffusioni analogiche, la data di definitiva cessazione delle trasmissioni in tecnica analogica ed in particolare la maggiore o minore brevità della fase di switch over diventano determinanti in quanto, stante l'attuale disciplina del regime di trading delle frequenze, il momento di cessazione

delle diffusioni analogiche diviene l'esclusivo *dies a quo* rispetto al possibile ingresso di operatori di rete nuovi entranti.

Semberebbe pertanto, che, secondo le argomentazioni della Commissione, una disciplina nazionale che consenta la compravendita delle radiofrequenze anche a soggetti nuovi entranti³² ed una forte accelerazione della fase di switch over potrebbero attenuare la difformità del quadro normativo nazionale rispetto ai principi comunitari.

In particolare si renderebbero subito disponibili frequenze acquistabili da parte di nuovi operatori e, velocizzando lo switch over, si renderebbero quanto prima disponibili anche frequenze da assegnare. La razionalizzazione dell'uso della risorsa legata alla transizione potrebbe generare ulteriori frequenze assegnabili da subito man mano che si procede alla realizzazione delle singole aree *all digital*³³.

C'è però il rischio che le perplessità comunitarie possano ritenersi non del tutto fugate dai correttivi appena descritti poiché - ragionando con la Commissione - permanerebbe comunque un *vulnus* nella normativa interna che si attesta in particolare su una violazione del principio di proporzionalità dato dalla circostanza (i) che si è consentito (sinora) un mercato protetto delle radiofrequenze digitali (dunque un diritto speciale) non limitato alle acquisizioni di frequenze necessarie per il simulcast; (ii) che nel momento dello switch off si consente la assegnazione (*sub specie* di conservazione o non restituzione) di ulteriori frequenze non necessarie al *simulcast* dei vecchi programmi analogici senza ricorrere a procedure aperte trasparenti e non discriminatorie per la loro assegnazione.

in sintonia con i rilievi comunitari. Ad es. la proposta di legge AC 3689, XIV Legislatura (presentata il 19 febbraio 2003 e contenente "Norme in materia di sistema radiotelevisivo e fornitura di servizi della società dell'informazione") tentava di operare una apertura del mercato delle diffusioni televisive digitali operando sul duplice (e consequenziale) fronte dell' ampliamento soggettivo dell'accesso al titolo abilitativo per le diffusioni sperimentali, e dell'allargamento soggettivo di coloro che potevano reperire risorse frequenziali sul mercato secondario (trading) includendovi soggetti che non fossero già operanti sul mercato (cfr. art. 9 e art. 11 della richiamata proposta). Anche la proposta di legge AC 1616 c.t., detta norme volte a far sì che il mercato secondario delle radiofrequenze (trading) sia aperto anche a soggetti acquirenti che non operano già nel mercato televisivo ("nuovi entranti").

29. Per la Commissione, invece, "l'articolo 27, paragrafo 3 del Testo Unico e l'articolo 23, paragrafo 3, della legge Gasparri non limitano il diritto speciale di acquisire frequenze a quanto necessario a sostituire i programmi in tecnica analogica con programmi in tecnica digitale".

30. Si vedano invece gli art. 2-bis, comma 1 della L. 66/01 e 23, comma 5 della legge 112/04.

31. Secondo la Commissione "gli operatori analogici non sono in alcun modo tenuti a restituire allo Stato le frequenze da essi attualmente utilizzate per le trasmissioni in tecnica analogica che verranno a liberarsi dopo la data dello switch off".

32. Si rinvia sul punto al paragrafo successivo ed all'esame della recente legge 108 del 2008, che sembra accogliere le indicazioni della Commissione.

33. Sul punto si rinvia più diffusamente alla nota 23.

Quanto alla destinazione delle radiofrequenze attualmente utilizzate per le diffusioni in tecnica analogica al momento del definitivo *switch off* di dette trasmissioni (c.d. digital dividend) occorrerà altresì tenere presente il futuro quadro normativo che le istituzioni comunitarie stanno predisponendo nell'ambito del processo di revisione del framework sulle comunicazioni elettroniche adottato nel 2002³⁵, che prevede un processo di armonizzazione comunitaria nella gestione del *digital dividend*³⁶ la quale potrebbe giungere a porre in discussione le politiche e le scelte adottate dagli Stati membri, nonché una articolata disciplina della gestione dello spettro³⁶.

3. La legge 101 del 2008

Con l'espressa finalità di introdurre "disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee, il Parlamento ha recentemente approvato la legge 6 giugno 2008, n. 101, di conver-

sione del decreto legge 8 aprile 2006, n. 59.

In particolare, con l'articolo 8-novies della legge si interviene nel settore radiotelevisivo con norma così rubricata: "[m]odifica all'articolo 15, comma 1 del testo unico sulla radiotelevisione, di cui al decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e abrogazione del comma 12 dell'articolo 25 della legge 3 maggio 2004, n. 112. Parere motivato nell'ambito della procedura di infrazione 2005/2006".

I cinque commi dell'articolo innanzitutto intervengono su uno dei rilievi sollevati dalla Commissione nella procedura di infrazione di cui si è dato conto nel paragrafo precedente e che ora viene espressamente richiamata dalla norma.

È necessario ricondurre i procedimenti amministrativi che disciplinano l'accesso al mercato degli operatori di reti radiotelevisive digitali nel (fisiologico) alveo della disciplina delle reti di comunicazione elettronica contenuta nel D.Lgs. 259 del 2003 (di seguito Codice delle comunicazioni elettroniche), sostituendo il regime di licenza individuale previsto dalla legge 112 del 2004³⁷ con quel-

34. Proposta della Commissione europea di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica delle direttive 2002/21 che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19 relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20 relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, COM(2007)697 def. del 13 Novembre 2007
35. La Commissione difatti riconosce che "lo spettro radio deve essere considerato una risorsa pubblica molto limitata, che ha un importante valore pubblico e di mercato. E' interesse di tutti che lo spettro radio sia gestito nel modo più efficiente ed efficace possibile da un punto di vista economico, sociale ed ambientale...". Inoltre "[i]l sistema attuale di gestione e distribuzione dello spettro si basa generalmente su decisioni amministrative che non sono sufficientemente flessibili per stare al passo con il progresso tecnologico e l'evoluzione dei mercati, in particolare il rapido sviluppo della tecnologia senza fili e la costante domanda di banda larga", considerando 16 e 18, Proposta della Commissione del 13 novembre 2007, cit. . Se tale sistema resterà invariato questo "limiterà la crescita e il potenziale d'innovazione dei sistemi senza fili in Europa, in particolare nel contesto della transizione in corso dalla televisione analogica a quella digitale, che renderà disponibile per nuovi usi un importante numero di frequenze nella parte più preziosa dello spettro radio, sia nell'ambito della radiodiffusione, come la televisione mobile sia per altre applicazioni, come la banda larga senza fili" Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, Relazione sull'esito del riesame del quadro normativo comunitario per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica a norma della direttiva 2002/21/CE e sintesi delle proposte di riforma del 2007, COM(2007) 696 def. Del 13.11.2007. Questi sembrano gli obiettivi alla base della scelta di richiedere agli Stati membri di promuovere l'armonizzazione dell'uso delle radiofrequenze nel territorio della Comunità europea per assicurare l'utilizzo effettivo ed efficiente (cfr. in particolare l'art. 9, paragrafo 2 della direttiva 2002/21, come riformulato nella Proposta della Commissione del 2007). Sembra allora che, anche in ragione degli obiettivi della proposta comunitaria di consolidamento del Mercato unico e di promozione di servizi transfrontalieri che utilizzino porzioni di spettro, la destinazione delle frequenze liberate a seguito di switch off divenga sempre meno materia di competenza nazionale.
36. La proposta della Commissione in commento prevede altresì che le radiofrequenze televisive non assegnate con i criteri indicati nelle direttive del 2002 e non strettamente necessarie all'interesse pubblico che consente deroga a quei principi andranno riassegnate.. In particolare il nuovo articolo 9.bis della Direttiva 2002/21 al paragrafo 2 stabilisce che "La parte delle radiofrequenze che non è necessaria per il conseguimento dell'obiettivo a seguito dell'applicazione dell'articolo 9, paragrafi 3 e 4, è soggetta a una nuova procedura di assegnazione conformemente all'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva autorizzazioni". Inoltre rientra fra gli obiettivi della proposta (che comunque fa salve le procedure speciali -non "aperte" - per l'attribuzione di diritti d'uso ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo che siano finalizzate al perseguimento di obiettivi di interesse generale quali riconosciuti dal diritto comunitario), che le ANR assicurino "che eventuali trasferimenti o accumuli dei diritti d'uso delle radiofrequenze non provochino distorsioni della concorrenza" giungendo sino ad affermare che in tal caso "gli Stati membri possono adottare misure appropriate, come ad esempio limitare, revocare o rendere obbligatoria la vendita di un diritto d'uso delle radiofrequenze" (cfr. art. 5, paragrafo 6 della Direttiva autorizzazioni, come riformulato dalla Proposta della Commissione del 2007).
37. Procedimento sinora specificamente disciplinato,, come si è avuto modo di illustrare, dalla Delibera n. 435/01/CONS dell'Autorità, cui la stessa legge 112 del 2004 rinvia.

lo di autorizzazione generale di cui all'articolo 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

Il comma 3 della norma in commento stabilisce poi che il trasferimento di frequenze deve avvenire nel rispetto dell'articolo 14 del Codice delle comunicazioni elettroniche, che, in particolare, nei commi da 3 a 5, si occupa appunto del cosiddetto *trading* delle frequenze fra operatori titolari di autorizzazione generale.

Da questa norma si fa discendere la possibilità per un operatore nuovo entrante, quale può ben essere il soggetto che accede al procedimento di cui all'articolo 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche, di - una volta ottenuto il titolo - acquisire impianti da altri operatori³⁸.

La legge del 2008 sarebbe, pertanto, venuta incontro ad una importante obiezione della Commissione, la quale dovrebbe conseguentemente abbandonare la relativa censura. Sul nodo centrale dell'attribuzione di diritti d'uso sullo spettro radioelettrico occorre innanzitutto rilevare che il richiamo, operato dal legislatore del 2008, ai principi contenuti nella direttiva "concorrenza" (2002/77/CE) e nella direttiva "autorizzazioni" (2002/20/CE) sui quali ci si è, più volte soffermati nel presente lavoro, fa comunque "salvi i criteri e le procedure specifici per la concessione dei diritti di uso delle radiofrequenze per la diffusione sonora e televisiva, previsti dal Codice delle comunicazioni elettroniche."³⁹ In considerazione degli obiettivi di tutela del pluralismo e degli altri obiettivi di interesse generale⁴⁰.

Il rinvio alle direttive comunitarie sembra allora esclusivamente riferirsi ai procedimenti amministrativi che disciplinano l'attività di operatore di rete, ma non anche coinvolgere la regolazione dell'attribuzione di diritti di uso sullo spettro radioelettrico quale condizione perché il soggetto autorizzato possa poi svolgere la propria attività.

Una valutazione delle *novationes* del 2008 deve perciò completarsi con un necessario riferimento al comma 3 dell'articolo in commento ed in particolare alla circostanza che "i diritti di uso delle frequenze per l'esercizio delle reti televisive digitali saranno assegnati in base alle procedure definite dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nella deliberazione n. 603/07/CONS del 21 novembre 2007"⁴¹.

Con riferimento alla circolazione dello spettro, il legislatore recepisce, pertanto, il modello elaborato ed attuato dall'Autorità⁴² per lo spegnimento delle diffusi analogiche nelle prime aree cosiddette *all digital*.

Si è già fatto riferimento alle scelte effettuate dal regolatore con la Delibera 603 del 2007⁴³, tentanda una prima e sommaria valutazione. Occorrerà ora attendere i rilievi della Commissione europea nell'ambito della procedura di infrazione di cui si è dato ampio conto nel presente lavoro, per verificare se il metodo proposto in quel frangente soddisfi appieno quelli che - alla luce di quanto sinora detto - appaiono i principali rilievi comunitari formulati nella procedura⁴⁴ e negli ultimi orienta-

38. Occorre però rilevare che sia la norma in commento che il comma 3 dell'articolo 14 del codice delle comunicazioni elettroniche cui tale norma rinvia, premettono che "resta fermo quanto stabilito dalla vigente normativa in materia di radiodiffusione televisiva" (il codice parla di "norme di legge o di regolamento in materia di radiodiffusione sonora o televisiva"). Il che potrebbe far sorgere il dubbio se debba o meno ritenersi abrogata, in assenza di un intervento esplicito in tal senso, la norma che regola la circolazione delle radiofrequenze tra operatori televisivi contenuta nel comma 3 dell'articolo 23 della legge 112 del 2004 (ora "trasposto" nel comma 3 dell'articolo 27 del D.Lgs. 177 del 2004) che, come si è avuto modo di vedere, limita l'ambito soggettivo di coloro che possono accedere al suddetto trading di frequenze (il riferimento ai soggetti che "esercitano legittimamente l'attività televisiva" sembrerebbe ostativo ad una interpretazione conforme alla nuova legge 108 del 2008, tale da includere anche coloro che pur in possesso di titolo autorizzatorio non siano concretamente già esercenti una rete).

39. In realtà, come si è visto (retro, nota 28) il codice delle comunicazioni elettroniche a sua volta fa salve norme specifiche in tema di assegnazione dello spettro per usi radiotelevisivi. In conclusione sembra che, anche alla luce del recentissimo intervento legislativo, permanga un'area nella quale può trovare applicazione una disciplina speciale non conforme a quei principi generali contenuti nelle direttive se non nella misura in cui possa ritenersi rientrare nelle droghe a quei principi che le direttive stesse, come si è visto, contemplano.

40. Secondo peraltro un modello di co-regolamentazione che ha visto coinvolti tutti gli operatori interessati.

41. Si rimanda al paragrafo 1 del presente lavoro.

42. Occorre tener presente che il meccanismo di conversione delle concessioni in tecnica analogica in autorizzazioni ad operatore di rete in tecnica digitale previsto nella Delibera 53/08/CONS, (retro paragrafo 1), secondo i criteri di cui alla Delibera 603/07 si affianca - come si è detto - alla disponibilità di risorse da assegnare a nuovi soggetti, che la pianificazione della prima area *all digital* ha consentito, secondo il mandato contenuto nella Delibera 603, nonché, ad un regime di messa a disposizione di terzi indipendenti dall'operatore di rete di una certa percentuale di capacità trasmissiva, ora compiutamente disciplinato dalla Delibera 109/07/CONS dell'Autorità.

menti della giurisprudenza europea e possa dunque essere utilizzato a livello nazionale per proseguire nello spegnimento delle diffusionsi analogiche nelle aree via via interessate.

A riguardo si osserva che l'Autorità ben potrebbe tornare sull'argomento senza pregiudicare il rinvio alla sua Delibera contenuta nella legge 101, essendo lo stesso "aperto" poiché riferito alla Delibera 603 del 2007 "e successive modificazioni ed integrazioni".

4. Conclusioni

I problemi del quadro normativo italiano relativo alla transizione alla televisione digitale terrestre non sembrano, pertanto, destinati a "spegnersi" con lo switch off delle diffusionsi in tecnica analogica estendendosi al contrario anche sul futuro mercato della tv digitale su frequenze terrestri, caratterizzato - anche qui - da un vizio genetico, evidenziato dai rilievi che ora provengono dalle istituzioni comunitarie: la (prima) assegnazione di risorse scarse è avvenuta senza ricorrere a quelle procedure eque trasparenti pubbliche e non discriminatorie che costituiscono ormai un imperativo comunitario nel disciplinare gli aspetti regolatori della concorrenza per il mercato delle reti elettroniche⁴³.

Occorrerà, difatti, attendere se gli anticorpi posti in essere dalla regolazione - sia pure tardivamente - e consistenti in una nuova disponibilità di risorse da assegnare con procedure conformi agli standard comunitari, in una apertura del mercato seconda-

rio delle frequenze ed in una messa a disposizione di capacità trasmissiva per fornitori di contenuto non verticalmente integrati, secondo procedure pubbliche trasparenti e non discriminatorie, saranno ritenuti sufficienti, dalle istituzioni comunitarie ad assicurare una dinamica competitiva nel nascente mercato della tv digitale terrestre.

Se così non fosse, due sembrano allora le strade percorribili per ricondurre "a norma" il sistema, alternativamente ma anche - come sarebbe più corretto - cumulativamente.

La prima - quella che deriva da una lettura più immediata delle indicazioni della Corte di Giustizia e della Commissione - consiste in un recupero di quei principi di trasparenza e non discriminatoria gestione dello spettro radioelettrico per la assegnazione e/o circolazione delle radiofrequenze in capo agli operatori di rete.

La seconda - sulla quale sembra convergere una lettura più attenta delle recenti indicazioni comunitarie - è invece volta a regolare, secondo quei principi di trasparenza e non discriminazione, l'accesso alla capacità trasmissiva da parte degli editori.

A tal fine sembrerebbero utilizzabili quelle procedure attualmente scelte per consentire l'accesso alla capacità trasmissiva di alcuni operatori per i fornitori di contenuto indipendenti⁴⁴.

Quello che la Commissione definisce un "privilegio" verrebbe così mantenuto non più sul mercato (*two sided*, al dettaglio) della raccolta pubblicitaria bensì (solo) in quello (*wholesale*) della vendita di servizi di rete ad altri fornitori di contenuto.

Del resto una selezione competitiva degli editori,

43. Senza, al contrario, adottare quegli accorgimenti asimmetrici, pur utilizzati in altri nuovi mercati (che peraltro si ritiene siano ancora astrattamente ipotizzabili nel caso di cui si discute) per evitare effetti di leva di operatori incumbents e l'immediata occupazione del nuovo mercato a danno di possibili new players.

44. Come noto, la legge 20 marzo 2001 n. 66 ha previsto per la fase di sperimentazione l'obbligo di riservare ai fornitori di contenuto indipendenti il 40% della capacità trasmissiva da parte dei soggetti titolari di più di una concessione analogica. Con Dlgs. n. 177 del 31 luglio 2005 (Testo Unico radio tv) si è esteso l'obbligo a tutta la fase di transizione (switch over). L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha dato una prima attuazione ai precetti del legislatore con la Delibera n. 435/01/CONS del 21/11/2001 (formando dei criteri guida per un processo di assegnazione della capacità trasmissiva essenzialmente demandato all'autonomia privata dei rapporti tra fornitore di contenuto ed operatore di rete) ma ha poi ritenuto necessario intervenire nuovamente ed incisivamente sulla metrica, provvedendo "L'identificazione tramite una procedura competitiva gestita dall'Autorità" dei fornitori di contenuto aventi titolo (cfr. Delibera 109/07/CONS del 16/03/07, che introduce il nuovo articolo 29-bis della Delibera 435/01/CONS) ed ha pertanto avviato (con la Delibera 645/07/CONS del 19/12/07, recante il Disciplinare) una procedura di selezione comparativa, conclusasi con la Delibera 449/08/CONS del 01/10/2008, che approva la graduatoria. Sul punto si rinvia inoltre alla nota 46. Le procedure di selezione comparative di cui si è appena detto, pur se ispirate (anche) al perseguimento di obiettivi diversi (la qualità editoriale ed il pluralismo informativo) rispetto alla garanzia di una corretta concorrenza per il mercato nel momento dell'accesso ai diritti d'uso sullo spettro (la sola finalità della regolazione pro-competitiva delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica) sembrano indubbiamente configurare procedure eque trasparenti, non discriminatorie e proporzionate ai sensi del framework comunitario sulle comunicazioni elettroniche.

assegnando direttamente a questi ultimi un diritto ad ottenere (pagandola) la capacità trasmissiva necessaria, così come ora prefigura la procedura per la cessione della capacità trasmissiva ai fornitori di contenuto indipendenti, altro non sembra che "l'analogo" digitale di quanto nel 1999 fu previsto nella Delibera 78/98 e nel disciplinare che regolò il *beauty contest* per le concessioni in tecnica analogica⁴⁵.

Il fatto è che nel valutare la disciplina del mercato televisivo e nel verificare la sua coerenza e tenuta, anche nel quadro dell'ordinamento comunitario, occorre tenere presente che sembra possano rinvenirsi cinque diversi ambiti in cui la regolazione deve intervenire per perseguire cinque diverse finalità.

Il primo è costituito dalla concorrenza per il mercato nelle attività di gestione di una rete di impianti e di offerta di capacità trasmissiva.

In questo caso siamo nel tipico ambito delle reti di comunicazione elettronica. Si dovrà garantire, secondo i principi ora ribaditi ed esplicitati dalle istituzioni comunitarie, che vi siano procedimenti amministrativi agili e che, in presenza di risorse scarse queste siano assegnate o circolino con meccanismi aperti trasparenti e non discriminatori, cosicché le risorse economiche, derivanti dalla remunerazione di servizi di offerta di capacità trasmissiva, siano correttamente contendibili.

Il secondo aspetto, attiene, invece alla concorrenza nel mercato delle reti di comunicazione elettronica (ed in particolare delle reti televisive di diffusione circolare su frequenze terrestri in tecnica digitale). Qui l'esigenza è di garantire che l'operatore di rete non adotti comportamenti anticompetitivi nel concedere accesso alla propria infrastruttura. Le strade, come noto, sono due: quella di evitare che l'operatore di rete si trovi nella posizione di poter porre in essere tali com-

portamenti anticompetitivi, ponendo dei limiti alle quote di mercato di quest'ultimo e/o stimolando la duplicazione delle infrastrutture o quella di imporre *ex ante* o *ex post* obblighi comportamentali all'operatore, che evitino che in presenza di un forte potere di mercato l'operatore ne abusi. In questo senso obblighi di accesso o altre forme di asimmetrie regolamentari gravanti sull'operatore dominante costituiscono gli antidoti contro l'abuso. Le possibilità di abuso del proprio potere di mercato nell'offerta di capacità di rete sono tanto maggiori in presenza di operatori verticalmente integrati che potrebbero utilizzare il potere nel mercato a monte delle reti per rafforzarsi in quello a valle dell'offerta dei contenuti o dei servizi che vengono diffusi su quelle reti.

Nella stessa prospettiva, una separazione di ruoli (nelle varie modulazioni che vanno dalla separazione contabile a quella funzionale a quella societaria o a quella proprietaria) può disinnescare tali tentativi di *leverage of market power*.

Il terzo aspetto tocca, invece, la concorrenza per il mercato delle imprese editoriali. Qui si tratta di assicurare pari opportunità e meccanismi non discriminatori che garantiscano la possibilità dell'esercizio del diritto d'impresa da parte dei fornitori di contenuto e la effettiva contendibilità (i.e. non pregiudicata da barriere regolamentari) delle risorse economiche del settore (pubblicità, abbonamenti etc.). In presenza di risorse illimitate un procedimento di autorizzazione generale (dichiarazione) può efficacemente raggiungere l'obiettivo, ma di fronte a risorse scarse occorrerà adottare delle procedure di selezione eque trasparenti e non discriminatorie.

In questo senso, procedure di asta competitiva potrebbero astrattamente essere adeguate alla finalità perseguita.

Il quarto aspetto è, invece, influenzato dalla pe-

45. È una soluzione che chi scrive ha già sostenuto da tempo. Sia chiaro però che quanto detto non significa condizionare la libertà imprenditoriale di un soggetto che si riproponga di "impacchettare" una propria offerta multicanale e di vederla agli utenti finali o agli inserzionisti. Significa semplicemente ricondurre il ruolo dell'operatore di rete a quello - appunto - di (mero) carrier, di qualunque offerta televisiva. Traducendo le riflessioni sviluppate nel testo con riferimento al mercato della pay tv satellitare, queste non comporterebbero un condizionamento all'operatore satellitare sulla composizione del proprio bouquet, imponendo l'inserimenti di determinati programmi o l'esclusione di altri ma semplicemente che nell'ipotesi in cui il segmento terrestre e il segmento spaziale fossero una risorsa scarsa (cosa che in realtà non è e che giustifica il fatto che la problematica di cui si discute sia circoscritta alle trasmissioni terrestri) gli operatori di rete (Telespazio - Eutelsat) dovrebbero offrire la capacità trasmissiva alle varie offerte multicanale, che si candidino a essere distribuite via satellite, mediante procedure aperte trasparenti e non discriminatorie.

cularità dell'attività delle imprese fornitrici di contenuti. Queste ultime svolgono una attività editoriale che ha rilevanti riflessi culturali di informazione e di formazione. In tal caso sarà necessario, specie in presenza di risorse scarse, valutare comparativamente il valore delle varie offerte editoriali. Procedure di *beauty contest* con attenta valutazione del piano editoriale sembrano quelle preferibili e che concretamente si sono nel tempo adottate per assicurare il perseguimento della suddetta finalità⁴⁶.

Il quinto aspetto, che riguarda sempre la peculiarità dei bit che transitano sulle reti nel caso delle reti per diffusione o distribuzione di contenuti audiovisivi, attiene infine alla capacità di influenzare le opinioni e la formazione del consenso che i contenuti editoriali possiedono. In tal caso esigenze di pluralismo (esterno) delle voci imporranno che non vi sia un numero eccessivo di contenuti che sono riconducibili ad una medesima linea editoriale-proprietaria (introducendo quelli che impropriamente, si definiscono tetti "antitrust")⁴⁷. Una regolazione solo di alcuni degli aspetti sopra richiamati, a volte assorbendoli impropriamente in altri dalle eterogenee caratteristiche e finalità non sembra condurre in definitiva a risultati soddisfacenti.

Occorre, infine, rilevare che l'intervento su alcune delle cinque fasi schematicamente ricostruite in quella sede potrebbe essere "inquinato" e condizionato dall'ingresso di valori estranei alle finalità precipue della regolazione di quel singolo aspetto. Ad esempio, trovandosi a disciplinare profili pur toccati dalla disciplina comunitaria pro-

competitiva delle reti e dei servizi elettronici ci si potrebbe imbattere nell'esigenza di tutelare altri valori ed obiettivi di interesse generale che entrino in conflitto con i primi. L'ordinamento comunitario contempla questa ipotesi.

Finalità di interesse generale possono perciò condizionare l'obiettivo di assicurare la realizzazione di un mercato interno competitivo. Questa, come si sa, in campo radiotelevisivo, ed in genere con riferimento ai contenuti, sono la diversità culturale (e/o la tutela del patrimonio culturale europeo) ed il pluralismo informativo (come diritto ad informare e diritto ad essere informati) che si estrinseca in una serie di obblighi di informazione e nella declinazione di tali obblighi in modo tale che l'informazione sia corretta e pluralista.

Può anche darsi che tali obiettivi non si limitino a informare l'attività (la missione) delle emittenti pubbliche ma permeino anche l'attività delle emittenti private (le quali secondo il nostro legislatore (cfr. art. 3 T.U. Radiotv), al pari di quelle pubbliche, condividono l'obiettivo di garanzia del pluralismo e di tutela della libertà di espressione. Tali obiettivi dovrebbero consentire una deroga ai principi di concorrenza, che in maniera diciamo "bendata", devono assicurare condizioni non discriminatorie nell'accesso al mercato degli operatori (oltre che poi garantire nel mercato la persistenza di una concorrenza dinamica e non falsata). La deroga a quei principi dovrebbe conseguentemente consistere in criteri di selezione degli operatori "discriminatori" in quanto facenti leva su altri parametri di valutazione dei soggetti, ispirati alla garanzia di obiettivi diversi (e in tal

46. A ben guardare, questa sembra la vera funzione della procedura di accesso alla capacità trasmissiva predisposta dall'Autorità di regolazione con la Delibera 109/07/CONS (cfr. retro nota 44) e non quella di una norma eccezionale asimmetrica volta a contenere - come tutte le asimmetrie regolamentari - il forte squilibrio nel potere di mercato degli operatori di rete rendendo contendibili risorse tecniche. Difatti, il regime di cessione del 40% della capacità trasmissiva, già come impostato nella delibera 435 del 2001 e come poi compiutamente regolato di recente dalla stessa Autorità, sembra ispirato non tanto (o non solo) a garantire un diritto d'impresa agli operatori più deboli economicamente ma a valutare profili diversi da quelli di una corretta dinamica competitiva, tanto da prevedere una procedura - sostanzialmente di *beauty contest* - che verifica e dà risalto ad aspetti attinenti il valore editoriale del soggetto richiedente (imponendo una approfondita valutazione del piano editoriale, del piano industriale e del progetto di utilizzo della capacità trasmissiva).

47. Si tenga presente che sebbene il tema che qui si sta per accennare rapidamente necessita senz'altro di ben maggiore approfondimento - i due aspetti che qui si associano, proprietario ed editore, potrebbero anche avere un rilievo autonomo. Difatti la comune proprietà di più imprese editoriali se la finalità è quella di tutelare il pluralismo informativo potrebbe forse essere neutralizzata da meccanismi che garantiscano una totale indipendenza della linea editoriale dei singoli contenuti che fanno capo ad uno stesso editore. Si tratterebbe in sostanza di distinguere i ruoli di proprietario (l'azionista che valuta il risultato economico ed il rendimento del proprio investimento) e quello di editore (che determina concretamente attraverso quali attività e con quale linea editoriale raggiungere quei risultati economici). Le considerazioni qui rapidamente abbozzate necessitano senz'altro di un maggiore approfondimento.

caso configgenti) con quelli di un regolare e paritario accesso al mercato⁴⁸. Occorre, allora, porsi due domande.

La prima è come tali principi potrebbero giustificare un regime “discriminatorio” di accesso al mercato.

La seconda è se il perseguimento di tali obiettivi trovi veramente la sua corretta e coerente collocazione nelle procedure di attribuzione dei diritti d'uso di spettro.

Con riferimento alla prima domanda un regime “discriminatorio” di accesso al mercato delle reti⁴⁹, sarebbe giustificato soltanto qualora la preferenza di alcuni soggetti in luogo di altri (che altrimenti concorrerebbero paritariamente ove si applicassero meccanismi “cechi” di selezione ispirati solo alla tutela del mercato) assicurasse un migliore perseguimento di quegli obiettivi rispetto ad altri candidati.

Così ragionando, occorre però, notare che stante il fatto che tutti gli operatori privati sono gravati dai medesimi obblighi finalizzati al perseguimento di quegli obiettivi di interesse generale di cui si è detto e che invece la concessionaria del servizio pubblico (sia in virtù di norme di legge che alla luce del contratto di servizio che stringe con il Ministero delle Comunicazioni) è gravata da obblighi più stringenti in materia, dovrebbe concludersi che una differenziazione soggettiva motivata dall'esigenza di perseguire quegli obiettivi, potrebbe giustificarsi solo fra emittenti private e concessionaria del servizio pubblico e che di converso difficilmente potrebbe essere posta a fondamento di una differenziazione nel regime di acces-

so al mercato tra soggetti privati⁵⁰ gravati tutti dai medesimi obblighi in materia⁵¹.

Con riferimento alla seconda domanda, occorre rilevare che alla luce dell'evoluzione tecnologica, del processo di convergenza e della conseguente distinzione di ruoli (ora normativamente sancita) fra operatori che gestiscono le infrastrutture distributive dei segnali e soggetti (editori) che realizzano i palinsesti dei canali o comunque i contenuti audiovisivi che poi verranno diffusi agli utenti, pur ammettendo la necessità che nel processo di selezione degli operatori entrino degli obiettivi extra-competitivi (ed eventualmente in conflitto con essi), sembrerebbe più opportuno, come si è tentato di dimostrare in precedenza, far operare tali criteri (solo) nell'accesso al mercato dei fornitori di contenuto e non, invece, nell'accesso al mercato degli operatori di rete (sub specie di assegnazione dei diritti d'uso sullo spettro per esercitare reti di comunicazione elettronica, assegnazione che ai sensi della disciplina attuale, sin dal regolamento dell'Autorità del 2001 avviene in capo all'operatore di rete e non al fornitore di contenuti)⁵².

Del resto sembra questa la strada intrapresa con riferimento alla selezione dei soggetti che hanno diritto di accedere alla capacità trasmissiva messa a disposizione degli operatori di rete che siano titolari di più di una concessione in tecnica analogica. Come si è visto, è in quella sede che vengono, difatti, valutati aspetti relativi all'offerta editoriale ed alla sua qualità⁵³ che teoricamente sono estranei ad una regolazione volta ad assicurare “asettiche” condizioni di parità di accesso al mercato.

48. Si è visto, però, come si affermi che un regime di deroghe dovrebbe pur sempre ispirarsi ai principi di trasparenza, proporzionalità e non discriminazione. In questo senso, come si è visto (cfr. par. 2) Corte di Giustizia C-380/05 (cit., ma ancor prima si vedano le posizioni dell'AGCM riportate alla nota 24).

49. Oltre l'esigenza di assicurare risorse di spettro alle emittenti analogiche per consentire il *simulcast* dei propri programmi. Questa secondo la Commissione, come si è visto, sembra l'unica evidente esigenza che renderebbe proporzionata una deroga ai principi del framework sulle c.c. che si traduce nell'esclusione di nuovi entranti dal mercato secondario delle frequenze o dall'assegnazione di diritti d'uso o che giustifichi la “conservazione” dei diritti d'uso in capo alle emittenti già operanti.

50. Salva l'esigenza di assicurare il *simulcast* dei programmi analogici già esistenti.

51. Come si è visto (retro nota 24), queste sembrano le conclusioni accolte dalla AGCM nella nota 8 gennaio 2004, cit.

52. Nello stesso senso, come si è visto (retro, nota 24) GRANDIETTI O., *Profili radiotelevisivi del Codice delle Comunicazioni elettroniche*, cit.

53. Come si è detto (retro, nota 44) qualora la garanzia di obiettivi di interesse generale venga assicurata mediante il ricorso a procedure come quella di cui si discute nel testo sembrerebbe potersi concludere per la sostanziale assenza di un conflitto fra i principi pro-competitivi del framework sulle c.c. e quegli obiettivi estranei a quel sistema.