

# Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale  
diretti da Francesco Galgano

---

**1**

ventunesimo anno

Obbligazioni e contratti: l'espromissione; le nullità contrattuali; la responsabilità da contatto sociale; il *franchising*; il *leasing*

Contratto di lavoro: invalidità del contratto collettivo; invalidità del contratto individuale

Società: *corporate governance* e crisi aziendali; bilancio di esercizio e IAS 17; l'accomandante di accomandita semplice

Informatica: i *dialers*; l'*open source*

Responsabilità civile: il danno da procreazione

Il giudizio di equità

Tv digitale terrestre

**2005**  
CEDAM - PADOVA

## INDICE SOMMARIO

### DIBATTITI

NASCERE SANI O NON NASCERE: LA CASSAZIONE NEGA L'ESISTENZA DI UN TALE DIRITTO, di <i>Alice Pinna</i> .....	pag. 1
L'ASSUNZIONE DEL DEBITO ALTRUI NELLE RECENTI APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI, di <i>Rita Rolli</i> .....	» 50
INSERZIONE AUTOMATICA DI CLAUSOLE E INVALIDITÀ DELLE CLAUSOLE DIFFORMI, di <i>Angelo Riccio</i> .....	» 63
CENTRALE D'ALLARME INTERBANCARIA: TUTELA CAUTELARE D'URGENZA PER L'ERRONEA ISCRIZIONE DI UN SOGGETTO NELL'ARCHIVIO INFORMATIZZATO, di <i>Alessandro Colavolpe</i> .....	» 77
NULLITÀ DEI CONTRATTI COLLETTIVI DI LAVORO, di <i>Cesare Miriello</i> .....	» 89
IL CONTATTO SOCIALE TRA LE FONTI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: RECENTI EQUIVOCI NELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO, di <i>Ilenia Sarica</i> .....	» 97

### SAGGI

#### IL GIUDIZIO DI EQUITÀ

GIUSELLA FINOCCHIARO, <i>Il giudizio di equità nella giurisprudenza della Corte costituzionale</i> .....	» 103
ROBERTO CALVO, <i>Giurisdizione di equità e gerarchie assiologiche</i> .....	» 118

#### LE INVALIDITÀ CONTRATTUALI

LAURA VALLE, <i>L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del contratto</i> .....	» 149
ANTONIO ALBANESE, <i>L'invalidità del contratto di lavoro subordinato</i> .....	» 200

# INFORMATICA

FRANCESCO GRAZIADEI

## **Accesso al mercato delle reti e dei contenuti nella transizione alla tv digitale terrestre (\*)**

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Le reti: i problemi della transizione alla televisione digitale terrestre e le soluzioni del quadro normativo di riferimento prima della l. n. 112 del 2004. – 2.1. *Segue:* la nuova legge di sistema. – 2.2. *Segue:* conclusioni. – 3. I fornitori di contenuti: il quadro normativo di riferimento. – 3.1. In particolare, il recente regolamento sull'accesso dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. – 4. Conclusioni: l'assetto competitivo dei mercati delle reti e dei contenuti nei sistemi digitali su frequenze terrestri. – 4.1. *Segue:* la concorrenza fra piattaforme.

1. – Una volta esisteva la tv analogica terrestre e solo quella. Meno canali, meno calcio, meno film. Adesso la tv può (o potrà nel prossimo futuro) giungere nelle nostre case ad esempio dal sottosuolo o dallo spazio e addirittura raggiungerci mentre passeggiamo, grazie al nostro telefono cellulare.

In un tale contesto di cambiamento – determinato dalla digitalizzazione e dalla convergenza fra diversi mercati – proverò a formulare qualche sintetica considerazione sui profili evolutivi delle regole di settore, verificandone gli effetti sul mercato e sul livello di (maggiore o minore) competitività che verosimilmente si produrrà sugli stessi.

L'attenzione sarà prevalentemente concentrata sulla transizione alla tv digitale terrestre che maggiormente sconta o potrebbe scontare l'influenza delle dinamiche proprie di un mercato ormai maturo e fondato su modelli di *business* consolidati.

Si cercherà infine di allargare l'obiettivo oltre il digitale terrestre per verificare come gli scenari che si prospettano, e le regole che li stanno accompagnando, possano interagire con esso.

---

(\*) Il testo riproduce la relazione tenuta al *workshop* «Problemi di concorrenza nel mercato digitale», svoltosi a Perugia il 3 dicembre 2004 la quale – a sua volta – riprende, aggiorna e sviluppa l'intervento tenuto al convegno «Concorrenza e Pluralismo nella televisione digitale terrestre» svoltosi a Roma il 17 marzo 2003.

Dopo una ricostruzione dei mutamenti in atto con riferimento alle regole di accesso al mercato delle reti televisive digitali terrestri si affronterà il profilo - non meno importante - dell'evoluzione delle regole e delle garanzie di accesso al mercato per i fornitori di contenuto.

Preciso infine, che alcune delle riflessioni che si svolgeranno trovano ora autorevole conferma in un recentissimo provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, conclusivo dell'indagine conoscitiva sulla raccolta pubblicitaria televisiva <sup>(1)</sup>, chiudendo un corposo lavoro svolto dall'Autorità di concorrenza, lavoro meritevole di una approfondita riflessione non consentita in questa sede.

2. - Trattando di accesso al mercato delle reti televisive, in questa sede ci si concentrerà esclusivamente su un aspetto che si ritiene di centrale importanza con riferimento al suo impatto sui futuri assetti competitivi del mercato.

Poiché per fare una rete televisiva terrestre occorre avere degli impianti che siano legittimati a trasmettere (il più possibile su base non interferenziale) utilizzando porzioni di spettro radioelettrico, è essenziale verificare come sono e saranno disciplinate le condizioni di accesso a tale risorsa.

Una ricostruzione degli aspetti sopra richiamati, oltre che da una necessaria premessa storica che chiarisca il contesto nel quale è intervenuta la recente e recentissima normativa, darà conto senz'altro delle indicazioni fornite dalla nuova legge di sistema, la l. n. 112 del 2004 (nota come «l. Gasparri») <sup>(2)</sup>. Ai brevi cenni alla riforma radiotelevisiva faranno fronte più ampi riferimenti al quadro normativo precedente, addentrandosi nell'esame della l. n. 66 del 2001 <sup>(3)</sup> e soprattutto nella delibera n. 435 del 2001 dell'Autofità per le garanzie nelle comunicazioni <sup>(4)</sup>, concernente la

---

<sup>(1)</sup> Autorità garante della concorrenza e del mercato, «Indagine conoscitiva sul settore televisivo: la raccolta pubblicitaria», 16 novembre 2004. Il provvedimento è disponibile sul sito [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>(2)</sup> L. 3 maggio 2004, n. 112, Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana s.p.a., nonché delega al Governo per l'emanazione del T.U. della radiotelevisione, pubblicata nella *G.U.* n. 104 del 5 maggio 2004, suppl. ord. n. 82.

<sup>(3)</sup> L. 20 marzo 2001, n. 66, Conversione in legge, con modificazioni, del d. lg. 23 gennaio 2001, n. 5, recante disposizioni urgenti per il differimento di termini in materia di trasmissioni radiotelevisive analogiche e digitali, nonché per il risanamento di impianti radiotelevisivi, pubblicata nella *G.U.* n. 70 del 24 marzo 2001.

<sup>(4)</sup> Delibera n. 435/01/CONS, *Approvazione del regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale*, pubblicata nella *G.U.* del 6 dicembre 2001, n. 284, suppl. ord. n. 259.

regolamentazione della tv digitale terrestre (di seguito il «regolamento»). Difatti è lì che risiede la vera essenza della disciplina in materia. La nuova legge di sistema sembra difatti operare una sostanziale conferma <sup>(5)</sup> di quell'impianto normativo (salvo alcune novità alle quali sarà dato adeguato risalto ma che non si ritiene configurino nuove soluzioni rispetto alle scelte di fondo già operate) <sup>(6)</sup>.

Partiamo subito da alcuni dati tecnici e da una premessa storica.

Le trasmissioni televisive terrestri in tecnica digitale devono essere diffuse - appunto - su frequenze terrestri. Tecnicamente, le frequenze sulle quali vengono diffuse le emittenti in tecnica analogica attualmente operanti sono le stesse sulle quali dovranno essere diffusi i programmi digitali (a differenza della radiofonia dove le frequenze sono differenti). In un Paese come il nostro caratterizzato dalla capillare diffusione dell'emittenza televisiva terrestre in tecnica analogica non sembra ipotizzabile spegnere di un sol colpo l'analogico per trasformarlo in digitale ma è necessario un periodo di convivenza delle due tecnologie, al fine di consentire sia alle imprese che agli utenti di prepararsi ed adattarsi al digitale (con i relativi investimenti che ciò comporta sia dal lato *broadcasters* che dal lato *consumers*). Pertanto, fino alla conclusione della fase di transizione le radiofrequenze da destinare alle diffusioni televisive terrestri in tecnica digitale dovranno aggiungersi e non sostituirsi a quelle utilizzate per le diffusioni in tecnica analogica.

Occorre domandarsi allora quale sia l'attuale situazione dello spettro radioelettrico terrestre in Italia.

È noto che il superamento del monopolio pubblico radiotelevisivo avviene grazie agli interventi della Corte costituzionale, seguiti più o meno

---

<sup>(5)</sup> Spesso con espressi rinvii, i quali se presentano il vantaggio di conferire forza di legge ad alcune disposizioni regolamentari che hanno introdotto rilevanti novità, anche in una materia che deve essere ritenuta, almeno nei suoi tratti essenziali, coperta da riserva di legge, offrono però lo svantaggio di irrigidire l'operato dell'Autorità, il quale invece - per sua natura - anche nell'esercizio del potere regolamentare, deve essere flessibile e soggetto a continue revisioni e aggiustamenti.

<sup>(6)</sup> Con riferimento alla ricognizione delle fonti normative (ed al loro coordinamento) si segnala che si attende a breve l'adozione da parte del Governo del decreto legislativo contenente il «T.U. della radiotelevisione», nel quale, ai sensi della delega di cui all'art. 16, l. n. 112 del 2004, saranno coordinate le norme vigenti «apportando alle medesime le integrazioni, modificazioni e abrogazioni necessarie al loro coordinamento o per assicurarne la migliore attuazione, nel rispetto della Costituzione, delle norme di diritto internazionale vigenti nell'ordinamento interno e degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea e alle Comunità europee».

tempestivamente ed adeguatamente dall'opera del legislatore. E così nel 1976 la Corte stabilisce che non vi sono ragioni sufficienti per giustificare la riserva statale dell'attività radiotelevisiva in ambito locale. Nascono così le prime emittenti locali che però ben presto si trasformeranno anche in reti nazionali (mediante i ben noti strumenti dell'interconnessione funzionale o strutturale degli impianti). Il tutto al di fuori di un processo regolamentato di accesso all'attività radiotelevisiva da parte dei privati (la legge di sistema è difatti del 1975 e occorrerà attendere circa 15 anni perché il legislatore prenda atto del sistema misto pubblico - privato e si assuma l'onere di disciplinarlo organicamente). È il periodo del cosiddetto «*far west dell'etere*» in cui ognuno cerca di costruire ed accendere impianti laddove può. Tale situazione porta rapidamente alla totale occupazione dell'etere (come noto le frequenze radioelettriche terrestri costituiscono una risorsa tecnicamente scarsa). Su tale situazione di occupazione dello spettro né il legislatore né il regolatore, possiamo dire con sufficiente tranquillità, sono sinora mai riusciti ad intervenire, malgrado numerosissimi tentativi ed un cospicuo dispendio di energie (parlamentari e regolatorie).

Ad esempio - e veniamo al punto - la difficoltà (e a volte l'assenza di volontà) di intervenire su realtà imprenditoriali consolidate ha fatto sì che le emittenti, anche quando operavano sulla base di titoli amministrativi legittimanti utilizzassero pur sempre gli impianti di diffusione che effettivamente avevano realizzato nel tempo, al di fuori di ogni processo di pianificazione e di assegnazione delle risorse che passasse per un intervento pubblico. Concretamente lo strumento è stato quello di permettere «transitoriamente» la prosecuzione delle diffusioni sugli impianti già eserciti, fino «a nuovo ordine». Tale approccio ha caratterizzato altresì la procedura di rilascio delle concessioni per l'emittenza radiotelevisiva nazionale che si è svolta nel 1999 e che ha assentito le concessioni (e le autorizzazioni) attualmente vigenti, le quali scadranno dopo sei anni (7).

---

(7) Le concessioni dovrebbero pertanto scadere nel luglio del 2005. Occorre però precisare che già il reg. n. 435 del 2001 dell'Autorità (art. 36) contemplava la possibilità per i titolari di concessione che non avessero richiesto la licenza di operatore di rete in tecnica digitale, di ottenere un rinnovo della stessa sino al 31 dicembre 2006. L'art. 25, comma 11°, l. n. 112 del 2004 ha poi previsto che il Ministero possa, su richiesta, prolungare il periodo di durata delle concessioni sino al termine per la conversione definitiva delle trasmissioni in tecnica digitale (attualmente fissato al 31 dicembre 2006) per quei soggetti che già trasmettano in tecnica digitale con una copertura del 50% della popolazione, qualora si verificino alcune condizioni (specificamente indicate ai commi 1° e 3° dell'art. 25 ed il cui verificarsi è sta-

Quanto alle risorse da destinare alle diffusioni in tecnica digitale, in realtà, con l'adozione nel 1998 da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni del Piano Nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica analogica quest'ultima aveva compiuto un grande ed encomiabile sforzo per pianificare l'uso dello spettro per le emissioni televisive terrestri in tecnica analogica. Grazie a tale opera di riordino, l'Autorità era riuscita a recuperare quattro ulteriori canali per avviare le diffusioni in tecnica digitale. Quelle pur esigue risorse «rastrellate» presupponevano però la piena attuazione del Piano analogico. Ma la difficoltà di intervenire su una situazione non pianificata e consolidata (ed i tempi lunghi necessari ad un simile intervento) hanno fatto sì che si abbandonasse definitivamente l'attuazione di quel Piano. L'Autorità allora ha proposto, nel noto Libro Bianco sulla televisione digitale terrestre <sup>(8)</sup>, una modalità di avvio del digitale cosiddetta «a macchia di leopardo». In sostanza, le trasmissioni in tecnica digitale sarebbero iniziate dove ciò era concretamente possibile nell'immediato e sulle frequenze effettivamente disponibili. In una seconda fase si sarebbe poi proceduto a riordinare l'utilizzo dello spettro nel quadro di una apposita pianificazione per le diffusioni digitali.

In questa linea, dovuta alla difficoltà di reperire concretamente risorse da assegnare alle diffusioni digitali, si inseriscono alcune disposizioni della l. n. 66 del 2001.

Tale legge difatti (al comma 1° dell'art. 2 *bis*) prevede che la sperimentazione delle diffusioni in tecnica digitale possa essere svolta dai soggetti indicati nella norma stessa «sui canali legittimamente eserciti o su quelli derivanti dalle acquisizioni di cui al comma 2°».

Il comma 2° dell'art. 2 *bis*, 1. cit. consente ai fini dell'avvio della sperimentazione delle diffusioni televisive in tecnica digitale, un mercato secondario delle frequenze per razionalizzarne l'uso e rendere così disponibili risorse per avviare - da subito - le diffusioni sperimentali in tecnica digitale.

Più in particolare la norma consente, per tre anni dall'approvazione della legge, i trasferimenti di impianti o rami di azienda (cui fanno capo gli impianti di radiodiffusione) tra i concessionari televisivi in ambito lo-

---

to accertato dall'Autorità con relazione, pubblicata il 27 maggio 2004, ai sensi della l. 24 febbraio 2004, n. 43, di conversione del d.l. 24 dicembre 2004, n. 352, recante «Disposizioni urgenti concernenti modalità e tempi di definitiva cessazione del regime transitorio della l. 31 luglio 1997, n. 249»).

(8) «Libro Bianco sulla televisione digitale terrestre», approvato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni il 24 maggio 2000.

cale o tra questi e i concessionari televisivi in ambito nazionale, a patto che le acquisizioni operate siano impiegate esclusivamente per la diffusione sperimentale in tecnica digitale. La norma è pertanto destinata principalmente a trovare applicazione con riferimento a quelle, fra le numerosissime emittenti in ambito locale, che non abbiano un perdurante interesse a proseguire nelle diffusioni e che siano disponibili ad alienare i beni aziendali, consistenti negli impianti legittimati a trasmettere, ad altre emittenti televisive.

Come si vede l'ambito soggettivo del mercato secondario delle frequenze contempla quali soggetti potenzialmente acquirenti o venditori solo le attuali concessionarie in tecnica analogica e più in particolare come soggetti acquirenti e venditori le emittenti locali e come soggetti acquirenti le emittenti nazionali.

Risulta dunque esclusa per i soggetti che non siano già concessionarie in tecnica analogica e dunque per dei nuovi entranti nel mercato televisivo, la facoltà di reperire con il meccanismo di mercato sopra descritto le risorse necessarie alle diffusioni sperimentali in tecnica digitale.

Vediamo, rapidamente e senza alcuna ambizione di completezza, come il regolamento dell'Autorità (la già citata delibera n. 435 del 2001) dia corpo a queste scarse - ma significative - disposizioni del legislatore.

Si premette, come accennato e come meglio si vedrà al paragrafo successivo, che si tratta di un quadro regolatorio che si ritiene sostanzialmente confermato dalla nuova legge di sistema.

Recependo le distinzioni di ruoli introdotte dalla l. n. 66 del 2001 il regolamento precisa che per operatore di rete si intende «il soggetto titolare del diritto di installazione, esercizio e fornitura di una rete di comunicazioni elettroniche e di impianti di messa in onda multiplazione, distribuzione e diffusione e delle risorse frequenziali che consentono la trasmissione agli utenti dei blocchi di diffusione»<sup>(9)</sup>.

Dunque l'operatore di rete è il soggetto cui verranno assegnati i diritti d'uso sullo spettro radioelettrico.

Per tali operatori è previsto un regime di licenza individuale per operatore di rete.

La licenza ha la durata di 12 anni, è rinnovabile ed è cedibile previo assenso del Ministero sentita l'Autorità.

È altresì disciplinata l'abilitazione alla sperimentazione per le diffusioni in tecnica digitale.

---

<sup>(9)</sup> La definizione è sostanzialmente confermata dalla nuova l. n. 112 del 2004. Si v. in particolare l'art. 2, comma 1°, lett. c), l. cit.

Una norma che riveste particolare rilievo distingue espressamente il provvedimento di licenza individuale per operatore di rete da quello di assegnazione della frequenza (art. 17, comma 3°, del regolamento).

Se l'ottenimento della licenza, così come disciplinata nel Capo IV del regolamento, costituisce il percorso standard per diventare operatore di rete, vi è però un percorso «eccezionale», come definito dalla stessa Autorità, per giungere al rilascio della licenza. Tale percorso ruota essenzialmente attorno a due istituti. La conversione della abilitazione alla sperimentazione in licenza di operatore di rete (art. 35 del regolamento) e la conversione della concessione per l'emittenza televisiva in tecnica analogica in licenza per operatore di rete in tecnica digitale (art. 36 del regolamento).

Vediamo più da vicino come sono disciplinati tali istituti sotto il profilo che ci guida in questa analisi: l'accesso alle risorse di spettro.

Premesso che il soggetto richiedente l'abilitazione alla sperimentazione deve indicare nella domanda i siti dai quali verranno diffusi i programmi e le relative frequenze di emissione (art. 34, comma 1°, lett. *b*), del regolamento), la licenza di operatore di rete a chi ha già effettuato la sperimentazione (i.e. la conversione dell'abilitazione in licenza) sarà rilasciata con riferimento alle frequenze per le quali è rilasciata l'abilitazione (art. 35, comma 1°, del regolamento). Nella domanda di conversione dell'abilitazione in licenza il richiedente si dovrà inoltre impegnare a trasferire (secondo le modalità e i tempi di attuazione del Piano Nazionale di Assegnazione delle Frequenze in tecnica digitale) tutti gli impianti sui siti indicati nel Piano e a procedere alla variazione delle frequenze di emissione come comunicate dal Ministero (art. 35, comma 2°, lett. *a*), del regolamento).

Sembra allora che il soggetto che abbia ottenuto l'abilitazione alla sperimentazione e che la trasformi in licenza di operatore di rete conservi per tutta la durata della licenza stessa un diritto d'uso sulle frequenze esercite nella sperimentazione, rappresentando per quest'ultimo il provvedimento di assegnazione delle frequenze una mera sostituzione delle frequenze esercite con quelle risultanti in base alla pianificazione delle reti digitali.

Analogo discorso può essere svolto con riferimento alla conversione della concessione per l'emittenza televisiva in tecnica analogica in licenza di operatore di rete in tecnica digitale.

Del resto procedure di assegnazione delle frequenze ispirate ai principi di trasparenza, obiettività, proporzionalità e non discriminazione, saranno previste dall'Autorità solo per l'assegnazione di «ulteriori frequenze» o «ulteriori licenze» (art. 29, comma 1°, lett. *b*), del regolamento).

Tali procedure disciplineranno le modalità di assegnazione delle frequenze «effettivamente disponibili» (art. 17, comma 3°, del regolamento).

A conferma di quanto peraltro si ricava già dall'art. 37 del regolamento, l'Autorità spiega e sintetizza nella Relazione illustrativa al regolamento stesso che per la transizione alla tv digitale terrestre, oltre al percorso eccezionale che passa per l'abilitazione alla sperimentazione e la conversione di questa in licenza esiste 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».

Una vera e propria procedura aperta e non discriminatoria di assegnazione delle frequenze sembra allora ipotizzabile solo con riferimento a quelle frequenze che saranno liberate per estinzione delle attuali concessioni. Il che con ogni probabilità, e nella maggior parte dei casi, avverrà alla scadenza delle concessioni (o della loro proroga) e solo nei casi in cui l'emittente non decida prima di tale scadenza o di «convertirsi» ad operatore di rete in tecnica digitale o di alienare le frequenze a terzi.

Risulta allora evidente il disegno più volte esplicitato dalla stessa Autorità, conformemente alle indicazioni della l. n. 66 del 2001, di prevedere un passaggio alle trasmissioni digitali affidato interamente agli attuali concessionari. Tale opzione rappresenta senz'altro la peculiarità dell'approccio prescelto ma ne costituisce forse anche il punto critico.

Il quadro regolamentare in commento, frutto come si è detto dell'intervento congiunto del legislatore e del regolatore, non sembra difatti offrire sufficienti garanzie e prospettive di competitività nel mercato delle reti televisive in tecnica digitale ma, specie nell'immediato e cioè fino a quando altre risorse non saranno liberate a seguito della definitiva cessazione delle diffusioni in tecnica analogica, ponga invece le basi per un mercato delle reti scarsamente competitivo e caratterizzato da pochi operatori in possesso di un consistente potere di mercato ed in grado perciò – anche in ragione della loro integrazione verticale – di influenzare le stesse dinamiche del mercato dei contenuti.

Si tenga presente che la pur legittima garanzia di sopravvivenza delle vecchie emittenti nel nuovo mondo digitale non necessariamente implica di assegnare a queste ultime il ruolo di operatore di rete, come peraltro mostrano anche le esperienze di altri Paesi.

Tale finalità poteva difatti essere perseguita facendo leva esclusivamente su alcune norme – di legge e regolamentari – che sembra si prefiggessero esattamente questo obiettivo.

Con riferimento all'emittenza nazionale difatti, il regolamento preve-

de che qualora il soggetto titolare di concessione per le diffusioni televisive in tecnica analogica non scelga di diventare (anche) operatore di rete in tecnica digitale ma decida di richiedere (solo) l'autorizzazione come fornitore di contenuti, l'autorizzazione così rilasciata costituirà titolo preferenziale nell'individuazione delle emittenti rispetto alle quali l'operatore di rete ha quell'obbligo di *must carry* che sarà diffusamente esaminato al successivo paragrafo 3 (art. 36, comma 1°, del regolamento).

Per l'emittenza locale va invece richiamata una disposizione (art. 1, comma 1°) della l. n. 66 del 2001, la quale stabilisce che il rilascio della concessione per l'emittenza televisiva in ambito locale costituisce titolo preferenziale per l'esercizio della diffusione televisiva in tecnica digitale.

2.1. - Come si accennava il quadro regolatorio previgente risulta sostanzialmente confermato (oltre che a volte espressamente richiamato) dalla nuova legge di sistema. Questa (in particolare al suo art. 23) consente la sperimentazione delle trasmissioni in tecnica digitale su frequenze terrestri ai «soggetti esercenti a qualunque titolo attività di radiodiffusione televisiva in ambito nazionale e locale in possesso dei requisiti previsti per ottenere l'autorizzazione per la sperimentazione delle trasmissioni in tecnica digitale terrestre ai sensi dell'art. 2 *bis*» della l. n. 66 del 2001.

La sperimentazione potrà protrarsi «sino alla completa conversione delle reti». Sembra perciò che la data di cessazione delle sperimentazioni sia rimessa allo stesso operatore, chiaramente nel rispetto del termine finale delle diffusioni in tecnica analogica.

Gli stessi soggetti che sono autorizzati a svolgere la sperimentazione potranno chiedere «le licenze e le autorizzazioni per avviare le trasmissioni in tecnica digitale terrestre». Le licenze individuali per l'attività di operatore di rete <sup>(10)</sup> (secondo un emendamento al d.d.l. introdotto nel corso dell'*iter* parlamentare di approvazione della l. n. 112 del 2004 dallo stesso relatore alla Camera) potranno essere richieste a partire dalla data di entrata in vigore della legge.

---

<sup>(10)</sup> Sul punto si precisa che se per la fase di avvio delle diffusioni in tecnica digitale la l. n. 112 del 2004 conferma la previgente disciplina, prevedendo per l'operatore di rete un provvedimento di licenza individuale, per la fase «a regime» sarà necessaria invece – conformemente ad alcune indicazioni del *framework* comunitario sulle comunicazioni elettroniche del 2002 (cfr. *infra* nota 13) ed alle disposizioni del Codice delle Comunicazioni elettroniche che ha recepito tale quadro comunitario (cfr. *infra* nota 18) – una autorizzazione generale anche per l'attività di operatore di rete, cui si accompagnerà un provvedimento individuale di attribuzione del diritto d'uso sulle radiofrequenze (si v. in particolare gli artt. 5, comma 1°, lett. b) nonché 25, comma 12°, l. n. 112 del 2004).

Le licenze di operatore di rete potranno essere richieste «nei limiti e nei termini» di cui alla delibera n. 435 del 2001 dell'Autorità. Tale rinvio sembra pertanto riassorbire nella l. n. 112 del 2004 il quadro normativo dettato dall'Autorità nel 2001 sotto la vigenza della vecchia l. n. 66 del 2001 <sup>(11)</sup>, in particolare per ciò che concerne le risorse radioelettriche già utilizzate o acquisite e dunque – come si è visto <sup>(12)</sup> – la loro sostanziale conservazione in capo all'emittente stessa.

La licenza di operatore di rete sarà rilasciata agli stessi soggetti che sono legittimati a proseguire l'attività di emittente televisiva in tecnica analogica (quindi ai concessionari ed a tutti i soggetti che esercitano legittimamente l'attività radiotelevisiva in virtù del generale assentimento di cui alla legge stessa) a patto che abbiano raggiunto una copertura del 50% della popolazione o del bacino locale.

Quanto alle risorse radioelettriche utilizzabili per le diffusioni in tecnica digitale, anche la l. Gasparri sembra ricorrere fondamentalmente due meccanismi. Il primo consente all'emittente di utilizzare gli impianti già legittimamente operanti in tecnica analogica. Il secondo strumento prevede invece meccanismi di mercato per la circolazione dei rami d'azienda cui fanno capo gli impianti di radiodiffusione (il cosiddetto «trading delle frequenze»).

L'istituto della compravendita di impianti è però disciplinato dalla legge richiamata, per così dire, in via definitiva e generale. Esso difatti prescinde dalla sperimentazione e non ha alcun limite temporale, caratterizzandosi perciò come una norma destinata ad operare (anche) «a regime». Si amplia però, rispetto al passato, l'ambito soggettivo di riferimento, in quanto consente anche alle emittenti nazionali non solo di acquisire frequenze dalle emittenti locali ma anche di compravendere frequenze da/ a altre emittenti nazionali.

In conclusione, anche alla luce della nuova legge di sistema viene confermata la «filosofia» che si è evidenziata con riferimento alla disciplina previgente. La transizione al digitale terrestre è affidata prevalentemente – quantomeno nel breve periodo – agli attuali operatori dell'emittenza in

---

<sup>(11)</sup> La legge precisa altresì che l'autorizzazione all'attività di operatore di rete (sul passaggio dal regime di licenza individuale a quello di autorizzazione generale per chi esercita reti radiotelevisive si veda la nota precedente) non comporta l'assegnazione delle radiofrequenze «che è effettuata con distinto provvedimento in applicazione della deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni del 15 novembre 2001, n. 435/01/CONS [...]» (art. 5, comma 1°, lett. b), l. n. 112 del 2004).

<sup>(12)</sup> Cfr. *retro*, par. 2.

tecnica analogica, i quali soli disporranno o potranno acquisire gli impianti legittimati a trasmettere da destinare alle diffusioni in tecnica digitale <sup>(13)</sup>.

Quanto sopra, peraltro, provoca una conseguenza che potremmo definire paradossale. Difatti non solo viene impedito l'accesso al mercato delle diffusioni in tecnica digitale da parte di nuovi soggetti che non abbiano mai svolto attività di emittenti in tecnica analogica ma altresì si impedisce l'ingresso nel nuovo mercato del digitale anche a quei soggetti che, di diritto, sarebbero emittenti in tecnica analogica (in quanto titolari di concessione, rilasciata nel 1999) ma che, di fatto, non hanno mai potuto iniziare l'esercizio della loro attività in quanto non avendo partecipato al processo di accaparramento delle risorse di cui si è detto (essendo dunque dei «nuovi entranti» nell'emittenza in tecnica analogica) non dispongono attualmente di impianti o frequenze da cui trasmettere. Tale impossibilità pertanto non solo produce i suoi effetti nella tv in tecnica analogica ma si ripercuoterà altresì nell'impossibilità da parte di tali soggetti di iniziare la sperimentazione in tecnica digitale.

Il sistema di transizione alla tv digitale terrestre, ed in particolare il regime appena descritto di accesso alle risorse di spettro, sembra peraltro porsi in netto contrasto con alcune recenti indicazioni comunitarie.

Come noto, nel 2002 le istituzioni comunitarie hanno adottato un nuovo quadro regolamentare concernente le reti e servizi di comunicazione elettronica <sup>(14)</sup>. Uno degli obiettivi del legislatore comunitario era di

---

<sup>(13)</sup> Soggetti nuovi entranti potranno esclusivamente percorrere la strada del trasferimento di proprietà di emittenti già esistenti.

<sup>(14)</sup> Il quadro si compone in particolare di quattro direttive cd. di «armonizzazione»: dir. Ce 2002/19 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime («direttiva accesso»), pubblicata nella *G.U. Ce*, L 108/7 del 24 aprile 2002; 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») pubblicata nella *G.U. Ce*, L 108/21 del 24 aprile 2002; 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»), pubblicata nella *G.U. Ce*, L 108/33 del 24 aprile 2002; dir. Ce 2002/22 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica («direttiva servizio universale») pubblicata nella *G.U. Ce*, L 108/51, del 24 aprile 2002. Ad esse si aggiunge una direttiva della Commissione europea cd. di «liberalizzazione»: 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»), pubblicata nella *G.U. Ce*, L 249/21 del 17 settembre 2002. Tale ultima direttiva, in particolare, adegua e consolida le direttive di liberalizzazione adottate dalla Com-

prevedere che il fenomeno della convergenza fra radiotelevisione e telecomunicazioni fosse accompagnato da una *sector specific regulation* il più possibile ispirata alla convergenza regolamentare. Di qui la necessità di ritenere che ogni rete di comunicazione elettronica fosse da assoggettare alle medesime regole e quindi di introdurre una nuova definizione di reti di comunicazione elettronica che includesse anche le reti utilizzate per diffondere o distribuire contenuti audiovisivi.

Questa filosofia è chiaramente espressa in tutto il percorso di gestazione delle nuove direttive adottate nel 2002 <sup>(15)</sup> e ve ne è chiara traccia nelle direttive stesse.

Si richiama in particolare il quinto considerando della dir. Ce 2002/21 dove si afferma che «[l]a convergenza dei settori delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell'informazione implica l'esigenza di assoggettare tutte le reti di trasmissione e i servizi correlati ad un unico quadro normativo» ma anche il settimo considerando della dir. Ce 2002/77, dove si chiarisce che «[l]a presente direttiva fa riferimento ai 'servizi di comuni-

---

missione europea sulla base dell'art. 86 (*ex art.* 90) del Trattato Ce a partire dalla fine degli anni '80, allineandole ai mutamenti introdotti dalle altre quattro direttive di armonizzazione di cui alla presente nota. Le direttive di armonizzazione sono state recepite nell'ordinamento interno dal Codice delle comunicazioni elettroniche (per il quale si v. *infra* nota 13). Esulano dagli obiettivi del presente contributo i profili relativi alle eventuali criticità derivanti dal mancato recepimento esplicito della «direttiva concorrenza» da parte del Codice delle comunicazioni elettroniche.

<sup>(15)</sup> In particolare nella Comunicazione della Commissione europea «towards a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services - The 1999 Communication Review» (COM(1999)539), che ha preparato l'adozione del pacchetto di direttive del 2002, la Commissione afferma che «currently, different rules apply to the regulation of different communication infrastructure and associated services. But convergence means the same services can be carried over any transmission network, whether fixed or mobile, telecommunications or cable TV, satellite or terrestrial. Separate regulatory frameworks for different communications infrastructures and associated services are therefore likely to be inconsistent and could potentially distort competition».

<sup>(16)</sup> Secondo l'art. 2, lett. a) della citata dir. Ce 2002/21 (direttiva «quadro») rientrano nella definizione di reti di comunicazione elettronica cui si applica l'intero «set» di regole di cui al pacchetto di direttive del 2002, «i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e le altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse (a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa *internet*), le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato».

cazione elettronica' e alle 'reti di comunicazione elettronica' <sup>(16)</sup> anziché ai termini 'servizi di telecomunicazione' e 'reti di telecomunicazione' precedentemente usati. Queste nuove definizioni si sono rese necessarie per tenere conto del processo di convergenza tra i settori interessati, inglobando in un'unica definizione tutti i servizi e/o le reti di comunicazione elettronica che intervengono nella trasmissione di segnali via cavo, via radio, a mezzo fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici (ossia reti fisse, radiomobili, televisive, via cavo, satellitari). (...)».

Tra i principi del nuovo quadro regolamentare comunitario, ai fini delle presenti osservazioni, si richiama in particolare la disciplina relativa all'assegnazione/circolazione dei diritti d'uso sulle frequenze radioelettriche necessarie alla diffusione di servizi o contenuti digitali via etere. Le direttive fanno obbligo agli Stati membri di assegnare le radiofrequenze sulla base di «criteri obiettivi, trasparenti non discriminatori e proporzionati», fatti salvi i criteri e le procedure specifiche per concedere i diritti d'uso delle frequenze per il conseguimento di obiettivi di interesse generale <sup>(17)</sup>.

Può essere consentito il trasferimento dei diritti d'uso delle frequenze.

Il quadro comunitario appena esposto, per le ragioni di cui si è detto, non sembra trovare riscontro nelle regole effettivamente previste dal legislatore e dal regolatore nazionali in materia di emittenza radiotelevisiva.

A dire il vero, grazie ad un emendamento del Governo inserito nel corso dell'*iter* parlamentare della l. Gasparri, il richiamo ai principi comunitari in materia di assegnazione dei diritti sullo spettro radioelettrico, figura nel testo definitivamente adottato della legge. In particolare all'art. 12 si prevede che «l'assegnazione delle frequenze avviene secondo criteri pubblici, obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati» (art. 12, comma 4°, l. n. 112 del 2004).

Considerato tutto l'impianto della legge ed in particolare i meccanismi che governeranno la transizione al digitale, la norma citata sembra confinarsi fra le dichiarazioni di principio o comunque destinate a non avere una immediata applicazione. Come si è visto tali principi potranno eventualmente guidare le procedure di assegnazione delle risorse radioelettriche solo in futuro ed in particolare solo (ed eventualmente) a ridosso dello spegnimento definitivo delle diffusioni in tecnica analogica.

---

<sup>(17)</sup> Si v. a riguardo il considerando 19° e l'art. 9.1, 3 e 4, dir. Ce 2002/21 («direttiva quadro»), l'art. 5, dir. Ce 2002/20 («direttiva autorizzazioni»), il considerando 11° e l'art. 4, dir. Ce 2002/77 («direttiva concorrenza»).

Tale efficacia futura della norma citata sembra peraltro condizionata al verificarsi di due condizioni tutt'altro che certe. La prima – come si è visto – è che vi siano emittenti che giungano alla data di definitiva cessazione delle diffusioni in tecnica analogica (cd. *switch off*) non volendo convertirsi ad operatore di rete ma non avendo già alienato a terzi le proprie radiofrequenze. La seconda è che alla data dello *switch off* il mercato delle reti digitali terrestri non sia già saturo e ci sia ancora spazio per l'ingresso nel mercato da parte di ulteriori operatori di rete (18).

Le regole ed i principi introdotti dal nuovo *framework* comunitario cui si è fatto riferimento non sembrano neppure «rientrare dalla finestra» nel recepimento delle direttive stesse da parte del «Codice delle comunicazioni elettroniche» (19) (il quale – sia detto per inciso – avrebbe dovuto costituire – se le premesse del *framework* comunitario del 2002 erano corrette – l'unica sede per disciplinare le reti radiotelevisive).

Il codice, se disciplina in generale le reti di comunicazione elettronica, prevede difatti delle rilevanti «esclusioni».

In particolare, vari passaggi del testo mostrano l'intenzione di escludere dal campo di applicazione del «Codice» la disciplina delle reti televisive e radiofoniche con riferimento ad alcuni aspetti qualificanti della stessa (20).

Quanto sopra si ricaverebbe da alcune norme del «Codice». Tra le altre, si richiamano in particolare: a) l'art. 2, comma 3°, il quale, nel definire il campo di applicazione della nuova disciplina, prevede espressamente che «rimangono ferme e prevalgono sulle disposizioni del presente Codice le norme speciali in materia di reti utilizzate per la diffusione circolare di programmi sonori e televisivi»; b) l'art. 38, in tema di concessioni e autorizzazione preesistenti (21), in base al quale, mentre è previsto che le li-

---

(18) È una delle ragioni per cui si ritiene necessario adeguare la normativa vigente alla possibilità che le frequenze radiotelevisive vengano nuovamente assegnate o cedute ad altri servizi. Sul punto, invece, il nuovo codice delle comunicazioni elettroniche condiziona la cessione alla circostanza che il cessionario svolga il medesimo servizio del cedente (consentendo perciò la circolazione dei diritti d'uso sullo spettro radioelettrico solo tra coloro che esercitano la stessa tipologia di rete di comunicazione elettronica).

(19) D. lgs. 1° agosto 2003, n. 259, pubblicato nella *G.U.* n. 214 del 15 settembre 2003, suppl. ord. n. 150.

(20) Tale scelta è già evidente nella legge delega, la quale – ad es. – annovera fra i criteri direttivi del Codice «l'utilizzazione efficiente dello spettro radio, ferme restando le disposizioni vigenti in materia di radiodiffusione sonora e televisiva (...)» (l. 1° agosto 2002, n. 166 recante «Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti», pubblicata nella *G.U.* n. 181 del 3 agosto 2002 – suppl. ord. n. 158, art. 41).

(21) Si rammenta che la direttiva «autorizzazioni» detta una disciplina che prevede il ri-

cenze o autorizzazioni già rilasciate agli operatori di telecomunicazione si adeguino al nuovo Codice (salva la possibilità di una deroga temporanea), con il comma 4° si stabilisce che «restano ferme le norme speciali sulle concessioni ed autorizzazioni preesistenti in materia di radiodiffusione sonora e televisiva»; c) l'art. 27, comma 5° il quale prevede che «fatti salvi i criteri e procedure specifici previsti dalla normativa vigente in materia di concessione di diritti d'uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo, i diritti d'uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie». Rimane in vita pertanto un regime speciale per la assegnazione e circolazione dei diritti d'uso delle radiofrequenze per uso radiofonico o televisivo.

L'Autorità di concorrenza ha avuto modo di evidenziare lucidamente tale aspetto esprimendosi sullo schema del d. lgs. recante il Codice delle comunicazioni elettroniche <sup>(22)</sup>.

2.2. - La strada per ricondurre ai principi comunitari ed in genere ad una regolamentazione che assicuri condizioni di maggiore competitività nelle reti televisive terrestri è senz'altro assai ardua qualora si passi dai principi agli interventi concreti, in una realtà caotica e deregolamentata come quella italiana.

Un compromesso tra realtà e principi potrebbe allora indirizzarsi ed intervenire, orientandolo, proprio su quel mercato secondario delle radiofrequenze che viene ritenuto attualmente come l'unico possibile strumento di dinamicità del mercato se si vogliono escludere soluzioni «dirigistico - espropriative».

Ed allora si potrebbe innanzitutto prevedere la possibilità che accedano al mercato delle frequenze anche soggetti nuovi entranti nell'emitten-

---

corso generalizzato al regime di autorizzazione generale e pertanto richiede una revisione dei titoli abilitativi attualmente vigenti nel settore delle telecomunicazioni, che in larga parte si fondano su un provvedimento di licenza individuale.

<sup>(22)</sup> Si v. il parere dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato AS267, del 23 maggio 2003, bollettino n. 37 del 2003, nonché il verbale della seduta del 2 luglio 2003 della IX Commissione della Camera dei Deputati, recante l'audizione del presidente dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, Prof. Giuseppe Tesauro, sulle problematiche relative agli schemi di decreto legislativo recanti il Codice delle Comunicazioni elettroniche. Considerazioni analoghe a quelle formulate dal prof. Tesauro si rinvencono altresì nella proposta di parere alternativo sullo schema di decreto legislativo recante i Titoli I e II del Codice delle comunicazioni elettroniche a firma degli Onorevoli Rognoni, Panattoni, Lusetti, Duca, Pasetto e Di Gioia, allegato n. 2 al verbale della seduta del 16 luglio 2003 della IX Commissione della Camera dei Deputati.

za radiotelevisiva, ampliando dunque l'ambito soggettivo del *trading* della frequenze. Potrebbe altresì essere auspicabile che la stessa cessione fra emittenti (o fra queste e nuovi operatori secondo l'opzione che si riterrebbe preferibile) dei rami di azienda cui fanno capo gli impianti di diffusione preveda un intervento pubblico, ad esempio mediante la predisposizione di procedure ad evidenza pubblica, le quali, ogni qual volta vi sia la disponibilità a vendere da parte di una emittente, assegnino gli impianti ai soggetti richiedenti, riconoscendo il corrispettivo che l'acquirente dichiara di essere disposto a pagare direttamente al venditore (23).

3. - Anche con riferimento alle regole di accesso al mercato per la fornitura di contenuti, così come si è visto per l'ingresso nel mercato delle reti, un profilo fondamentale si ritiene sia costituito dall'accesso ad una risorsa scarsa (specie nel breve e medio periodo): gli spazi diffusivi (vuoi sotto forma di posizioni di canale che come capacità diffusiva da destinare ad una propria offerta multicanale) (24).

Ma vediamo brevemente, e limitatamente al profilo sopra evidenziato, i tratti fondamentali della disciplina vigente. Questi, come per le reti, ricalcano (e spesso richiamano) l'impianto pensato dal legislatore del 2001 e precisato dal regolamento dell'Autorità dello stesso anno adottato con la

---

(23) Inutile dire che, con riferimento sia a meccanismi esclusivamente privatistici di circolazione delle frequenze che rispetto alla soluzione proposta nel testo, la quale prevede un intervento pubblico nella compravendita fra privati, si pongono alcune questioni la cui soluzione razionale e coerente sembra condurre irrimediabilmente proprio a quelle opzioni «più forti» che generalmente si vorrebbero evitare. Ci si riferisce alla difficoltà di riconoscere il diritto ad un corrispettivo economico a quei soggetti che decidano di cedere i propri impianti laddove: *a*) il valore del bene ceduto fa evidentemente riferimento non ai beni mobili o immobili in senso stretto (le torri e i ripetitori) ma alla possibilità che quegli impianti, rientranti fra quelli censiti nel tempo, abbiano un diritto riconosciuto a trasmettere su determinate frequenze; *b*) il soggetto che procederebbe ad alienare tali impianti in realtà non ha mai sopportato alcun costo per gli stessi (i.e. per acquisire un diritto ad utilizzare una porzione di spettro radioelettrico), tanto con riferimento a quei soggetti che operano sulla base di un titolo concessorio che con riferimento ai soggetti che operano invece sulla base di una legittimazione attribuita nel corso degli anni ad altro titolo (i.e. al di fuori di una procedura di rilascio della concessione) e che è ora ampiamente confermata dalla nuova legge di sistema.

(24) Il presente lavoro si concentra pertanto su tale profilo, rimandando ad altra sede ogni considerazione relativa ad ulteriori aspetti che parimenti possono condizionare l'accesso al mercato dei fornitori di contenuto, quali, ad esempio, la distribuzione e la contendibilità delle risorse pubblicitarie, la più o meno agevole ed onerosa accessibilità ai diritti di diffusione dei contenuti che si intendano inserire nella propria programmazione o nella propria offerta.

delibera n. 435 (nonché ora – come vedremo al paragrafo successivo – integrato ulteriormente da un altro recente provvedimento dell’Autorità, il quale ha la sua base giuridica proprio nel regolamento del 2001).

La l. n. 66 del 2001, la quale come abbiamo visto forniva l’ossatura della disciplina della tv digitale terrestre e fissava alcuni principi ai quali l’Autorità di regolamentazione si sarebbe dovuta attenere nel predisporre la disciplina di dettaglio, se per gli operatori di rete richiedeva espressamente un regime di licenza individuale, con riferimento ai fornitori di contenuto non si esprimeva nella scelta tra provvedimenti di autorizzazione generale o di licenza individuale. Nulla ovviamente si diceva sui fornitori di servizi, categoria non prevista dalla l. n. 66 del 2001 ma introdotta dal regolamento dell’Autorità.

La l. n. 66 del 2001 si occupava principalmente di dettare la disciplina relativa alla fase di sperimentazione. Con riferimento al profilo sul quale si concentra l’attenzione in questa sede, la l. n. 66 del 2001 stabiliva che durante la fase di sperimentazione i soggetti che fossero stati titolari di più di una concessione televisiva avrebbero dovuto riservare pari opportunità ai fornitori di programmi o servizi indipendenti, e comunque almeno il 40% della capacità trasmissiva di ciascun blocco di diffusione, a condizioni eque trasparenti e non discriminatorie per consentire anche a tali soggetti di svolgere la sperimentazione.

Vedremo che si tratta di una norma la quale grazie ai rinvii contenuti nella nuova legge di sistema è fatta salva da quest’ultima ed è pertanto ancora vigente.

Nel regolamento 435 del 2001, più volte richiamato, che l’Autorità ha adottato ai sensi dell’art. 2 *bis*, comma 7°, l. n. 66 del 2001, l’Autorità innanzitutto definisce i fornitori di contenuto come i soggetti che hanno «la responsabilità editoriale nella predisposizione dei programmi destinati alla radiodiffusione sonora e televisiva».

Il fornitore di servizi è il «soggetto che fornisce attraverso l’operatore di rete, servizi al pubblico di accesso condizionato mediante distribuzione agli utenti di chiavi numeriche per l’abilitazione alla visione dei programmi, alla fatturazione dei servizi, ed eventualmente alla fornitura di apparati, ovvero che fornisce servizi della società dell’informazione ai sensi dell’art. 1, punto 2, dir. Ce n. 98/34, come modificata dalla dir. Ce n. 98/48, ovvero fornisce una guida elettronica ai programmi».

Si richiamano queste definizioni in quanto sono sostanzialmente confermate dalla nuova l. n. 112 del 2004 (25).

---

(25) Si v. in particolare l’art. 2, comma 1°, lett. c) ed e), l. cit.

Scendendo, dunque, dalla fonte legislativa a quella regolamentare, si rileva che, sia per i fornitori di contenuti televisivi che per i fornitori di servizi l'Autorità ha previsto un regime autorizzatorio di autorizzazione generale <sup>(26)</sup>.

Diciamo innanzitutto, allora, che ai fini che qui interessano, le norme fondamentali che regolano l'accesso al mercato dei fornitori di contenuti e servizi si ritiene non risiedano tanto nella disciplina del provvedimento autorizzatorio, che costituisce un mero presupposto perché l'editore possa diffondere il proprio programma, quanto in una serie di norme che regolano i rapporti tra operatore di rete e fornitore di contenuti o servizi e che forniscono garanzie di trasparenza nelle ipotesi di operatori verticalmente integrati. Accanto ad essi si pongono i tradizionali limiti di concentrazione con riferimento al numero di programmi che possono far capo ad uno stesso soggetto (oltre ai limiti alla raccolta di risorse del settore).

A riguardo occorre distinguere una disciplina relativa specificamente alla fase di sperimentazione cui si aggiungono norme destinate ad operare nella fase « a regime ».

Per la fase di sperimentazione la disciplina regolamentare dettata dall'Autorità interviene - meglio articolandolo - su quell'obbligo di riservare almeno il 40% della capacità trasmissiva del blocco di diffusione a fornitori di contenuto terzi, introdotto dalla l. n. 66 del 2001.

Il regolamento però, rimediando a quello che forse era un limite nella formulazione dell'art. 2 *bis*, l. n. 66 del 2001, la quale non teneva conto della presenza anche di operatori in regime di autorizzazione, precisa che tale obbligo si applica indistintamente a chi sia titolare di più di una concessione in tecnica analogica ed a chi sia titolare di una concessione e di una autorizzazione .

Inoltre, il regolamento specifica come andrà disciplinata la riserva di capacità appena richiamata, precisando una serie di criteri e condizioni alle quali gli abilitati alla sperimentazione dovranno concedere la capacità trasmissiva a terzi. In particolare non si potrà assegnare tutta la quota di riserva ad uno stesso soggetto in presenza di più richieste o assegnare l'intera capacità trasmissiva ad offerte prive di contenuto informativo. Inoltre, nella scelta degli editori si dovranno tenere presenti i principi di plu-

---

<sup>(26)</sup> Disciplinati rispettivamente nel Capo II e nel Capo III del regolamento dell'Autorità. Per i fornitori di servizi in particolare il regolamento rinvia alla delibera dell'Autorità n. 467/00/CONS.

ralismo informativo, la varietà delle tipologie editoriali e la valorizzazione dell'impegno relativo ai programmi autoprodotti ed alla promozione di opere europee.

Tralascio le garanzie di trasparenza per gli operatori integrati verticalmente (o orizzontalmente) introdotte dal regolamento del 2001 dell'Autorità e ora riproposte dalla nuova legge di sistema, le quali – sinteticamente – fanno leva sui classici strumenti della separazione contabile o strutturale.

Un principio importante sembra infine quello che obbliga l'operatore di rete ad un uso effettivo delle frequenze così da non consentire una «in-cetta» di risorsa da parte di chi poi effettivamente non abbia intenzione o mezzi per sfruttarla.

Anche qui trattasi di norma introdotta dal regolamento dell'Autorità n. 435 del 2001 (art 26.1.b) e riprodotta dalla nuova l. n. 112 del 2004 (art. 12, comma 2°).

Infine gli accordi tra operatori di rete e fornitori di contenuto sono affidati alla negoziazione commerciale ma con il preventivo controllo dell'Autorità. Per le controversie tra operatori è previsto un rinvio alla procedura di conciliazione obbligatoria di cui alla l. n. 249 del 1997 (27).

In linea generale sui rapporti fra operatore di rete e fornitore di contenuti potranno incidere diversi obblighi, ciascuno riconducibile ad esigenze differenti e ad un impianto concettuale e normativo diverso.

Innanzitutto, per ciò che riguarda esclusivamente i profili concorrenziali si dovranno tenere presenti gli obblighi eventualmente imposti all'operatore di rete dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in attuazione del *framework* comunitario sulle reti e servizi di comunicazione elettronica, come recepito nell'ordinamento interno dal Codice delle comunicazioni elettroniche (28).

Come noto le reti di *broadcasting* rientrano nella nuova definizione di reti di comunicazione elettronica (introdotta dalla dir. Ce 2002/21 – cd. «direttiva quadro») (29).

Ad esse pertanto si applicheranno gli eventuali obblighi di accesso alla rete che, a seguito delle analisi di mercato effettuate dalle Autorità Nazio-

---

(27) L. 31 luglio 1997, n. 249, Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo, pubblicata nella *G.U.* – serie generale – n. 177 del 31 luglio 1997, suppl. ord. n. 154/L.

(28) Cfr., *retro*, note 14 e 19.

(29) Sul punto si v. diffusamente *retro*, par. 2.1. ed in particolare nota 15.

nali di Regolamentazione, queste ritengano necessario imporre agli operatori in posizione dominante <sup>(30)</sup>.

In particolare, la posizione di mercato degli operatori andrà valutata con riferimento ad uno dei mercati rilevanti individuati dalla Commissione europea, ai sensi di quanto disposto dall'art. 15 della direttiva quadro la Commissione ha adottato (in data 11 febbraio 2003) una Raccomandazione individuando 18 mercati «sensibili» sui quali ha ritenuto opportuno fossero effettuate da parte delle Autorità Nazionali di Regolamentazione le analisi di mercato.

Il diciottesimo di questi mercati è costituito proprio dall'offerta all'ingrosso dei servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali. Inoltre, le Autorità nazionali hanno la possibilità – facendosi autorizzare dalla Commissione – di individuare dei mercati ulteriori o dei «sottomercati» rispetto a quelli individuati nella Raccomandazione della Commissione. La nostra Autorità per le Garanzie nelle Co-

---

<sup>(30)</sup> Più specificamente, ma in estrema sintesi, il nuovo *framework* comunitario sulle comunicazioni elettroniche ha sostituito le numerose direttive adottate dall'Unione europea per accompagnare la transizione da un mercato caratterizzato da monopoli legali ad un mercato liberalizzato delle telecomunicazioni. Tale originario quadro regolatorio riteneva necessario, al fine di garantire un equilibrato sviluppo dei mercati e l'affermazione di una concorrenza effettiva, introdurre una regolamentazione *ex ante* che – in un certo senso – anticipasse gli effetti di una tutela *ex post* da parte del diritto della concorrenza. Venivano così previsti alcuni obblighi di cooperazione con i soggetti «nuovi entranti» in capo agli operatori *ex* monopolisti o che comunque detenevano un «rilevante potere di mercato», individuato in una quota presuntiva del 25% del mercato di riferimento (obblighi cd. «asimmetrici»). I mercati rilevanti erano individuati in via normativa e parimenti gli obblighi individuati e disciplinati dalla normativa, si applicavano agli operatori con rilevante potere di mercato integralmente ed automaticamente. Il nuovo *framework* comunitario, teso a disciplinare una fase più matura dei mercati, avvicina progressivamente i presupposti applicativi della regolazione di settore a quelli propri del diritto della concorrenza. Secondo quanto stabilito nella «direttiva quadro» gli obblighi regolamentari vanno difatti applicati solo a quegli operatori che detengano una posizione dominante. I mercati di riferimento, sui quali valutare il potere di mercato, non vengono più fissati rigidamente in via normativa ma individuati secondo le metodologie di analisi del diritto della concorrenza. La Commissione europea difatti, periodicamente, elencherà i mercati sui quali ritiene necessario operare una verifica delle posizioni di mercato delle imprese e – là dove si riscontrino operatori in posizione dominante – imporre a questi ultimi alcuni specifici obblighi. Alle autorità di regolamentazione nazionali spetterà il compito di verificare se nei mercati individuati dalla Commissione vi siano operatori in posizione dominante e precisare eventualmente quali fra gli obblighi asimmetrici astrattamente previsti dalle nuove direttive comunitarie (che ricalcano gli obblighi asimmetrici previsti già dal precedente quadro normativo europeo) ritenga opportuno applicare a quegli operatori.

municazioni dovrebbe a breve terminare le analisi dei 18 mercati. Pertanto, allo stato, non è dato conoscere: (a) quali saranno i mercati individuati dall'Autorità: se il mercato 18 come definito nella Raccomandazione della Commissione europea oppure ambiti merceologici più ristretti; (b) (conseguentemente) quali potranno essere gli operatori ritenuti in posizione dominante; (c) quali saranno gli eventuali obblighi (cd. *remedies*) che le Autorità intendano eventualmente applicare agli operatori di cui sia stata accertata la dominanza.

Per quanto riguarda invece le indicazioni comunitarie concernenti specifici obblighi di *must carry*, occorre richiamare una disposizione contenuta nella direttiva «servizio universale» <sup>(31)</sup> la quale consente agli Stati membri di introdurre, a carico delle reti di comunicazione elettronica che distribuiscono servizi di diffusione televisiva o radiofonica al pubblico, obblighi di trasmissione di canali e servizi radiofonici e televisivi se per un numero significativo di utenti di tale rete quest'ultima rappresenta il mezzo principale per la ricezione di quei servizi di diffusione e qualora tali obblighi siano funzionali al perseguimento di obiettivi di interesse generale. L'obbligo di trasmissione può essere accompagnato da un indennizzo appropriato, assicurando che non si creino discriminazioni fra i vari operatori di rete.

Nel recepimento di questa norma da parte del Codice delle Comunicazioni elettroniche si stabilisce che «eventuali obblighi di trasmissione per specifici canali e servizi radiofonici e televisivi sono disciplinati dalle disposizioni di legge in materia di radiodiffusione sonora e televisiva» (art. 81). Pertanto, a prescindere da quanto vedremo rispetto ad obblighi specifici di trasmissione previsti nella normativa radiotelevisiva, allo stato non esiste una trasposizione diretta di tale norma comunitaria.

Accanto ai *remedies*, derivanti dal *framework* comunitario sulle comunicazioni elettroniche si pongono – direi in una zona grigia – alcune norme generali di diritto interno disciplinanti le condizioni minime che dovranno governare i rapporti fra operatore di rete e fornitore di contenuti, previste originariamente dalla delibera n. 435 dell'Autorità (art. 27 in particolare).

Si tratta di norme concernenti la trasparenza e non discriminazione da parte degli operatori di rete nei confronti dei fornitori di contenuto indipendenti .

---

<sup>(31)</sup> Si v. in particolare l'art. 31, dir. Ce 2002/22 («direttiva servizio universale»), cit. alla nota 14.

L'operatore di rete in particolare è tenuto a parità di trattamento verso i fornitori di contenuto terzi, rendendo disponibili le stesse informazioni tecniche fornite alle proprie controllate o collegate. Inoltre vi è un divieto di discriminazione in merito agli accordi tecnici in materia di qualità trasmissiva e condizioni di accesso alla rete nonché di utilizzare, oltre i limiti di quanto strettamente necessario per concludere gli accordi tecnici e commerciali, le informazioni fornite dai *contet providers* terzi (art. 27, comma 2°, del regolamento).

La norma regolamentare appena illustrata è ora riprodotta dalla l. Gasparri (art. 5, comma 1°, lett. e) quasi letteralmente, se non fosse per la precisazione che la capacità trasmissiva va offerta a «condizioni di mercato»<sup>(32)</sup>.

Con riferimento a tali norme si è parlato di zona grigia poiché non è chiaro se esse rientrino fra quelle volte alla tutela della concorrenza e pertanto debbano tutte cedere il passo agli interventi sui *remedies* di cui si è parlato oppure siano finalizzate alla tutela del valore del pluralismo ed allora potrebbero sovrapporsi agli obblighi che saranno eventualmente imposti all'operatore dominante alla luce delle direttive comunitarie.

Ad esempio alla luce della norma di legge appena citata non è chiaro se un obbligo di non discriminazione possa essere imposto (in tal caso discostandosi dai principi del diritto della concorrenza o della regolazione di settore) anche ad operatori che non denegano una posizione dominante. Una interpretazione letterale non sembra a riguardo di grosso ausilio. Gli obblighi di cui si discute figurano difatti in una norma della l. Gasparri rubricata come «principi a salvaguardia del pluralismo e della concorrenza».

A riguardo la stessa Autorità, nell'intervenire recentemente sulla disciplina dell'accesso alla rete con un regolamento che fra breve esamineremo, ha espressamente chiarito che per i profili specificamente legati alla promozione di un assetto competitivo dei mercati avrebbe utilizzato esclusivamente lo strumento delle analisi di mercato e l'imposizione di eventuali *remedies*.

A prescindere dalle regole finalizzate alla tutela del mercato delle comunicazioni elettroniche, esistono infine delle specifiche regole di accesso alla rete destinate esclusivamente ad assicurare l'accesso al mercato da

---

(32) Il che sembra escludere, al di fuori degli specifici obblighi che l'Autorità di regolamentazione eventualmente individuerà per gli operatori in posizione dominante al termine delle analisi del mercato 18, un obbligo generale di orientamento al costo delle tariffe di accesso alla rete.

parte dei fornitori di contenuto onde garantire la presenza di una pluralità di voci. Oltre alle norme relative alla capacità trasmissiva da riservare a terzi fornitori di contenuto nella fase di sperimentazione, sono previsti specifici obblighi di *must carry* nei confronti dei fornitori di contenuto di particolare valore non riconducibili direttamente o indirettamente all'operatore di rete.

Il regolamento n. 435 del 2001 dell'Autorità prevede difatti che quest'ultima adotti un ulteriore regolamento (successivamente al quale sarà possibile ottenere il rilascio della licenza di operatore di rete) che detti norme a garanzia dell'accesso di fornitori di contenuto non riconducibili all'operatore di rete i quali rappresentino un particolare valore per il sistema televisivo nazionale o locale (secondo i principi sinteticamente espressi dall'art. 29, comma 1°, lett. a), e comma 2°, del regolamento, rubricato come «Provvedimenti a tutela del pluralismo e della concorrenza»). Il particolare valore del contenuto fa leva prevalentemente sulla «qualità della programmazione e del pluralismo informativo».

La nuova legge di sistema richiama espressamente questo ulteriore regolamento dell'Autorità. In particolare l'art. 23, comma 6°, 1. Gasparri precisa che i richiedenti la licenza di operatore di rete televisiva devono assumere con specifica dichiarazione contenuta nella domanda, l'obbligo di osservare le disposizioni che saranno stabilite nel provvedimento previsto dall'art. 29 del regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale (la ormai nota delibera n. 435 del 2001 dell'Autorità) Il regolamento di cui sopra è stato definitivamente approvato lo scorso 12 agosto 2004 con delibera 253/04/CONS <sup>(33)</sup>.

3.1. - Il regolamento dell'Autorità n. 253 del 2004 innanzitutto specifica (art. 2) che esso detta le «disposizioni minime» che gli operatori di rete sono tenuti a rispettare per garantire accesso ai fornitori di contenuti di particolare valore.

I contenuti di particolare valore per l'emittenza nazionale (art. 3) e per quella locale (art. 4), sono identificati secondo quei parametri di qualità della programmazione e pluralismo informativo - come si è visto - indicati come linee guida dal regolamento dell'Autorità n. 435 del 2001.

Contenuti di particolare valore sono ritenuti i canali tematici dedicati alla formazione o all'informazione oppure canali tematici e interattivi che favoriscano il miglioramento del rapporto fra il cittadino e la pubblica am-

---

<sup>(33)</sup> Pubblicata nella *G.U.* n. 197 del 23 agosto 2004.

ministrazione o tra cittadino e servizi di interesse generale o, infine, quei canali che promuovano le opere europee con quote di programmazione e di investimento superiori a quelle minime di legge (cui sono tenuti generalmente tutti i canali televisivi). Per le emittenti locali si aggiungono anche quelle dedicate alla promozione delle minoranze linguistiche ed infine le emittenti a carattere comunitario.

Ma vediamo più da vicino quale è lo «statuto speciale» di questi canali ai quali viene attribuito particolare valore.

In generale, l'operatore di rete dovrà «tenere conto» delle richieste da parte di questi canali ed assicurare agli stessi parità tecnico-economica di offerta della capacità trasmissiva. Inoltre, l'operatore di rete sarà tenuto a dare ampia puntuale e corretta informazione circa la messa a disposizione di risorse trasmissive da cedere a terzi, incluse le condizioni tecniche ed economiche e i criteri prioritari di assegnazione (art. 5).

Su queste richieste prevale il titolo preferenziale di cui all'art. 36, comma 1°, regolamento n. 435 del 2001.

Tale norma - lo si è visto - prevede una garanzia di accesso alla rete per le emittenti che siano già concessionarie in tecnica analogica. Pertanto, le emittenti di particolare valore nella «graduatoria» degli editori «aventi titolo» saranno posposte a quelle già operanti in tecnica analogica, le quali non avendo una propria rete (o avendo la propria rete già satura di altri canali) chiedano accesso ad un *multiplex* di un terzo.

L'art. 6 della delibera n. 253 del 2004 riveste carattere centrale poiché disciplina specificamente le ipotesi di risorse insufficienti.

In generale l'operatore di rete dovrà garantire accesso prioritario ai contenuti di particolare valore. Alla luce di quanto si è appena detto sembra però che tale priorità possa farsi valere solo sulla capacità trasmissiva disponibile dopo avere soddisfatto le esigenze di diffusione dei canali già operanti in tecnica analogica. Nel bilanciamento fra gli interessi tutelati, sembra pertanto prevalsa la conservazione della realtà imprenditoriale esistente (il canale operante in tecnica analogica) sulla tipologia della programmazione diffusa, dal momento che nessuna valutazione sul merito della programmazione dell'emittente analogica sembra necessaria al fine di garantire a quest'ultima l'accesso al *multiplex*.

I contenuti di particolare valore beneficeranno però di una specifica quota di riserva. Vediamo nel dettaglio come opera tale garanzia.

Innanzitutto l'obbligo di riservare una certa quota della capacità trasmissiva ai contenuti di particolare valore (il 20%, pari ad un programma, per ogni rete digitale) graverà solo sui soggetti che abbiano già - ad altro titolo - un obbligo di destinare capacità trasmissiva a terzi. Come precisa

la norma difatti la quota di riserva del 20% di cui sopra andrà calcolata sulla capacità trasmissiva che l'operatore sia eventualmente tenuto a destinare a terzi.

Ne consegue che in assenza di uno specifico obbligo di fornire capacità trasmissiva a terzi viene meno in radice anche l'obbligo di ospitare sulla propria rete (per il 20%) i contenuti di particolare valore.

Per capire l'ambito di operatività della riserva a favore dei contenuti di particolare valore è allora necessario verificare le fattispecie in cui la normativa di settore prevede l'obbligo dell'operatore di rete di destinare capacità trasmissiva a terzi. oppure – il che è lo stesso – inibisce all'operatore di rete che sia anche fornitore di contenuti di utilizzare interamente la capacità trasmissiva della propria rete. Il regolamento dell'Autorità cita espressamente i seguenti casi.

Il primo attiene all'ipotesi in cui – ai sensi di quanto previsto dalla l. n. 66 del 2001 – l'operatore è tenuto a riservare a terzi il 40% della propria capacità trasmissiva.

Tale obbligo, per legge, (a) grava solo sugli operatori titolari di più di una concessione per l'emittenza televisiva in tecnica analogica <sup>(34)</sup> e (b) si riferisce solo alla fase di sperimentazione. Le altre ipotesi, previste dalla norma, nelle quali l'operatore avrebbe un obbligo di messa a disposizione di terzi di parte del proprio *multiplex*, sembrano riferirsi fundamentalmente a tutti quei casi in cui l'operatore di rete integrato verticalmente abbia già raggiunto la soglia massima di programmi che può diffondere (chiamiamola – per intenderci, ma impropriamente – soglia *antitrust*).

Qualora le richieste di accesso alla rete da parte di coloro che hanno titolo per rientrare nella quota di riserva del 20% siano superiori rispetto alla capacità trasmissiva disponibile (sempre con riferimento esclusivo alla quota di riserva) il regolamento n. 253 del 2004 <sup>(35)</sup> stabilisce che gli operatori di rete, per far fronte al maggior numero possibile di richieste, pre-

---

<sup>(34)</sup> Come si è visto, il regolamento 435/01/CONS dell'AGCOM ha poi precisato che la titolarità di una concessione e una autorizzazione nazionali è equiparata alla titolarità di due concessioni nazionali ai fini dell'obbligo di riservare a terzi parte della capacità trasmissiva.

<sup>(35)</sup> Ottemperando alla «delega» contenuta nell'art. 29, comma 1°, lett. b), delibera n. 435 del 2001, che richiedeva all'Autorità di prevedere «criteri che garantiscano, in presenza di risorse insufficienti a soddisfare tutte le ragionevoli richieste da parte dei fornitori di contenuti, l'accesso alle radiofrequenze da parte dei fornitori di contenuto di cui alla precedente lett. a) [i.e. i contenuti che rappresentano un particolare valore per il sistema informativo nazionale o locale] a parità di trattamento».

vedano la condivisione statica o dinamica fra i fornitori di contenuto. I fornitori di contenuti «aventi titolo», avranno così la facoltà di accordarsi fra loro, prevedendo la condivisione degli spazi diffusivi secondo un criterio di *time sharing*. Sullo stesso canale potranno pertanto essere trasmesse programmazioni facenti capo a editori differenti a seconda delle fasce orarie della giornata.

Con riferimento ad uno dei profili di maggiore problematicità che saranno sollevati dall'introduzione della regolamentazione dell'accesso, costituito dal rapporto fra i diritti attribuiti dalle nuove norme e gli accordi già conclusi fra operatori di rete e fornitori di contenuto per le reti che attualmente svolgono la sperimentazione, l'Autorità considera che, nell'ambito della quota di riserva, le richieste provenienti dagli operatori aventi particolare valore dovranno essere considerate prevalenti rispetto agli accordi già stipulati. Tale norma si applicherà solo alla prima scadenza contrattuale utile (art. 6, comma 4°, delibera 253/04/CONS), per cui – come sembra – malgrado il principio espresso, gli accordi già stipulati conserveranno la loro efficacia.

Si può allora concludere che una vera e propria garanzia di accesso alle reti da parte di fornitori di contenuto indipendenti – e dunque non integrati con le reti – sia attualmente configurabile solo per la fase di sperimentazione nella misura del 40% della capacità trasmissiva della rete, e che tale garanzia gravi esclusivamente su alcuni operatori. Gli interventi regolatori di disciplina dell'accesso alla rete a tutela del pluralismo sembra siano per il momento limitati ad incidere su una *sub-quota* della quota di riserva del 40% del *multiplex*, e dunque solo con riferimento alla fase di sperimentazione ed a patto che il *multiplex* non sia già interamente occupato in forza dei contratti stipulati dall'operatore in rete e sino alla loro scadenza. Resta infine da sottolineare che la determinazione delle regole di accesso alla rete a tutela del pluralismo – e soprattutto la definizione dell'ambito soggettivo delle garanzie – è stata ed è attualmente rimessa interamente ad una autorità amministrativa<sup>(36)</sup>, la quale ha defini-

---

<sup>(36)</sup> La recente legge di sistema conferma i poteri regolatori in materia già attribuiti all'Autorità di settore da precedenti norme di legge. Tale opzione normativa lascia senz'altro perplessi, specie ove si consideri la rilevanza costituzionale degli interessi coinvolti e la riserva di legge che dovrebbe coprire l'intera materia o comunque i suoi aspetti più significativi. In proposito, prima che fosse definitivamente adottata la nuova legge di sistema, l'Autorità, per voce del suo Presidente, aveva segnalato i gravi compiti ad essa spettanti con riferimento allo spinoso profilo dei rapporti tra operatore di rete e fornitore di contenuto ed aveva sperato nel passaggio legislativo per affrontare adeguatamente il problema. Si v. in

to, con due successivi regolamenti, quali fossero le caratteristiche dei contenuti cui deve essere garantita una presenza nel mondo del digitale terrestre.

Con riferimento alle quote di capacità trasmissiva che l'operatore di rete dovrà destinare all'assolvimento degli obblighi di *must carry*, si osserva che sarebbe stato possibile, e forse auspicabile, prevedere un procedimento di selezione individuale e comparativa ad evidenza pubblica che giungesse ad una autorizzazione individuale, con attribuzione del diritto di diffondere il proprio programma. Ricordo, che la stessa Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel Libro Bianco sulla televisione digitale terrestre <sup>(37)</sup> ipotizzava accanto ad autorizzazioni generali relative ai «*content provider* generici» una «autorizzazione specifica (equivalente alla attuale concessione)» che attribuisse il diritto a fornire televisione numerica terrestre e di converso gravasse l'operatore di rete dell'obbligo di fornire la capacità necessaria. Tali autorizzati specifici non avrebbero dovuto superare un numero ristretto. Anche in dottrina, con riferimento alla capacità che l'operatore di rete deve mettere a disposizione di terzi, si è sostenuto lo schema della licenza individuale che «verrebbe a configurarsi come una sorta di *ius in re aliena* (*res* costituita dal complesso aziendale dell'operatore di rete comprensivo del diritto sulle frequenze assegnate)», cui farebbe fronte l'onere dell'operatore di rete qualificabile «come una sorta di servitù eventualmente accompagnata da prestazioni accessorie sul modello delle obbligazioni *propter rem*» <sup>(38)</sup>.

Un provvedimento di selezione individuale dei fornitori di contenuto potrebbe forse ipotizzarsi – ma il punto ovviamente merita ben altra riflessione ed approfondimento – anche con riferimento a tutta la capacità trasmissiva dell'operatore di rete, valutando – con una procedura ad evidenza pubblica – tutte le varie offerte editoriali che abbiano inoltrato una domanda, incluse quelle eventualmente provenienti da società controllanti l'operatore di rete o da quest'ultimo controllate.

Si eviterebbero così alcune conseguenze ritenute poco razionali per il sistema dell'informazione e per la qualità dell'offerta dei contenuti. Ci si riferisce ad esempio all'evenienza che nella fase di sperimentazione il 40%

---

particolare CHELI, in Atti del convegno *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza ?*, a cura di Morbidelli e Donati, Torino, 2003, p. 192.

<sup>(37)</sup> «Libro Bianco sulla televisione digitale terrestre», cit., p. 95.

<sup>(38)</sup> ESPOSITO, *Su alcuni aspetti della regolamentazione della televisione digitale terrestre, in DRT – Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 2000, 4, p. 1186.

della capacità di rete riservato ai fornitori di contenuto indipendenti <sup>(39)</sup> debba essere aspramente conteso tra offerte di contenuti di cui viene valutato il profilo editoriale, mentre il restante 60% - riservato all'operatore di rete - possa diffondere anche contenuti non necessariamente o altrettanto meritevoli.

Una selezione comparativa dei fornitori di contenuto ed il rilascio a questi ultimi di una licenza individuale con attribuzione del diritto a trasmettere, sarebbe forse l'estrema - e coerente - conseguenza della distinzione di ruoli fra operatori di rete e fornitori di contenuto voluta dal legislatore e dal regolatore. Per tale via si eviterebbero gli effetti anticompetitivi tipici delle forme di integrazione verticale senza però dover ricorrere a soluzioni «più rigide», come quelle che prevedono divieti di proprietà incrociata che inibiscono agli operatori di rete di svolgere anche attività di fornitori di contenuto e viceversa <sup>(40)</sup>.

4. - Dopo la disamina dei riferimenti normativi rilevanti si può ora tentare una sintesi in vista di una riconduzione a sistema delle numerose fonti e norme.

Le riforme introdotte dal legislatore nazionale e comunitario e dal regolatore nazionale negli ultimi anni fanno intravedere alcune linee evolutive.

Nel mondo della tv analogica eravamo abituati ad una totale integrazione fra editore e operatore di rete. La gestione degli impianti di emissione era parte integrante dell'attività radiotelevisiva. Va da sé che in un simile contesto - dove, per inciso, ad una rete corrispondeva la possibilità di diffondere un solo canale - il titolo concessorio toccava al tempo stesso sia la disciplina dell'accesso al mercato delle reti che quella dell'accesso al mercato dei contenuti. Gli stessi limiti *antitrust* erano ancorati al numero di reti e non al numero di programmi.

In sostanza, la selezione competitiva dei fornitori di contenuto si realizzava all'interno della procedura disciplinante l'accesso al mezzo tecnico necessario a diffondere il proprio programma. Con la digitalizzazione si

---

<sup>(39)</sup> L'osservazione è chiaramente riferibile anche alla quota di riserva per i fornitori di contenuti di particolare valore, per la cui disciplina si rimanda a quanto precisato nel testo.

<sup>(40)</sup> Con riferimento a tali soluzioni «più rigide» si sottolinea come queste ultime di fatto già caratterizzano le diffusioni televisive via satellite (mostrando perciò - almeno in quello specifico segmento - la loro praticabilità). Tutte le funzioni tecniche relative alla trasmissione e diffusione dei programmi televisivi via satellite (cd. «segmento terrestre» e «segmento spaziale») vengono difatti svolte da soggetti diversi (operatori di telecomunicazione) dalle imprese che producono i contenuti e/o li offrono agli utenti finali.

assiste invece alla possibilità che alcuni soggetti svolgano esclusivamente l'attività di fornitori di contenuto o – al contrario – esclusivamente quella di operatori di rete.

Di conseguenza – come evidenziato nei precedenti paragrafi – sono previsti due distinti procedimenti (che sfociano in due distinti titoli autorizzatori) per abilitare i soggetti interessati a svolgere le attività tecniche di trasmissione oppure legittimarli a diffondere uno o più programmi radiotelevisivi.

Come si è visto, il quadro normativo assegna la capacità trasmissiva (i.e. i diritti d'uso sullo spettro radioelettrico) all'operatore di rete.

Alla luce di tale – nuovo – impianto normativo viene però meno (pur in presenza di un mezzo diffusivo i cui spazi – specie nel breve periodo – non possono considerarsi illimitati) qualunque procedimento di selezione degli editori secondo procedure pubbliche trasparenti e competitive (come accadeva invece per il rilascio delle concessioni radiotelevisive in tecnica analogica). L'accesso al mercato dei contenuti è rimesso interamente agli accordi fra operatori, sia pure assistiti da specifici obblighi di *must carry* o in genere da una riserva di capacità trasmissiva, nei termini e nei limiti di cui si è detto. Come si è visto per tutti i profili attinenti la promozione di un assetto competitivo del mercato potranno inoltre intervenire degli specifici obblighi di accesso che discendono dall'attuazione della disciplina delle reti e servizi di comunicazione elettronica. Tali obblighi, conformemente ai presupposti applicativi del quadro regolatorio di riferimento, riguarderanno però solo gli operatori in posizione dominante <sup>(41)</sup>.

Lo schema normativo inoltre ammette la possibilità che sussistano operatori verticalmente integrati e non ritaglia invece un ruolo esclusivamente tecnico concentrato sulla diffusione e trasmissione del segnale.

Si può dunque affermare che, per i profili specificamente affrontati in questa sede <sup>(42)</sup>, l'accesso al mercato dei contenuti nella televisione digitale terrestre è al momento essenzialmente affidato alla cooperazione fra fornitori di contenuto e operatori di rete <sup>(43)</sup> (i quali ultimi – nella maggior

---

<sup>(41)</sup> In presenza di un mercato duopolistico, qualora si segua una metodologia di intervento ispirata esclusivamente ai principi del diritto della concorrenza e finalizzata esclusivamente alla tutela (*ex ante* o *ex post*) della competitività dei mercati rilevanti, l'eventuale applicazione di obblighi asimmetrici di cooperazione fra gli operatori sarà condizionata alla complessa e quanto mai incerta dimostrazione di una posizione dominante collettiva.

<sup>(42)</sup> Cfr. *retro*, nota 24.

<sup>(43)</sup> Sia pure assistita dagli obblighi specifici gravanti sull'operatore di rete, di cui si è detto nel precedente par. 3.2.

parte dei casi - saranno gli stessi concorrenti dei primi nell'offerta di programmi televisivi) e dunque ad una sorta di obbligo di pluralismo « interno » dell'operatore di rete, articolato sulla falsariga degli obblighi di accesso alla rete degli operatori di telecomunicazione (44). Si recupererebbe così, come più volte sottolineato dal Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Cheli, qualcosa di assai simile a quel diritto di accesso disciplinato dalla l. n. 103 del 1975 come baluardo del pluralismo interno della concessionaria del servizio pubblico, allora in monopolio.

Seguendo la linea ricostruttiva appena illustrata, occorre però rilevare - con tutta la giurisprudenza costituzionale - che una volta ammesso un sistema misto pubblico - privato sorge la preminente esigenza di garantire anche il pluralismo cd. « esterno » e che - come più volte ricordato dalla Corte stessa - le eventuali garanzie di accesso alla rete (della concessionaria del servizio pubblico, nei casi esaminati dalla Corte) non possono supplire ad una inadeguata garanzia di pluralismo fra i mezzi diffusivi (45).

I limiti di una disciplina dell'accesso al mercato affidata esclusivamente agli accordi fra operatori di rete e fornitori di servizi, in presenza di (uno solo o pochi) operatori di rete verticalmente integrati, sono, del resto, risultati evidenti nel processo di liberalizzazione delle telecomunicazioni. Da una prima iniziale impostazione del regolatore comunitario, la quale preservava il monopolio sulla rete dei vecchi gestori pubblici, tentando di stemperarne gli effetti anticompetitivi sul mercato dei servizi con una serie di obblighi asimmetrici verso i fornitori di servizi terzi, si è poi ritenuto necessario, per condurre a compimento il processo di liberalizzazione, aprire alla concorrenza anche il mercato dell'offerta dei servizi di rete, consentendo, almeno in astratto, la moltiplicazione delle infrastrutture (46).

---

(44) Ci si riferisce a quell'insieme di principi e regole che hanno accompagnato la liberalizzazione delle telecomunicazioni, comunemente definito come « Open Network Provision » o - brevemente - « ONP ».

(45) Tra le numerose pronunce che esprimono il principio sopra richiamato si rinvia in particolare alla sentenza della Corte cost. n. 420 del 5-7 dicembre 1994 dove si afferma che il valore del pluralismo informativo si estrinseca nel « pluralismo 'esterno' che condiziona il carattere misto del sistema delle radiodiffusioni come attività di preminente interesse generale e che si coniuga - risultandone rafforzato - con il pluralismo 'interno' (...) senza però alcuna fungibilità o surrogazione dell'uno all'altro avendo entrambi una propria dimensione e collocazione ».

(46) Come in più occasioni sottolineato dal prof. Tesauro, nella sua veste di presidente dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, è proprio dove si sono realizzate una molteplicità di infrastrutture trasmissive - come nel caso della telefonia mobile - che

Si può allora concludere che la più solida garanzia di accesso al mercato per gli editori radiotelevisivi che intendano diffondere i propri programmi su frequenze terrestri, con scarsa novità rispetto al passato, si riconduce nell'alveo di quanto accadeva nel mondo pre-digitalizzato e non convergente, dove la possibilità di svolgere con successo l'attività di editore radiotelevisivo era rimessa al momento cruciale del rilascio della concessione, la quale attribuiva il diritto ad utilizzare impianti di trasmissione ed occupare porzioni di spettro radioelettrico <sup>(47)</sup>.

Come si è cercato di dimostrare, le linee evolutive del processo normativo che sta accompagnando la digitalizzazione delle reti terrestri non sembrano offrire particolari spunti per ritenere che si prefiguri un mercato caratterizzato da un livello di più intensa competizione fra gli operatori di rete: invece – almeno per il medio periodo – si attribuisce la possibilità di esercire reti digitali soprattutto a coloro che già operano nell'emittenza in tecnica analogica e che si candidano altresì ad essere i principali fornitori di contenuto nelle future trasmissioni terrestri in tecnica digitale.

4.1. – Le criticità evidenziate nei paragrafi precedenti non sembra trovino validi contrappesi là dove si allarghi l'obiettivo non solo alle diffusioni digitali su frequenze terrestri ma a tutte le altre modalità di diffusione e trasmissione di contenuti attualmente possibili. Ci si riferisce – ad es. – ai sistemi che consentono la diffusione diretta via satellite, alle reti via cavo in fibra ottica o a quelle che sfruttano la tradizionale rete trasmissiva di telecomunicazione applicando la tecnologia X-DSL (e consentendo così, oltre alle comunicazioni vocali, anche la distribuzione di contenuti multimediali).

Occorre difatti sottolineare due fattori di rilievo per il futuro assetto dei mercati. Il quadro normativo vigente sembra avere operato una scelta di fondo, la quale – in ragione dell'ampia diffusione dei sistemi televisivi su frequenze terrestri – considera la piattaforma digitale terrestre come il terreno d'elezione per procedere alla digitalizzazione dell'utenza finale.

---

possono riscontrarsi i maggiori effetti benefici della liberalizzazione. Al contrario, dove ancora esiste una sola rete di trasmissione (quantomeno con sviluppo geograficamente uniforme e capillare: è il caso della rete telefonica fissa) ancora sono riscontrabili forti barriere all'accesso al mercato da parte di fornitori di reti o servizi nuovi entranti.

<sup>(47)</sup> Come evidenziato nel corso della presente relazione, l'esercizio di una rete di diffusione assicura comunque la disponibilità almeno del 60% della capacità trasmissiva per diffondere i propri programmi o per selezionare, con valutazione rimessa interamente all'impresa che gestisce la rete, i contenuti di terzi cui dare accesso.

Gli stessi obblighi di copertura imposti alle reti digitali su frequenze terrestri sembra – in ultima istanza – militino per l'affermazione di un modello di rete assai simile a quelle in tecnica analogica (sorte in un periodo nel quale diverse tecnologie e infrastrutture di distribuzione dei programmi radiotelevisivi o non esistevano ancora oppure non erano presi in adeguata considerazione dal legislatore) <sup>(48)</sup>. Diversamente le scelte normative ben avrebbero potuto consentire sistemi distributivi strutturati per utilizzare fungibilmente e indifferentemente qualunque tecnologia, imponendo all'operatore di rete un obbligo di copertura che poi quest'ultimo sarebbe stato libero di realizzare con la tecnologia (o la combinazione di diverse tecnologie) ritenuta più efficiente ed economica in relazione al risultato da perseguire.

A tali premesse è conseguita la forte spinta alla diffusione della televisione digitale terrestre, sia sotto forma di incentivi alla penetrazione degli apparati di utente, che assegnando alla concessionaria del servizio pubblico specifici compiti di « apripista » del mercato.

Tutto ciò non sembra però essere mai transitato per una attenta valutazione di efficienza tecnica ed economica dei vari sistemi distributivi dei contenuti e dei servizi multimediali <sup>(49)</sup>. Un secondo aspetto problematico risiede nella maggiore o minore interoperabilità dei sistemi di accesso a ciascuna piattaforma (e a ciascuna offerta) da parte dell'utente finale. Quest'ultimo necessita di apparati per ricevere (e in alcuni casi decodifica-

---

<sup>(48)</sup> Ci si riferisce ad esempio alla disciplina della televisione via cavo che (una volta superato il monopolio legale grazie all'intervento della Corte costituzionale con la sent. n. 226 del 1974) dapprima ha subito una forte limitazione normativa essendo circoscritta dalla l. n. 103 del 1975 alla sola offerta di reti via cavo monocanale. Poi ha scontato a lungo l'assenza di una disciplina (si v. in particolare il mai adottato regolamento attuativo del d. lgs. n. 73 del 1991, emanato ai sensi dell'art. 29, l. n. 223 del 1990) fattore che per anni – e sino a tempi recenti – ha pregiudicato ogni sviluppo di tale infrastruttura.

<sup>(49)</sup> Si pensi al numero complessivo di programmi trasportabili dalle reti su frequenze terrestri (complessivamente minore rispetto alle potenzialità delle reti via cavo o via satellite), all'interattività di ciascuna rete distributiva ed in particolare alla necessità per ciascun sistema distributivo di avvalersi o meno di altre infrastrutture per gestire il cd. « canale di ritorno » necessario ad ogni forma di interattività; oppure agli ingenti investimenti necessari per la realizzazione di una ampia copertura del territorio mediante ripetitori su frequenze terrestri (specie laddove si tenda a raggiungere una copertura superiore al 70-80%) a cospetto dei sistemi via satellite, i quali – al contrario – comportano una immediata copertura dell'intero territorio nazionale con costi assai inferiori. I costi di realizzazione dell'infrastruttura necessariamente si ripercuoteranno – specie in una fase di maturità dei mercati anche legata ad un'elevata diffusione dei sistemi distributivi – sui costi di accesso alla rete per i fornitori di contenuto.

re) il segnale televisivo. Tanto più questi apparati consentiranno di accedere indifferentemente a più tecnologie distributive o a più offerte concorrenti all'interno di ciascuna piattaforma tecnologica tanto più forte sarà la competizione fra le diverse tecnologie o le diverse offerte e, conseguentemente, tanto minore sarà il potere di mercato (da esercitarsi nei confronti degli utenti ma ancor più nei riguardi dei fornitori di contenuto) degli operatori che eserciscono una data tecnologia di accesso. Al contrario, là dove si diffondano apparati di accesso legati ad una sola tecnologia distributiva (e tanto maggiore sia la diffusione fra l'utenza di una specifica tecnologia di accesso) si creeranno i presupposti per una rigida distinzione dei mercati delle reti televisive dovuta ad una scarsa sostituibilità fra i diversi servizi per gli elevati *switching costs*. Chi opera la tecnologia più diffusa sarà automaticamente investito di un rilevante potere di mercato.

In tal senso, anche per venire incontro ad un principio di neutralità tecnologica, ormai di diritto positivo<sup>(50)</sup>, ogni eventuale incentivo alla diffusione di nuove tecnologie dovrebbe essere tecnologicamente neutrale.

A tal fine - ad es. - la previsione di finanziamenti all'utenza da utilizzarsi liberamente ed indifferentemente per acquistare qualunque tipo di apparato di accesso alla tv digitale<sup>(51)</sup> assicurerebbero un maggiore rispetto di tali principi.

Un sistema «multiplatforma», dove gli utenti possano agevolmente migrare da un distributore ad un altro, sarebbe un ulteriore elemento teso a far superare quella identificazione fra gestore di rete ed editore che ancora non sembra del tutto superata. L'editore potrebbe così concentrarsi sulla produzione di contenuti e sulla vendita degli stessi agli utenti fina-

<sup>(50)</sup> Si v., fra l'altro, la citata «direttiva quadro», dir. Ce 2002/21 (art. 8, n. 1, comma 2°) ed ancor prima la stessa comunicazione della Commissione europea n. 539 del 1999 («The 1999 Communication Review») là dove si annovera tra i *regulatory principles* quello secondo il quale la «regulation should aim to be technologically neutral» e si precisa che «technological neutrality means that legislation should define the objectives to be achieved and should neither impose non discriminate in favor of the use of a particular type of technology to achieve those objectives» (COM (1999) 539, p. 13). Il principio della neutralità tecnologica è altresì di diritto interno, grazie all'art. 4, comma 3°, lett. h), del «Codice delle Comunicazioni elettroniche» (cfr. *retro*, nota 19).

<sup>(51)</sup> Il medesimo risultato si conseguirebbe qualora le politiche volte ad incentivare la diffusione di apparati di accesso d'utente fossero indirizzate alla promozione di apparati «multiplatforma» in quanto in grado di connettersi indifferentemente a più tipologie di reti distributive. Una scelta del legislatore in tal senso avrebbe anzi costituito un efficace incentivo per i produttori di apparati perché tali decodificatori fossero immediatamente disponibili sul mercato.

li o agli inserzionisti, accogliendo la presenza di molteplici tecnologie di accesso quale occasione per aumentare – grazie appunto a nuove ed ulteriori tecnologie distributive – la penetrazione dei propri contenuti ed – in ultima istanza – la valorizzazione e la remuneratività degli stessi.

Al contrario, la centralità di una specifica tecnologia distributiva, l'integrazione verticale fra operatori di rete che la eserciscono ed i fornitori dei contenuti che mediante quella tecnologia vengono distribuiti, l'assenza dei presupposti per una dinamica ed efficace concorrenza fra diversi sistemi di accesso, dovuta alla diffusione di apparati monopiattoforma, sono tutti fattori che creano le inevitabili condizioni perché gli editori legati ad una specifica tecnologia ostacolino la penetrazione di nuovi e diversi sistemi di distribuzione dei contenuti televisivi, negando la disponibilità dei propri prodotti editoriali alle altre piattaforme tecnologiche che ne fanno richiesta <sup>(52)</sup> (\*\*).

---

(52) Si tratta di un aspetto particolarmente critico sul quale il dibattito è solo agli inizi. Anche per tale ragione viene qui affrontato solo con questi brevissimi cenni. Si segnala però che sul punto le autorità di concorrenza e di regolamentazione comunitarie stanno già muovendo i primi passi. In particolare, si richiama la decisione del 2 aprile 2003 della Commissione europea – Merger Task Force, relativa al caso COMP/M.2876, in base alla quale è stata autorizzata la concentrazione Newscorp/Telepiù, subordinando l'autorizzazione alla fusione a pregnanti impegni aventi ad oggetto l'obbligo di rendere accessibili a terzi i più importanti contenuti facenti capo alla nuova piattaforma satellitare Sky. Inoltre, la Commissione europea, utilizzando lo strumento delle indagini per settore economico, sta verificando con una prima Sector Inquiry, avviata a gennaio 2004, le condizioni di vendita dei contenuti ai gestori delle reti mobili di terza generazione ed ha programmato l'avvio di una seconda Sector Inquiry che si concentrerà sulla fornitura dei contenuti su Internet (si v. a riguardo gli interventi del commissario Mario Monti al workshop su *«fixed and mobile telecommunication markets system: the Open Network Provision (ONP) era bilance and EU new regulatory framework perspectives»*, Napoli, 22 – 23 marzo 2004 nonché al workshop *«Availability of content for the new media»*, Bruxelles, 8 luglio 2004.

(\*\*) Nel corso della pubblicazione del presente lavoro, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è nuovamente intervenuta sulla materia. In particolare, con la delibera 136/05/CONS (il provvedimento, pubblicato sul sito dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in data 4 marzo 2005, chiude il procedimento volto ad accertare, ai sensi dell'art. 14, l. n. 112 del 2004 nonché del comma 7° dell'art. 2, l. n. 249 del 1997, la sussistenza di posizioni dominanti nei singoli mercati di cui si compone il sistema integrato delle comunicazioni, come definito dalla citata l. n. 112 del 2004, o comunque lesive del pluralismo), l'Autorità prevede sette «rimedi» volti a «ripristinare una situazione di maggiore equilibrio nei mercati considerati» che si traducono in altrettanti obblighi a carico delle società Rai, Rti e Publitalia. L'Autorità inoltre, con la delibera di cui si da conto nella presente nota, interviene su un ulteriore aspetto, al quale – nel presente lavoro – si è fatto solo qualche sinteticissimo cenno (si v. in particolare nota 52), scegliendo una strada analoga a

quella intrapresa dalla Commissione europea. Ci si riferisce in particolare alla decisione dell'Autorità di avviare una indagine conoscitiva volta ad «accertare le condizioni attuali e i possibili sviluppi futuri, sotto il profilo del pluralismo e della concorrenza, del mercato dei contenuti anche con riferimento alla gestione dei diritti di esclusiva nonché alle modalità di accordo tra fornitori di contenuti e gli operatori delle diverse piattaforme digitali».

Da una prima ed inevitabilmente sommaria analisi della delibera citata sembra che l'Autorità, rilevata «la struttura marcatamente duopolistica» dell'emittenza in tecnica analogica ed i rischi che tale situazione influenzi altresì il mercato emergente della tv digitale terrestre, abbia inteso intervenire su due fronti: da un lato accelerando il processo di conversione delle reti analogiche alla tecnologia digitale, così da aumentare gli spazi (numero di programmi irradiabili) per i fornitori di contenuto; dall'altro garantendo agli editori indipendenti dalla rete di trasmissione un diritto di accesso alla rete, sotto forma di quota di riserva del 40% della capacità trasmissiva, più ampio in quanto esteso, per le reti facenti capo alle società Rai e Rti, anche oltre la fase di sperimentazione e sino alla completa attuazione del Piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale.

Seguendo l'impostazione del regolamento dell'Autorità n. 253 del 2004, anche nel recente provvedimento l'Autorità stabilisce che per i contratti in essere alla data di entrata in vigore della delibera l'obbligo di riservare a terzi capacità trasmissiva «slitterà» sino alla prima scadenza contrattuale utile. Sembra – in conclusione – che, con riferimento allo specifico aspetto dell'ambito temporale di operatività dell'obbligo per l'operatore di rete di riservare il 40% della capacità trasmissiva a terzi, i rilievi critici sollevati nel testo debbano ora considerarsi superati, avendo il regolatore posto rimedio ai limiti del quadro normativo, quantomeno per ciò che riguarda i due principali operatori pubblico e privato. L'obbligo di riservare parte della capacità trasmissiva a terzi anche oltre la fase di sperimentazione non è però di immediata applicazione, essendo subordinato all'approvazione, entro il 30 giugno 2005, di un disciplinare per l'individuazione dei fornitori di contenuto indipendenti aventi titolo ad accedere alla quota di riserva.

Il disciplinare adottato dall'Autorità, in particolare, definirà, «fatto salvo quanto previsto dalla delibera n. 253/04/CONS, le caratteristiche in termini di attrattività dei programmi sotto il profilo dell'audience e della capacità di raccolta pubblicitaria». I criteri preferenziali per la selezione degli operatori aventi titolo ad accedere alla quota di riserva del 40% della capacità trasmissiva indicati nell'art. 29 della delibera 435/01/CONS sembrerebbero pertanto superati per la fase a regime da quelli relativi all'«attrattività dei programmi sotto il profilo dell'audience e della capacità di raccolta pubblicitaria».

A riguardo lo stesso meccanismo di selezione degli operatori che la delibera sembra prefigurare, appare in linea con alcuni dei rilievi formulati nel testo.

I rimedi scelti dall'Autorità, a compensazione della situazione di forte concentrazione nell'emittenza televisiva in tecnica analogica e dei rischi che essa si riproduca nel mercato della televisione digitale terrestre, sembrano pertanto confermare l'opzione di fondo, di cui si è ampiamente dato conto nel testo – anche criticamente – che vede un ruolo centrale degli operatori in tecnica analogica nelle gestioni delle future reti digitali terrestri e affida la tutela del pluralismo «esterno» esclusivamente alla disciplina dell'accesso alla rete. La delibera impone difatti alla Rai ed a Rti di «accelerare la digitalizzazione delle reti televisive terrestri anche mediante la predisposizione in tecnica digitale di tutti gli impianti operanti in tecnica analogica». A tal fine, la delibera fissa un percorso con precise scadenze. Tale scelta sembra però presupporre che tutte le attuali reti operanti in tecnica analogica di cui gli operatori anzi menzionati dispongono vengano necessariamente convertite – da quegli

stessi operatori - alla tecnica digitale. Pertanto tali operatori oltre alle reti digitali già predisposte (sia pure con i limiti di sviluppo e copertura evidenziati dall'Autorità stessa) disporranno di tante reti digitali quante sono attualmente quelle che esercitano in tecnica analogica. Gli spazi per nuove assegnazioni di diritti di uso sullo spettro e dunque per l'ingresso anche di nuovi operatori oltre che per una assegnazione trasparente delle risorse frequenziali, sembrerebbero pertanto restringersi ulteriormente anche avendo riguardo alla fase immediatamente « a ridosso » della cessazione definitiva delle diffusioni in tecnica analogica, creandosi, invece, i presupposti per un ulteriore rafforzamento del potere di mercato dei due operatori menzionati derivante dalla ulteriore e più rapida crescita di questi ultimi come operatori di rete.

Si sottolinea, infine, il carattere peculiare di tale ulteriore intervento dell'Autorità in tema di disciplina dell'accesso alla rete, che sembra far leva su una interpretazione ampia dei poteri attribuiti all'Autorità ai sensi del comma 7° dell'art. 2, l. n. 249 del 1997.

## INFORMATICA

- FRANCESCO GRAZIADEI, *Accesso al mercato delle reti e dei contenuti nella transizione alla tv digitale terrestre* ..... » 229
- PASQUALE FAVA, *La tutela contro i dialers negli orientamenti della giurisprudenza e delle autorità amministrative indipendenti* ..... » 265
- MARIA COLOMBA PERCHINUNNO, *Collegamento negoziale e contratti informatici: dai contratti sul software all'open source* ..... » 304

## SOCIETÀ

- ANTONIO LORDI, *Corporate governance e prezzo contrattuale. Contributo allo studio delle regole formanti la giustizia contrattuale. Profili comparativi* ... » 338
- PAOLO BUTTURINI, *Le autorizzazioni e i pareri dell'accomandante* ..... » 376
- FEDERICO M. GIULIANI, *Il leasing nel bilancio di esercizio, alla luce dello IAS 17* » 401

## INNOVAZIONE LEGISLATIVA

- ENRICO MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie relative ai contratti di franchising* ..... » 413

## METAGIURISPRUDENZA

- GIUSY TRIOLO, *Diritto danzante?* ..... » 417

## MATERIALI

- FRANCESCO GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto* ..... » 431
- MANUELA BIANCHI, *Recenti pareri del Comitato consultivo antievasione in tema di «controlled foreign companies»* ..... » 436