

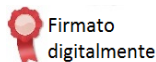


Numero di ruolo pubblicato	:	C-765/23
Numero dell'atto	:	1
Numero di registro	:	1277237
Data di deposito	:	12/12/2023
Data di iscrizione nel registro	:	14/12/2023
Tipo di atto	:	Domanda di pronuncia pregiudiziale

	:	Atto
Riferimento del deposito effettuato tramite e-Curia	:	DC198282
Numero del file	:	1
Autore del deposito	:	Lantieri-6 Rossella (J360138)

Pubblicato il 01/12/2023

N. 10416/2023 REG.PROV.COLL.
N. 05152/2021 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 5152 del 2021, proposto da

Europa Way S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Ferraro, Antonella Terranova, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonella Terranova in Roma, via Vincenzo Bellini 24;

contro

Autorità per Le Garanzie Nelle Comunicazioni - Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Ministero dello Sviluppo Economico, non costituito in giudizio;

nei confronti

Rai - Radiotelevisione Italiana S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe De Vergottini, Marco Petitto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Persidera S.p.A. A Socio Unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Annalisa D'Urbano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Beniamino Caravita Di Toritto in Roma, via di Porta Pinciana n. 6;

Cairo Network S.r.l., Premiata Ditta Borghini & Stocchetti di Torino S.r.l., Prima Tv S.p.A., Elettronica Industriale, non costituiti in giudizio;

Mediaset S.p.A., Elettronica Industriale S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Damiano Lipani, Gian Michele Roberti, Giuseppe Rossi, Marco Serpone, Carlo Edoardo Cazzato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 2213/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorita per Le Garanzie Nelle Comunicazioni - Roma e di Presidenza del Consiglio dei Ministri e di Rai - Radiotelevisione Italiana S.p.A. e di Persidera S.p.A. A Socio Unico e di Mediaset S.p.A. e di Elettronica Industriale S.p.A. e di Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2023 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati Fabio Ferraro, Maria Letizia Guida e Maria Luisa Spina dell'Avvocatura Generale dello Stato, Marco Serpone, Giuseppe Rossi anche per l'avvocato Carlo Edoardo Cazzato, Jacopo Polinari in dichiarata delega dell'avvocato Damiano Lipani, Annalisa D'Urbano e Marco Petitto.;

1. Esposizione sommaria dell'oggetto della controversia e dei fatti rilevanti.

1.1 Con l'appello in esame la società Europa way impugnava la sentenza n. 2213 del 2021 del Tar Lazio, recante rigetto degli originari gravami, proposti dalla medesima parte avverso gli atti relativi al Piano di assegnazione delle frequenze da destinare al servizio televisivo digitale terrestre, nonché avverso l'avvio del procedimento per la definizione delle procedure per l'assegnazione dell'ulteriore capacità trasmissiva disponibile in ambito nazionale e delle frequenze terrestri e l'avviso pubblico per l'assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze per il servizio televisivo digitale terrestre; veniva altresì richiesto il risarcimento del danno.

1.2 I procedimenti confluiti nei provvedimenti impugnati in prime cure prendevano le mosse dall'applicazione delle norme contenute nelle leggi di bilancio 2018 (Legge 27.12.2017, n. 205) e 2019 (Legge 30.12.2018, n.145), con cui sono state introdotte misure volte all'assegnazione delle frequenze in banda 700 Mhz per lo sviluppo della rete 5G e, più in generale, ad una riorganizzazione complessiva del quadro radiotelevisivo, anche al fine di sanare le pregresse violazioni rilevate all'esito di precedenti giudizi avviati dalla stessa Europa Way (c.d. refarming delle frequenze, termine nato termine nato nel contesto delle comunicazioni mobili dove in particolare definisce il passaggio da una tecnologia a un'altra e si riferisce al rinnovo del diritto d'uso sulla nuova tecnologia.).

I ricorsi proposti dinanzi al Tribunale amministrativo di primo grado venivano respinti.

1.4 Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda, parte appellante formulava i seguenti motivi di appello:

- error in iudicando, violazione e falsa applicazione degli artt. 3, paragrafi 3 e 3bis, ed 8 della direttiva 2002/21/ CE (c.d. "direttiva quadro"), come modificata dalla direttiva 2009/140/CE (corrispondenti agli artt. 3, 4, 6, 8 par. 1, 25 e considerando 34, 37 della direttiva (UE) 2018/1972 c), anche in relazione al "considerando" n. 13 di quest'ultima direttiva, difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà, per l'adesione ad un'interpretazione riduttiva del principio di indipendenza delle ANR e per un'acritica adesione alla posizione delle amministrazioni intimato;

- error in iudicando, violazione e falsa applicazione degli artt. 8 e 9 della direttiva quadro, degli artt. 3, 5 e 7 della direttiva autorizzazioni (corrispondenti agli artt. 3, 4, 12, 13, 25, 45, 46, 48, 49, 52, 55 e considerando 34, 37, 107, 125, 129 della direttiva (UE) 2018/1972 cit.) e degli artt. 2 e 4 della direttiva concorrenza, violazione dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, diversi profili di eccesso di potere, in quanto le reti illegittimamente detenute dagli incumbent sono state oggetto di conversione ed equiparate alle reti legittimamente esercite, non si è garantito il principio della continuità dell'offerta, nella misura in cui Europa Way si è vista dimezzare la propria frequenza al pari dei suoi concorrenti, nonostante la stessa esercisse già da anni la propria rete in tecnologia DVB-T2;

- analoghi vizi nella parte in cui ha rigettato il terzo motivo di ricorso proposto da Europa Way in merito all'infrazionabilità dei MUX;

- error in iudicando, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19.2 TUE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, del principio di effettività e del diritto all'equo processo, del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e del principio dell'autonomia e indipendenza dei giudici (art. 104 Cost.), difetto della motivazione, in relazione ai limiti di tutela di cui all'art. 1 co. 1037 Legge di Bilancio 2018;

- error in iudicando, violazione degli artt. 1 e 7 Legge 7.8.1990, n. 241 e dei principi del giusto procedimento amministrativo nonché dei principi di trasparenza, di partecipazione procedimentale e del contraddittorio, dell'art. 3 Costituzione e del principio di non discriminazione, per violazione delle garanzie procedurali, in quanto l'Autorità ha precluso all'odierna appellante di essere sentita in audizione;

- error in iudicando per violazione del diritto al pluralismo dell'informazione (artt. 21 e 117.1), del diritto di proprietà (artt. 42.3 e 117.1), della libertà di concorrenza (art. 117, secondo comma, lett. e) Cost.), dei principi costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.). Difetto di motivazione.

Veniva altresì proposta domanda risarcitoria.

L'Autorità di settore, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'economia e delle finanze, Rai, Mediaset ed elettronica industriale si costituivano in giudizio e, replicando su tutte le censure dedotte, chiedevano la declaratoria di inammissibilità ed il rigetto dell'appello; le altre parti intimare non si costituivano in giudizio.

Impugnative analoghe ma aventi diversità di scopo venivano proposte in separati appelli da Persidera spa e da Cairo Network s.r.l.

Con ordinanza n. 5780 del 2023 veniva disposta istruttoria – di latitudine ampia al fine di soddisfare le esigenze del complesso del contenzioso proposto aventi aspetti di connessione ed interdipendenza pur nella diversità delle posizioni delle imprese appellanti - al fine di acquisire, dall'Autorità e dal Ministero delle Imprese e del Made in Italy, “una relazione illustrativa nella quale dovrà indicarsi:

- i) se e con quali modalità l'Autorità abbia (al di là dell'azione di ottemperanza promossa a suo tempo) in via generale adempiuto al giudicato di cui alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 26 luglio 2017, nella causa C- 112 /16 che imponeva - sia pure nella diversa vicenda del passaggio dall'analogico al digitale - la preventiva esclusione delle frequenze illegittimamente esercite dagli “incumbent” del mercato televisivo italiano (frequenze dalle quali, dunque, gli operatori non possono trarre vantaggio in sede di redistribuzione delle frequenze in occasione di passaggi tecnologici) e, inoltre, se questo sia avvenuto in sede di redazione del PNAF attualmente a giudizio o antecedentemente o successivamente;
- ii) se, al contrario, non vi abbia adempiuto, quali siano le ragioni del mancato adempimento e, inoltre, se siano stati adottati in occasione del “refarming” per la banda larga e dell'adozione del PNAF altri interventi di tipo compensativo per riportare fra gli operatori la parità di trattamento ed eliminare situazioni di privilegio e quali siano stati tali interventi;
- iii) quale valutazione tecnica conduca al criterio di conversione dei MUX nel passaggio dalla tecnologia DVB -T a DVB-T2 pari a 0,5;
- iv) se si sia tenuto conto in modo differenziato e in che termini dei soggetti che

avevano ottenuto una concessione con clausola nel bando del 2014 la quale prevedeva che, all'atto della liberazione delle frequenze per il programmato "refarming", sarebbe stata assicurata una frequenza di analoga copertura e durata;

v) se si sia tenuto conto in modo differenziato e in che termini dei soggetti già esercenti in DVB-T2 o se questi siano stati trattati come gli altri e per quali ragioni tecniche;

vi) se la conversione con il criterio 0,5 garantisca in via generale e per quali ragioni una equivalenza, nonché la neutralità tecnologica e la continuità di trasmissione.

In data 24 luglio 2023 veniva depositata la relazione in adempimento dell'ordine istruttorio, cui seguivano le memorie delle parti costituite.

Alla pubblica udienza del 28 settembre 2023 la causa passava in decisione.

1.5 Con la presente ordinanza si provvede al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in ordine alle questioni dedotte da parte appellante.

2. I presupposti del rinvio pregiudiziale.

2.1 In via preliminare, a fronte della pacifica qualificazione del Consiglio di Stato quale giudice di ultima istanza, va richiamata la giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. da ultimo Grande sezione 6 ottobre 2021) a mente della quale l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno, deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi.

La configurabilità di siffatta eventualità deve essere valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto dell'Unione, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze giurisprudenziali in seno

all'Unione.

2.2 Nel caso di specie, in primo luogo la questione risulta prima facie rilevante, atteso che la deduzione investe direttamente la legittimità degli atti impugnati.

In secondo luogo, le disposizioni richiamate dalla parte appellante ed applicate alla fattispecie risultano essere state adottate – temporalmente - in seguito all'esito di un contenzioso deciso anche sulla scorta di una precedente sentenza della Corte di giustizia, con la conseguenza che occorre sottoporre alla verifica del medesimo organo la controversa conformità delle determinazioni ai principi ivi espressi ed alla disciplina europea; ciò in specie in considerazione del mutato quadro normativo interno, la cui coerenza alla predetta disciplina europea appare invero alquanto dubbia.

2.3 In terzo luogo, non si ravvisano precedenti specifici né può dirsi alla luce delle sentenze Corte UE Cilfit (Sentenza del 6 ottobre 1982, in causa 283/81, EU:C:1982:335) e Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi (sentenza 19 aprile 2018 C-152/17, EU:C:2018:264) che sussistano le situazioni in presenza delle quali il giudice di ultima istanza è liberato dall'obbligo di rimessione.

Tali situazioni sono alternativamente le seguenti :

- i) la questione non è rilevante per dirimere la controversia;
- ii) la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto di interpretazione da parte della Corte;
- iii) la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi.

Appare utile ripercorrere brevemente il contenuto dell'art. 267 TFUE, che stabilisce la competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione e sulla validità dei Trattati, e i criteri elaborati dalla sentenza CILFIT.

La norma, al terzo comma, precisa che se la questione è sollevata dinanzi ad una giurisdizione “avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale

di diritto interno”, tale giudice non ha solo la facoltà di adire la Corte, bensì “è tenuto” a rivolgersi al giudice comunitario. La ratio è quella di configurare un obbligo di rinvio pregiudiziale in capo al giudice di ultima istanza, ogniqualvolta il contesto in cui l’eccezione è sollevata rappresenti l’ultima chance per chiarire una determinata questione interpretativa

Non può dubitarsi dopo la sentenza Ranstad (Corte Giust., Grande Sezione, 21 dicembre 2021, C-497/20) che il Consiglio di Stato sia giudice di ultima istanza nell’ambito della propria giurisdizione.

Occorre ricordare che, anche in presenza di una giurisprudenza della Corte che risolve il punto di diritto di cui trattasi, i giudici nazionali mantengono la più ampia facoltà di adire la Corte qualora lo ritengano opportuno, senza che il fatto che le disposizioni di cui si chiede l’interpretazione siano già state interpretate dalla Corte abbia l’effetto di ostacolare una nuova pronuncia da parte della stessa (sentenze del 17 luglio 2014, Torresi, C58/13 e C59/13, EU:C:2014:2088, punto 32 nonché giurisprudenza ivi citata, e del 3 marzo 2020, Tesco-Global Áruházak, C323/18, EU:C:2020:140, punto 46).

Al di là dei casi del difetto di rilevanza e della esistenza di un precedente in termini risulta – ed è il caso più delicato - che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno può altresì astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell’Unione e risolverla sotto la propria responsabilità qualora l’interpretazione corretta del diritto dell’Unione s’imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi (v., in tal senso, sentenze del 6 ottobre 1982, Cilfit e a., 283/81, EU:C:1982:335, punti 16 e 21, nonché del 9 settembre 2015, Ferreira da Silva e Brito e a., C160/14, EU:C:2015:565, punto 38).

2.4 Lo scrutinio dell’atto chiaro deve avvenire secondo le coordinate ermeneutiche fissate dai punti da 40 a 46 della citata sentenza Catania Multiservizi (anche nota come Cilfit II), punti che qui si riportano :

“40 Prima di concludere nel senso dell’esistenza di una situazione di tal genere, il

giudice nazionale di ultima istanza deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe altresì ai giudici di ultima istanza degli altri Stati membri e alla Corte (v., in tal senso, sentenze del 6 ottobre 1982, Cilfit e a., 283/81, EU:C:1982:335, punto 16; del 15 settembre 2005, Intermodal Transports, C495/03, EU:C:2005:552, punto 39, del 9 settembre 2015, Ferreira da Silva e Brito e a., C160/14, EU:C:2015:565, punto 42, nonché del 28 luglio 2016, Association France Nature Environnement, C379/15, EU:C:2016:603, punto 48).

41 Inoltre, la configurabilità dell'eventualità di cui al punto 39 della presente sentenza va valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto dell'Unione, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze giurisprudenziali in seno all'Unione (sentenze del 6 ottobre 1982, Cilfit e a., 283/81, EU:C:1982:335, punto 17, e del 9 settembre 2015, Ferreira da Silva e Brito e a., C160/14, EU:C:2015:565, punto 39 nonché giurisprudenza ivi citata).

42 Si deve innanzitutto tener conto del fatto che le disposizioni del diritto dell'Unione sono redatte in diverse lingue e che le varie versioni linguistiche fanno fede nella stessa misura (sentenza del 6 ottobre 1982, Cilfit e a., 283/81, EU:C:1982:335, punto 18).

43 Infatti, conformemente a una giurisprudenza costante della Corte, una delle versioni linguistiche di una disposizione del diritto dell'Unione non può essere l'unico elemento a sostegno dell'interpretazione della disposizione medesima, né si può attribuire ad essa un carattere prioritario rispetto alle altre versioni linguistiche. Le norme dell'Unione devono essere, infatti, interpretate ed applicate in modo uniforme, alla luce delle versioni vigenti in tutte le lingue dell'Unione (v., in particolare, sentenza del 24 marzo 2021, A, C950/19, EU:C:2021:230, punto 37 e giurisprudenza ivi citata).

44 Se un giudice nazionale di ultima istanza non può certamente essere tenuto a effettuare, a tal riguardo, un esame di ciascuna delle versioni linguistiche della

disposizione dell'Unione di cui trattasi, ciò non toglie che esso deve tener conto delle divergenze tra le versioni linguistiche di tale disposizione di cui è a conoscenza, segnatamente quando tali divergenze sono esposte dalle parti e sono comprovate.

45 Va poi rilevato che il diritto dell'Unione impiega una terminologia che gli è propria e nozioni autonome che non presentano necessariamente lo stesso contenuto delle nozioni equivalenti che possono esistere nei diritti nazionali (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 1982, Cilfit e a., 283/81, EU:C:1982:335, punto 19).

46 Infine, ciascuna disposizione di diritto dell'Unione, deve essere collocata nel suo contesto e interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni di tale diritto, delle sue finalità e dello stadio della sua evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione in parola (sentenze del 6 ottobre 1982, Cilfit e a., 283/81, EU:C:1982:335, punto 20, nonché del 28 luglio 2016, Association France Nature Environnement, C379/15, EU:C:2016:603, punto 49).

47 Pertanto, solo nel caso in cui un giudice nazionale di ultima istanza, con l'ausilio dei criteri interpretativi menzionati ai punti da 40 a 46 della presente sentenza, concluda per l'assenza di elementi atti a far sorgere un dubbio ragionevole quanto all'interpretazione corretta del diritto dell'Unione, esso potrà astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell'Unione e risolverla sotto la propria responsabilità.”

Brevi considerazioni devono essere fatte sulla rilevanza delle questioni che saranno illustrate di seguito alla luce dell'eccezione di improcedibilità sollevata in particolare da Mediaset ed Elettronica Industriale.

In particolare, Elettronica Industriale SpA e Mediaset SpA eccepiscono che Europa Way non avrebbe impugnato i provvedimenti conclusivi della procedura di gara bandita dal MISE con avviso del 18 aprile 2021, n. 101, segnatamente la delibera 564/20/CONS.

Parte appellante ha richiesto l'annullamento di tali atti con ricorso iscritto al n. RG 239/2021 e successivi atti di motivi aggiunti, e il relativo giudizio è pendente dinanzi al TAR Lazio.

La pendenza di tale impugnazione non consente di escludere per il diritto processuale italiano, allo stato, l'interesse di Europa way alla presente impugnativa che ha ad oggetto il complesso degli atti di refarming delle frequenze radiotelevisive in Italia allo scopo di chiederne la verifica ai sensi del diritto unionale (anche alla luce delle complesse vicende che hanno connotato la storia del sistema radiotelevisivo italiano e ben note alla Corte Ue).

Ben diversa sarebbe la conclusione nel caso di esito negativo del contenzioso impiantato da Europa way avverso gli atti di esclusione dalla procedura.

Quanto all'esonero dall'obbligo di rimessione al giudice europeo va detto che non si ravvisano precedenti specifici in ordine alla compatibilità con il diritto unionale del diritto interno che ha disciplinato il passaggio dal digitale alla tecnologia 5 G.

Alla luce della giurisprudenza Cilfit ritiene quindi il Collegio che risulti obbligatoria la rimessione alla Corte UE delle questioni di illegittimità del diritto interno alla luce del diritto unionale poste nel ricorso introduttivo da Europa Way .

2.5. Il quadro della giurisprudenza costituzionale sul sistema radiotelevisivo italiano.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale italiana consente di evidenziare la presenza di una situazione di "squilibrio" fra gli operatori riguardante Mediaset e Rai dovuta originariamente alla violazione di limiti anticoncentrativi previsti dalla legge italiana e mai rimossi con misure strutturali ossia con il trasferimento delle reti ad altri operatori ma fatti oggetto - nel succedersi delle complesse vicende storiche che hanno connotato l'avvento di nuove tecnologie trasmissive - di svariate misure di riequilibrio la cui adeguatezza non può non essere valutata dalla Corte Ue, già investita di precedenti contenziosi relativi al mercato televisivo italiano.

La giurisprudenza costituzionale è citata per i precedenti più rilevanti nella parte di questa ordinanza che pone il quarto quesito, (paragrafi n. 11 e seguenti della

presente ordinanza).

2.6. La risalente violazione del diritto dei contratti a danno di Europa Way come vincitrice della gara per la concessione di frequenze televisive nel sistema analogico.

La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 7 giugno 2012 - Ricorso n. 38433/09 Centro Europa 7 s.r.l. e Di Stefano c. Italia illustra le complesse vicende dell'emittente che oggi è denominata Europa way nel tentativo di vedersi assegnate le frequenze radiotelevisive delle gare espletate dall'amministrazione italiana al tempo in cui vigeva la disciplina concessoria ossia prima del passaggio al digitale terrestre che ha ampliato le capacità trasmissive.

A seguito della partecipazione alla procedura prevista dall'art. 3, comma 2 della l. n. 249 del 1997, con decreto ministeriale del 28 luglio 1999 la società "Centro Europa 7" si vedeva rilasciare una concessione per la radiodiffusione televisiva in ambito nazionale, che la autorizzava a installare e gestire una rete radiotelevisiva analogica nazionale con una copertura dell'80 per cento del territorio nazionale; per l'effettivo rilascio delle frequenze necessarie alla gestione della rete, la concessione rinviava alle previsioni del piano nazionale di assegnazione delle radiofrequenze adottato dall'AGCOM il 30 ottobre 1998, piano che però, come è noto, non fu mai attuato, a causa della prolungata applicazione del regime transitorio di cui all'art. 3, comma 6 e 7, della stessa l. n. 249

del 1997. Le disposizioni transitorie prevedevano che gli esercenti attività radiotelevisiva in ambito nazionale che superassero i limiti di cui all'art. 2, comma 6 della legge n. 249 (secondo cui nessun soggetto, direttamente o indirettamente, poteva controllare più del 20 per cento delle reti televisive o radiofoniche nazionali) erano transitoriamente autorizzati a "proseguire in via transitoria, successivamente alla data del 30 aprile 1998, l'esercizio delle reti eccedenti gli stessi limiti", alla sola condizione che le trasmissioni fossero effettuate "contemporaneamente su frequenze terrestri e via satellite o via cavo" (art. 3, comma 6) e affidavano

all'AGCOM il compito di stabilire, "in relazione all'effettivo e congruo sviluppo dell'utenza dei programmi radiotelevisivi via satellite e via cavo", il termine entro il quale i programmi delle c.d. "reti eccedenti" sarebbero dovuti essere trasmessi "esclusivamente via satellite o via cavo" (art. 3, comma 7).

l'AGCOM tardò alcuni anni a fissare tale termine, e ciò fece sì che la società "Centro Europa 7", pur risultando titolare di una concessione, si trovasse nell'impossibilità di trasmettere a causa della mancata assegnazione delle frequenze: tale situazione si protrasse anche dopo che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 466 del 2002, aveva stabilito che la definitiva dismissione delle frequenze terrestri da parte delle reti c.d. "eccedenti" (condizione per la riassegnazione delle frequenze stesse agli operatori titolari delle concessioni del 1999, tra cui la stessa "Centro Europa 7") dovesse improrogabilmente avvenire entro il 31 dicembre 2003.

Ed infatti, dapprima, con il d. l. n. 352 del 2003, convertito in legge n. 43 del 2004, il Governo, ignorando le indicazioni della Corte costituzionale, prorogò la scadenza del termine sino alla conclusione dell'inchiesta dell'AGCOM sullo sviluppo delle tecnologie di trasmissione alternative alla televisione analogica terrestre; e successivamente, la legge n. 112 del 2004 (c.d. "legge Gasparri"), nel dettare una nuova disciplina del sistema televisivo imperniata sulla (ritenuta) imminente transizione alla tecnologia digitale terrestre, ridefinì completamente sia le norme sui limiti alle concentrazioni, sia la disciplina del periodo transitorio, con ciò superando le indicazioni della Corte costituzionale per effetto del nuovo quadro tecnologico ma con un effetto di "trascinamento" dell'anzidetta situazione "storica" richiamata costantemente nei vari contenziosi che si sono succeduti in materia.

Nelle more della fissazione del termine per il passaggio dall'analogico a tecnologie alternative, la società aveva avviato, alla fine del 2003, un ulteriore contenzioso innanzi il T.A.R. per il Lazio, chiedendo, oltre al riconoscimento del suo diritto ad ottenere l'attribuzione delle frequenze, il risarcimento del danno subito per il mancato rilascio delle stesse: il 16 settembre

2004, il T.A.R. dichiarava in parte inammissibile e in parte infondato il ricorso, affermando che la società ricorrente non era titolare di un diritto soggettivo, ma di un semplice interesse legittimo all'ottenimento delle frequenze ; contro tale decisione la società ricorreva in appello al Consiglio di Stato, contestando, tra l'altro, la conformità al diritto comunitario dei provvedimenti legislativi intervenuti successivamente al ricorso di primo grado (d. l. n. 352 del 2003 e legge n. 112 del 2004), con i quali la situazione transitoria era stata ulteriormente prorogata, in contrasto con quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 466 del 2002.

Il 19 aprile 2005, il Consiglio di Stato, osservando che la mancata attribuzione delle radiofrequenze era dovuta essenzialmente ad un succedersi di provvedimenti legislativi (a partire dall'art. 3, comma 7 della l. n. 240 del 1997 per giungere al d. l. n. 352 del 2003 ed alla l. n. 112 del 2004), alcuni dei quali adottati in contrasto con quanto statuito dalla Corte costituzionale nella richiamata sentenza del 2002, decideva di sollevare una questione pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Giustizia UE, chiedendo a quest'ultima di pronunciarsi sulla conformità di tale situazione con l'art. 10 della CEDU, in quanto richiamato dall'art. 6 del Trattato sull'Unione, con le norme del Trattato in materia di libera prestazione dei servizi e di concorrenza, nonché, per quanto applicabili *ratione temporis*, con le previsioni delle direttive 2002/21/CE (direttiva "quadro"), 2002/20/CE (direttiva "autorizzazioni") e 2002/77/CE (direttiva "concorrenza") (cfr. Cds VI 19/7/2005 n. 3846).

Sulla questione pregiudiziale la Corte di Giustizia si è pronunciata, come è noto, con la sentenza del 31 gennaio 2008 , nella quale, dichiarate irricevibili alcune questioni, ha accolto quelle relative all'art. 49 del Trattato, nonché quelle relative alle norme della direttiva "quadro" (art. 9, par. 1) della direttiva "autorizzazioni" (art. 5, par. 1 e 2, e art. 7, par. 3) e della "direttiva concorrenza" (art. 4), stabilendo che tali norme "ostano, in materia di radiodiffusione televisiva, a una legislazione

nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nella impossibilità di trasmettere in difetto di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri oggettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati”; la Corte di Giustizia ha invece ritenuto di non pronunciarsi sulla questione concernente l’art.10 CEDU, osservando che l’intervenuto accertamento della violazione del diritto comunitario era sufficiente al Consiglio di Stato per pronunciarsi sulla domanda di risarcimento del danno.

Pur evitando di pronunciarsi sull’allegata violazione dell’art. 10 CEDU, la Corte di Giustizia UE ha quindi chiaramente affermato l’incompatibilità con il diritto comunitario della situazione venutasi a creare in Italia in relazione al problema della distribuzione delle frequenze per attività radiotelevisiva; l’impatto della pronuncia della Corte UE è stato accresciuto dal fatto che nel frattempo, con la lettera di messa in mora del 25 luglio 2006 e con il parere motivato del 18 luglio 2007, la Commissione europea aveva altresì avviato una procedura di infrazione (n. 2005/5086) contro l’Italia per il mancato adeguamento della legislazione in materia radiotelevisiva alle prescrizioni comunitarie.

A seguito della decisione della Corte, il Consiglio di Stato, con decisione del 31 maggio 2008, pur ribadendo di non potersi sostituire al Governo nell’attribuzione diretta delle frequenze, ribadiva l’obbligo per l’amministrazione di dar seguito alla domanda di assegnazione delle frequenze a suo tempo formulata dalla ricorrente, nel rispetto dei criteri indicati dalla Corte di Giustizia ; l’amministrazione finalmente si risolveva a proporre la concessione a Centro Europa 7 di un canale televisivo nazionale a partire dal 30 giugno 2009; a seguito di tale provvedimento, nonché di successivi accordi tra il Ministero e la Società a decorrere dal 30 giugno 2009, quindi circa 10 anni dopo il rilascio della concessione, Centro Europa 7 ha potuto iniziare ad utilizzare una rete televisiva nazionale.

Tale vicenda pur non attuale è sullo sfondo storico di questo contenzioso che tuttavia si verifica in un quadro regolatorio profondamente diverso.

2.7 Il risarcimento danni ottenuto da Europa way

Per tali vicende e le difficoltà incontrate nell'attivazione degli impianti Europa way ha attivato con successo anche azioni risarcitorie nei confronti dell'amministrazione italiana (su cui si è avuta di recente la pronuncia CdS VI n. 4099 del 2022).

3. Il primo procedimento sulla situazione di Europa way nella transizione al digitale terrestre.

3.1 L'attuale contenzioso – relativo al passaggio dalla tecnologia digitale al 5 g (c.d. refarming - ha avuto un precedente che deve essere riassunto : si tratta del contenzioso relativo al passaggio verso il digitale.

La controversia precedente ha riguardato il Piano nazionale di assegnazione delle frequenze da destinare al servizio televisivo digitale terrestre.

3.2 La transizione verso il digitale in Italia è cominciata in pendenza di un procedimento per dichiarazione di inadempimento avverso tale Stato membro avviato nel 2006, vertente sulla compatibilità della normativa italiana relativa alla gestione delle radiofrequenze di radiodiffusione televisiva, alla transizione verso il digitale e all'assegnazione delle radiofrequenze digitali con le disposizioni della direttiva quadro nonché delle direttive «autorizzazioni» e «concorrenza» (citare gli estremi del procedimento per inadempimento e delle direttive). Nel suo parere motivato del 19 luglio 2007 la Commissione europea, in sostanza, ha rilevato che tale normativa nazionale, limitando l'accesso al mercato della radio e della televisione digitali solo agli operatori che già operavano con la tecnica analogica, sottraeva questi ultimi alla concorrenza in detto mercato. Il governo italiano ha adottato diverse misure al fine di rendere tale normativa compatibile con il diritto dell'Unione.

3.3 In tale contesto, l'AGCOM ha adottato la delibera 181/09/CONS, del 7 aprile 2009, recepita poi in un testo avente valore di legge con la legge del 7 luglio 2009, n. 88. In tale delibera l'AGCOM ha fissato i criteri per la digitalizzazione completa delle reti televisive terrestri.

Questa delibera prevedeva in particolare l'assegnazione di 21 multiplex nazionali, che consentono di raggruppare in un flusso di dati comune diversi segnali e di veicolare contemporaneamente più servizi di televisione digitale terrestre. Ai fini della loro ripartizione tra i nuovi operatori, gli operatori che avevano creato reti digitali e quelli che già esercivano reti analogiche, tali multiplex sono stati suddivisi in tre gruppi da attribuirsi secondo criteri differenti. Era inoltre previsto che, al termine della procedura di selezione, nessun operatore potesse ottenere più di cinque multiplex nazionali.

In particolare, le radiofrequenze disponibili provenienti dal c.d. dividendo digitale (ossia le frequenze risultanti dopo l'assegnazione delle frequenze a tutti gli operatori), dovevano essere assegnate gratuitamente agli operatori con i requisiti stabiliti all'esito di una procedura di selezione organizzata secondo il cosiddetto modello del «beauty contest».

Tale «beauty contest» riguardava inizialmente cinque multiplex, ossia sistemi di diffusione del segnale ciascuno dei quali consente la trasmissione contemporanea di più servizi di televisione digitale terrestre. Detti multiplex erano suddivisi in due parti. I tre multiplex della parte A erano riservati ai nuovi entranti e ai piccoli operatori. Non potevano essere assegnati alla Radiotelevisione Italiana SpA (RAI), a Mediaset e alla Telecom Italia Media Broadcasting, divenuta Persidera. La parte B era pari a due multiplex aperti a qualsiasi offerente, con il limite di un solo multiplex per la RAI e Mediaset, in conseguenza della peculiare situazione del mercato prima ricordata .

3.4 Le regole del «beauty contest» sono state definitivamente approvate con la delibera 497/10/CONS dell'AGCOM, del 22 settembre 2010, in seguito a consultazione pubblica e previa approvazione del piano di assegnazione delle radiofrequenze digitali. In tale fase, il multiplex C1 è stato aggiunto ai cinque multiplex sopra citati, oggetto del «beauty contest».

Il bando è stato pubblicato dal Ministro dello Sviluppo economico l'8 luglio 2011. La Europa Way e la Persidera sono state ammesse a partecipare alla procedura.

Queste due società risultavano uniche offerenti ciascuna per uno specifico multiplex, tenendo comunque presente che la Persidera aveva concorso per l'assegnazione di tre multiplex.

3.5 Con decreto del 20 gennaio 2012, il Ministero dello Sviluppo economico ha sospeso il «beauty contest». Tale concorso è stato infine annullato dall'articolo 3 quinquies del decreto legge del 2 marzo 2012, n. 16 - Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento - convertito nella legge del 26 aprile 2012, n. 44 (in prosieguo: il «decreto legge n. 16/2012»). Si è inoltre deciso che il «beauty contest» sarebbe stato sostituito da una procedura di selezione pubblica onerosa, basata su un meccanismo di gara secondo le priorità e i criteri definiti dall'AGCOM, e che gli operatori che avevano partecipato a detto concorso avrebbero ricevuto un indennizzo.

3.6 L'AGCOM, dopo aver proceduto a una consultazione pubblica, ha adottato la delibera 277/13/CONS, dell'11 aprile 2013, contenente le regole della nuova procedura di selezione. In tale delibera l'AGCOM ha riconfigurato il piano di assegnazione delle radiofrequenze, riducendo in particolare da 25 a 22 il numero di radiofrequenze destinate alla diffusione televisiva in digitale terrestre, e ha disposto che i multiplex da attribuire fossero tre. Solamente gli operatori nuovi entranti e i piccoli operatori, ad esclusione degli operatori che già disponevano di almeno tre multiplex, potevano candidarsi per tali multiplex.

Il bando è stato pubblicato il 12 febbraio 2014. Né la Europa Way né la Persidera hanno partecipato alla nuova gara.

4. Il precedente giudizio.

La Europa Way e la Persidera hanno proposto ricorsi dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio avverso l'annullamento del «beauty contest» e la sua sostituzione tramite procedura di gara onerosa.

4.1 Nell'ambito del contenzioso, sulla scorta del rinvio pregiudiziale disposto da

questo Consiglio in sede di appello sulla sentenza di rigetto del Tar Lazio, è intervenuta la pronuncia del 26 luglio 2017 (n. 560) con cui codesta Corte di giustizia ha statuito quanto segue:

“1 L'articolo 3, paragrafo 3 bis, della direttiva 2002/21/CE 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), come modificata dalla direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, dev'essere interpretato nel senso che esso osta all'annullamento, da parte del legislatore nazionale, di una procedura di selezione per l'assegnazione di radiofrequenze in corso di svolgimento organizzata dall'autorità nazionale di regolamentazione competente, in circostanze quali quelle di cui al procedimento principale, che era stata sospesa da una decisione ministeriale.

2 L'articolo 9 della direttiva 2002/21, come modificata dalla direttiva 2009/140, gli articoli 3,5 e 7 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), come modificata dalla direttiva 2009/140, nonché gli articoli 2 e 4 della direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a che una procedura gratuita di selezione per l'assegnazione di radiofrequenze, indetta per rimediare all'illegittima esclusione di taluni operatori del mercato, sia sostituita da una procedura onerosa, fondata su un piano riconfigurato di assegnazione delle radiofrequenze a seguito di una riduzione del numero di queste ultime, purché la nuova procedura di selezione sia basata su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati e sia conforme agli obiettivi definiti all'articolo 8, paragrafi da 2 a 4, della direttiva 2002/21, come modificata. Spetta al giudice del rinvio verificare, alla luce di tutte le circostanze pertinenti, se le condizioni stabilite dalla procedura di selezione onerosa siano tali

da consentire un effettivo ingresso di nuovi operatori sul mercato della televisione digitale senza indebitamente avvantaggiare gli operatori già presenti sul mercato della televisione analogica o digitale.

3 Il principio della tutela del legittimo affidamento dev'essere interpretato nel senso che esso non osta all'annullamento di una procedura di selezione per l'assegnazione delle radiofrequenze per il solo fatto che taluni operatori, quali i ricorrenti di cui al procedimento principale, erano stati ammessi a detta procedura e, in quanto unici offerenti, si sarebbero visti assegnare diritti d'uso di radiofrequenze per la diffusione terrestre con tecnica digitale di programmi radiofonici e televisivi se la procedura non fosse stata annullata”.

4.2 Con una parallela decisione in pari data (n. 112) la stessa Corte di Giustizia, sul ricorso di Persidera, ha altresì statuito:

"1) L'articolo 9 della direttiva 2002/21/CE 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), come modificata dalla direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, gli articoli 3, 5 e 7 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), come modificata dalla direttiva 2009/140, nonché gli articoli 2 e 4 della direttiva 2002/177/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una disposizione nazionale la quale, ai fini della conversione delle reti analogiche esistenti in reti digitali, tenga conto delle reti analogiche illegittimamente esercitate, in quanto essa porta a prolungare o addirittura a rafforzare un vantaggio concorrenziale indebito;

2) i principi di non discriminazione e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una disposizione nazionale la quale, in applicazione di

un medesimo criterio di conversione, determini nei confronti di un operatore una riduzione del numero di reti digitali assegnate rispetto al numero di reti analogiche esercite in proporzione più elevata di quella imposta ai suoi concorrenti, a meno che detta disposizione non sia oggettivamente giustificata e proporzionata al suo obiettivo. La continuità dell'offerta televisiva costituisce un obiettivo legittimo idoneo a giustificare una siffatta diversità di trattamento. Tuttavia, una disposizione che portasse ad assegnare, agli operatori già presenti sul mercato, un numero di radiofrequenze digitali superiore al numero che sarebbe sufficiente per assicurare la continuità della loro offerta televisiva andrebbe oltre quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo di cui sopra e sarebbe, dunque, sproporzionata".

4.3 A valle dei citati pronunciamenti, questo Consiglio ha emesso la sentenza n. 5929/2018 del 16 ottobre 2018, con la quale ha così statuito:

“5.1. Questa Sezione, con l’ordinanza n. 4774 del 16 ottobre 2015 di cui si è fatto cenno nella parte in fatto (v., supra, § 16.3.), tenuto conto proprio delle censure sollevate dalle due appellanti Europa Way s.r.l. e Persidera s.p.a., ha ritenuto di dover sottoporre alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, tra le altre questioni, il quesito se l’intervento normativo contestato e i conseguenti atti applicativi abbiano o meno violato le regole secondo le quali le funzioni di regolamentazione del mercato televisivo spettano ad una autorità amministrativa indipendente (artt. 3 ed 8 della Direttiva n. 2002/21/CE, c.d. direttiva quadro, come modificata dalla Direttiva n. 2009/140/CE).

5.2. Con la sentenza del 26 luglio 2017 in C-560/15, pronunciata proprio nella fase incidentale del presente giudizio, la Corte di Giustizia dell’Unione europea ha risposto, per quanto concerne il primo quesito che viene qui in rilievo, che l’art. 5, par. 3-bis, della Direttiva n. 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (c.d. direttiva quadro), come modificata dalla Direttiva n. 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che

osta all'annullamento, da parte del legislatore nazionale, di una procedura di selezione per l'assegnazione di radiofrequenze in corso di svolgimento organizzata dall'autorità nazionale di regolamentazione competenze, in circostanze quali quelle oggetto del presente giudizio, che era stata sospesa da una decisione ministeriale.

5.3. Il giudice europeo ha chiarito che, con la Direttiva 2009/140/CE e come emerge dal considerando 13 della medesima, l'Unione ha inteso rafforzare l'indipendenza delle ANR per garantire un'applicazione più efficace del quadro normativo, accrescere la loro autorità ed assicurare una maggiore prevedibilità delle loro decisioni.

5.4. La Corte di Giustizia ha rammentato che nell'ambito di tale quadro normativo secondo il citato considerando n. 13, a tale fine, è opportuno prevedere, nella legislazione nazionale, una disposizione esplicita che garantisca che un'Autorità Nazionale di Regolamentazione (di qui in avanti, per brevità, anche ANR), responsabile della regolamentazione ex ante del mercato o della risoluzione di controversie tra le imprese del settore, sia al riparo nell'esercizio delle proprie funzioni da qualsiasi intervento esterno o da qualsivoglia pressione politica che potrebbe compromettere la sua imparzialità di giudizio nelle questioni che è chiamata a dirimere.

5.5. Questo obiettivo di rafforzamento dell'indipendenza e dell'imparzialità delle ANR trova riscontro nell'art. 3, par. 3-bis, della direttiva quadro, secondo il quale le ANR responsabili della regolamentazione ex ante del mercato o della risoluzione delle controversie tra imprese devono operare in piena indipendenza e non sollecitare né accettare istruzioni da parte di altri organismi nell'esercizio delle loro funzioni.

5.6. La medesima disposizione prevede nondimeno la possibilità di una supervisione, ad opera del diritto costituzionale nazionale, e precisa che solo gli organi di ricorso istituiti a norma dell'art. 4 della direttiva quadro hanno la facoltà

di sospendere o confutare le decisioni prese dalle ANR.

5.7. La direttiva quadro conferisce alle ANR delle funzioni specifiche di regolamentazione, definite dagli artt. 8-13 della medesima direttiva.

5.8. Ai sensi dell'art. 9, par. 1, primo comma, della direttiva in parola, l'attribuzione degli spettri ai fini dei servizi di comunicazione elettronica e la concessione di autorizzazioni generali o di diritto d'uso individuali in materia sono compito di tali autorità.

5.9. La Corte di Giustizia, in virtù di tale quadro normativo chiaro, preciso, incondizionato, ha quindi evidenziato che l'organizzazione di una procedura selettiva ai fini dell'assegnazione delle radiofrequenze digitali, quale il beauty contest, rientra nell'esercizio delle funzioni di regolamentazione, ai sensi della direttiva quadro, spettanti ad una ANR.

6. L'indipendenza di una simile autorità sarebbe compromessa se fosse consentito ad enti esterni, quali il Ministero dello Sviluppo Economico italiano e lo stesso legislatore nazionale, di sospendere o persino di annullare, come è avvenuto nel caso di specie e al di fuori delle ipotesi di supervisione – pure ammessa dalla stessa Corte di Giustizia – e di ricorso di cui all'art. 3, par. 3-bis, primo comma, della direttiva quadro, una procedura di selezione per l'assegnazione delle radiofrequenze in corso di svolgimento organizzata sotto la responsabilità di tale autorità.

6.1. La Corte ha rilevato, in base alle risultanze del fascicolo a sua disposizione, che nel caso di specie «il legislatore italiano è intervenuto, facendo seguito all'intervento del Ministro dello Sviluppo economico, in una procedura di selezione in corso organizzata dall'AGCOM e vi ha posto fine» ed ha ritenuto pacifico che, così facendo, «il legislatore nazionale ed il Ministro dello Sviluppo economico non hanno agito in qualità di organi competenti a conoscere dei ricorsi, ai sensi dell'art. 4 della direttiva quadro, organi che, a norma dell'articolo 3, paragrafo 3bis, di tale direttiva, sono gli unici a poter sospendere o invalidare le decisioni prese dalle ANR», pervenendo alla netta, chiara, affermazione secondo cui,

«pertanto, la necessità di garantire l'indipendenza delle ANR osta a simili interventi» (§ 57 della sentenza in C-560/15).

6.2. Il giudice europeo ha così chiarito, in termini inequivocabili, che l'art. 3, par. 3-bis, della direttiva quadro deve essere interpretato nel senso che esso osta all'annullamento, da parte del legislatore nazionale, di una procedura di selezione per l'assegnazione delle radiofrequenze in corso di svolgimento organizzata dall'ANR competente, in circostanze quali quelle oggetto del presente giudizio, che era stata sospesa da una decisione ministeriale.

6.2.1. Né sembra condivisibile l'argomento di Cairo Network s.r.l., secondo cui il principio di separazione delle competenze tra legislatore e autorità indipendente non sarebbe applicabile al caso di specie, in quanto la scelta iniziale di assegnare le radiofrequenze mediante una procedura gratuita era stata adottata dal legislatore e pertanto, essendo stato avviato il procedimento con un atto avente valore di legge, la sua abrogazione e la sua sostituzione con un'asta onerosa non poteva avvenire che con un atto di pari grado.

6.2.2. L'atto di pari grado, infatti, avrebbe dovuto comunque seguire e non precedere la autonoma scelta dell'Autorità, come era avvenuto con la legificazione dei "criteri" già adottati dall'AGCOM mediante la l. n. 88 del 2009, sicché, per rispettare l'indipendenza dell'Autorità, sarebbe stato necessario che questa procedesse in via autonoma all'annullamento del beauty contest, salva la successiva legificazione di tale nuova scelta, secondo il generale principio del contrarius actus, con l'atto normativo di pari grado.

6.3. Ne discende che questo giudice, il quale ha investito la Corte, tra le altre, proprio di siffatta specifica questione, ha l'obbligo di disapplicare la disposizione dell'art. 3-quinquies del d.l. n. 16 del 2012, conv. con mod. in l. n. 44 del 2012, perché contrastante con l'art. 3, par. 3-bis, della direttiva quadro, con la conseguente illegittimità derivata di tutti gli atti amministrativi con i quali, rispettivamente, il Ministero dello Sviluppo Economico e l'AGCOM, in

applicazione di tale disposto normativo, hanno dapprima sospeso e annullato la procedura di beauty contest e poi indetto la procedura onerosa senza poter procedere, secondo le sue prerogative, ad una valutazione autonoma della materia svincolata dalla volontà legislativa, intervenuta a disciplinare un ambito disciplinare nel quale il legislatore non avrebbe potuto intervenire al di fuori delle eccezioni ammesse dal diritto eurounitario (la supervisione e, ovviamente, l'intervento degli organi di ricorso di cui all'art. 4 della direttiva quadro), eccezioni che nel caso di specie, con specifico riferimento alla situazione dello Stato italiano, tuttavia non ricorrevano.

6.4. Al riguardo il Collegio non può che rammentare, infatti, che esiste una vera e propria riserva di amministrazione indipendente, che garantisce alle ANR un ambito di regolamentazione sottratto all'intervento delle autorità politiche proprio per assicurare l'indipendenza della funzione regolarità e la prevedibilità delle relative decisioni.

6.5. Proprio a questo fine del resto, in questa specifica materia, il legislatore nazionale, con l'intervento del d. lgs. n. 70 del 2012, ha inteso rafforzare l'indipendenza dell'AGCOM, aggiungendo, dopo il comma 3 dell'art. 7 del Codice delle comunicazioni elettroniche, i commi 3-bis e 3-ter sull'indipendenza e sui poteri di regolamentazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

6.6. In particolare, ai sensi dell'art. 7, comma 3-bis, del d. lgs. n. 259 del 2003 siccome modificato dal d. lgs. n. 70 del 2012, recante modifiche al Codice in attuazione delle direttive 2009/140/CE, in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, e 2009/136/CE in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata, l'Autorità esercita «i propri poteri in modo imparziale, trasparente e tempestivo».

6.7. Ai sensi del successivo comma 3-ter, inoltre, l'Autorità dispone di risorse finanziarie e umane adeguate per svolgere i compiti ad essa assegnati ed «opera in indipendenza e non sollecita né accetta istruzioni da alcun altro organismo nell'esercizio dei compiti ad essa affidati».

6.8. *E questo stesso Consiglio di Stato già in sede consultiva non ha mancato di ricordare, proprio in relazione ai poteri esercitati da AGCOM in questa delicatissima materia, che «le autorità indipendenti hanno funzioni di regolazione di determinati settori della vita economica mediante attribuzione di poteri normativi, amministrativi e giustiziali» e che «esperienza tecnica e neutralità pongono i settori economici regolati al riparo da inframettanze politiche, tutte le volte in cui il legislatore decida di istituire un regolatore riconducibile al genus dell'amministrazione indipendente» (Cons. St., sez. II, 25 febbraio 2011, n. 872, proprio in relazione alla vicenda qui in esame del beauty contest).*

6.9. *Ne segue che, in accoglimento del I motivo proposto da Europa Way s.r.l. e, in parte qua, del I motivo proposto da Persidera s.p.a., come pure si dirà nell'apposita sede (v., infra, §§ 45.-45.1.), deve essere disapplicato l'art. 3-quinquies del d.l. n. 16 del 2012, con il conseguente annullamento, stante la loro natura vincolata, di tutti i conseguenti atti adottati da AGCOM in applicazione dell'art. 3-quinquies del d.l. n. 16 del 2012, conv. con mod. in l. n. 44 del 2012.*

7. Devono quindi essere annullati:

a) il provvedimento dell'8 maggio 2012, con il quale il Ministero dello Sviluppo Economico ha comunicato l'«avvenuto annullamento in via legislativa del bando in G.U. 8 luglio 2011 e relativo disciplinare di gara, come da art. 3-quinquies, comma 6, del d.l. 16 del 2012, convertito dalla legge 44 del 2012» con il contestuale invito alla banca Tercas di Teramo «a procedere allo svincolo della polizza fideiussoria» prestata, impugnato con il (secondo) originario ricorso rubricato al R.G. n. 4892/2012 avanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio;

b) la Delibera n. 277/13/CONS di AGCOM, recante «procedura per l'assegnazione delle frequenze disponibili in banda televisiva per sistemi di radiodiffusione digitale terrestre e misure atte a garantire condizioni di effettiva concorrenza e a tutela del pluralismo ai sensi dell'art. 3-quinquies del d.l. 16 del 2012, convertito

con modificazioni dalla legge 44 del 2012», e la Delibera n. 550/12/CONS, avente a oggetto la «consultazione pubblica sullo schema di provvedimento recante “procedura per l’assegnazione delle frequenze disponibili in banda televisiva per sistemi di radiodiffusione digitale terrestre e misure atte a garantire condizioni di effettiva concorrenza e a tutela del pluralismo ai sensi dell’art. 3-quinquies del d.l. 16 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge 44 del 2012», impugnate in primo grado con il primo atto dei motivi aggiunti;

c) la Delibera n. 451/13/CONS, adottata il 18 luglio 2013 dall’AGCOM, recante la «revisione del piano di assegnazione delle frequenze per il servizio televisivo terrestre in tecnica digitale per le reti nazionali, di cui alla delibera 300/10/CONS», resa disponibile sul sito web dell’Autorità dal 1° agosto 2013 nonché la successiva Delibera n. 539/13/CONS, adottata il 30 settembre 2013 dalla medesima Autorità, recante «precisazioni in merito alla delibera 451/13/COND revisione del piano di assegnazione delle frequenze per il servizio televisivo terrestre in tecnica digitale per le reti nazionali, di cui alla delibera 300/10/CONS e correzione di errori materiali», resa disponibile sul sito web dell’Autorità dall’11 ottobre 2013, impugnati in primo grado con il secondo atto dei motivi aggiunti, nella parte in cui l’annullamento del beauty contest e l’assegnazione dei canali mediante la successiva procedura onerosa, qui dichiarati illegittimi, si sono riverberati sulla revisione del PNAF;

d) la Delibera n. 631/13/CONS, adottata il 15 novembre 2013 dall’AGCOM, recante «modifica della delibera 451/13/CONS “revisione del piano di assegnazione delle frequenze per il servizio televisivo terrestre in tecnica digitale per le reti nazionali, di cui alla delibera 300/10/cons”», resa disponibile sul sito web dell’Autorità dal 6 dicembre 2013, impugnata in primo grado con il terzo atto dei motivi aggiunti, nella parte in cui l’annullamento del beauty contest e l’assegnazione dei canali mediante la successiva procedura onerosa, qui dichiarati illegittimi, si sono riverberati sulla modifica della Delibera n. 451/13/CONS.

7.1. Non devono invece essere annullati, per le ragioni che meglio si espliciteranno

(riportare tali ragioni), né il bando di gara per l'assegnazione di nuovi diritti d'uso per le frequenze televisive nazionali in DVB-T tramite asta con offerte economiche con rilanci competitivi, emanato il 7 febbraio 2014 dal Ministero dello sviluppo economico – Dipartimento per le comunicazioni, Direzione generale per i servizi di comunicazione elettronica e di radiodiffusione e pubblicato in G.U., 5a serie speciale, n. 17 del 12 febbraio 2014, né l'allegato disciplinare relativo al medesimo bando e gli avvisi di rettifica di cui al summenzionato bando e al relativo disciplinare di gara, pubblicati in G.U., 5a serie speciale, n. 18 del 14 febbraio 2014, impugnati in primo grado con il quarto atto dei motivi aggiunti, né comunque i successivi atti della medesima, compresa l'assegnazione del lotto a Cairo Network s.r.l., assegnazione che, peraltro, non è stata oggetto di impugnativa nel presente giudizio, come ha rilevato la sentenza n. 4678 del 9 ottobre 2015 di questo Consiglio”.

4.4 Successivamente, con la deliberazione del 18 aprile 2019, n. 136/19/CONS (pubblicata il 24 aprile 2019) recante “Conferma della procedura a titolo oneroso di cui alla Delibera n. 277/13/CONS per l'assegnazione delle frequenze disponibili in banda televisiva per sistemi di radiodiffusione digitale terrestre” l'AGCOM ha confermato la procedura onerosa, svolgendo le seguenti considerazioni: “*nell'attività di riesame demandata dal Consiglio di Stato, l'Autorità non può non tener conto degli indirizzi di politica di gestione dello spettro forniti dalla Legge la quale, al fine di assicurare l'uso efficiente e la valorizzazione economica della risorsa frequenziale, ha previsto lo svolgimento di una procedura a titolo oneroso: del resto, non di rado, quando la specifica procedura è di particolare interesse nazionale con ricadute in tema di politica industriale, il legislatore fornisce all'Autorità indicazioni sullo specifico obiettivo economico da perseguire nell'ambito della cessione dei diritti d'uso delle risorse frequenziali (si pensi, a titolo esemplificativo, al refarming della banda 800 MHz previsto dalla legge n. 220/2010 ovvero all'asta sui servizi 5G di cui alla legge n. 205/2017).*

Alla luce di tale specifico obiettivo di finanza pubblica fissato dal legislatore nell'esercizio delle sue legittime prerogative, la procedura a titolo gratuito di cui alla delibera n. 497/10/CONS non può, nel caso di specie, essere confermata dall'Autorità; a tale convincimento si giunge anche in considerazione del fatto che la composizione dei lotti oggetto di tale procedura è stata sostanzialmente rimodulata dalla stessa Autorità con la delibera n. 277/13/CONS mediante lo stralcio e la conseguente riconfigurazione da 6 a 3 dei lotti messi a gara.

Quanto alla procedura a titolo oneroso di cui alla delibera n. 277/13/CONS, l'Autorità - all'esito di un rinnovato riesame delle pertinenti circostanze in fatto e in diritto, nonché di tutti i contributi acquisiti nel corso dell'ampia consultazione pubblica di cui alla delibera n. 550/12/CONS - conferma che la stessa è rispondente all'interesse pubblico di cui l'Autorità è custode e che, in particolare, è idonea a garantire il raggiungimento degli obiettivi pro-concorrenziali perseguiti dalle misure concordate con la Commissione europea per archiviare la procedura d'infrazione n. 2005/5086, tuttora pendente. L'Autorità, ritiene, pertanto, di confermare la sostituzione della procedura a titolo gratuito con quella a titolo oneroso.

All'esito dell'attività di ulteriore specifica verifica demandata dal Consiglio di Stato, l'Autorità constatata, inoltre, che le condizioni stabilite dalla procedura a titolo oneroso di cui alla delibera n. 277/13/CONS sono state ampiamente idonee a garantire una partecipazione dei concorrenti ispirata a principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità e, dunque, a consentire un effettivo ingresso di nuovi operatori sul mercato della televisione digitale, senza indebitamente avvantaggiare quelli già presenti sul mercato della televisione analogica o digitale”.

4.5 Avverso tale delibera proponeva ricorso Europa Way lamentando in primis, che l'atto impugnato avrebbe violato/eluso il giudicato di cui alla Sentenza del Consiglio di Stato n. 5929/2018, in quanto l'Autorità, lungi dall'effettuare un'autonoma valutazione degli interessi pubblici coinvolti, si sarebbe limitata a

richiamare l'obiettivo di finanza pubblica fissato dal legislatore anziché valutare in maniera indipendente la migliore soluzione per la tutela degli interessi pubblici di cui è garante (a prescindere dalle scelte effettuate dal legislatore). Inoltre, nella delibera non vi sarebbe traccia di alcuna valutazione di interessi pubblici diversi dalla tutela della finanza pubblica e, in particolare, della necessità di tutelare e garantire il pluralismo radiotelevisivo. Segnatamente, l'Autorità avrebbe completamente omissso di valutare se la gara a titolo gratuito sia o meno la migliore soluzione per favorire l'ingresso di nuovi operatori e l'espansione dei piccoli operatori.

4.6 Il ricorso per ottemperanza veniva quindi respinto con sentenza 3 ottobre 2019, n. 6622 di questo Consiglio, che così statuiva:

“Ciò che la normativa ed i principi del diritto dell'Unione vogliono evitare - e che ha indotto la Sezione a disapplicare la disposizione nazionale più volte citata - è che il legislatore possa, attraverso “leggi provvedimento”, ossia fonti contenenti norme imperative a contenuto concreto e puntuale, interferire in un campo in cui, invece, il carattere indipendente della valutazione è strumentale all'effettiva realizzazione degli obiettivi dal quadro comunitario.

Nel caso di specie la decisione adottata dall'AGCOM non è stata il frutto di un vincolo eteronomo, ma del convincimento che l'interesse finanziario, già manifestato dal legislatore, fosse un interesse meritevole di considerazione, vieppiù in un quadro normativo europeo in cui il carattere oneroso della procedura di aggiudicazione della frequenza non costituisce, pacificamente, fattore suscettibile di incidere sull'effettivo raggiungimento degli obiettivi posti.

La Corte di Giustizia, come già ampiamente chiarito nella sentenza ottemperanda, ha infatti affermato che l'articolo 9 della direttiva quadro, gli articoli 3, 5 e 7 della direttiva autorizzazioni nonché gli articoli 2 e 4 della direttiva concorrenza devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a che una procedura gratuita di selezione per l'assegnazione di radiofrequenze, indetta per rimediare all'illegittima

esclusione di taluni operatori del mercato, sia sostituita da una procedura onerosa, fondata su un piano riconfigurato di assegnazione delle radiofrequenze a seguito di una riduzione del numero di queste ultime, purché. la nuova procedura di selezione sia basata su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati e sia conforme agli obiettivi definiti all'articolo 8, paragrafi da 2 a 4, della direttiva quadro

Stante l'indifferenza ai fini del rispetto del quadro comunitario del carattere gratuito o oneroso della procedura di assegnazione, è chiaro che l'interesse finanziario, già manifestato dallo Stato, è divenuto per AGCOM elemento dirimente. Non perché vincolante, ma perché oggettivamente sussistente, rilevante e apprezzabile.

5.2. Del pari infondata è la censura concernente il difetto di istruttoria. La sentenza ottemperanda ha prescritto, sul piano conformativo, per l'ipotesi di conferma della procedura onerosa, che “nel tener conto, comunque, delle modifiche tecnologiche, degli interventi normativi in materia e della situazione attuale del mercato rilevante, l'Autorità si atterrà comunque alle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia nelle sentenze del 26 luglio 2017 in C-560/15 e in C-112/16 e, in particolare, verificherà se la sostituzione della procedura gratuita con quella onerosa, in sé non vietata dal diritto europolitano, e il concreto svolgimento di questa siano state improntate a criteri di obiettività, trasparenza e non discriminazione che abbiano favorito, e non scoraggiato, l'ingresso di nuovi entranti o di piccoli operatori al mercato televisivo, anche nell'ambito della più vasta attività pianificatoria, nell'assegnazione delle frequenze televisive digitali, realizzata negli ultimi anni e sino ad oggi”.

L'AGCOM sul punto si è sostanzialmente limitata a dare un riscontro positivo circa l'idoneità della gara a garantire una partecipazione dei concorrenti ispirata a principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, osservando che essa ha consentito un effettivo ingresso di nuovi operatori sul mercato della televisione digitale, senza indebitamente avvantaggiare quelli già

presenti sul mercato della televisione analogica o digitale.

Seppur stringata la motivazione sussiste, e non può certamente dirsi apodittica.

Innanzitutto giova ricordare che la delibera n. 277/13/CONS era già stata adottata all'esito di interlocuzione con la Commissione europea, rivolta al recepimento delle misure con essa concordate onde assicurare, nel processo di conversione al digitale, l'effettivo ingresso sul mercato di nuovi operatori, nonché il rafforzamento di piccoli operatori esistenti. Proprio in questa prospettiva, con la citata delibera l'Autorità – come puntualmente evidenziato dall'Avvocatura - non soltanto ha riformulato la composizione dei lotti in gara ed escluso dalla partecipazione alla gara gli incumbents, ma ha altresì definito il prezzo a base d'asta, parametrandolo sulle possibilità economiche delle piccole e medie imprese ed ha previsto, da ultimo, la possibilità di rateizzare l'importo aggiudicatario. Peraltro, l'idoneità delle condizioni della procedura onerosa a consentire un effettivo ingresso di nuovi operatori sul mercato della televisione digitale è per tabulas provata anche dal fatto che il lotto di frequenze L3 (canali 25 e 59) è stato aggiudicato proprio ad un nuovo operatore (la società Cairo Network).

A nulla vale osservare che Cairo network non sarebbe un "piccolo" operatore. Ciò che rileva è che, considerato il prezzo a base d'asta, tale operatore non soltanto ha potuto partecipare alla gara formulando la propria offerta economica, ma - una volta dichiarato aggiudicatario - ha potuto poi effettivamente fare ingresso nel mercato digitale mediante avvio del servizio commerciale.

Quanto all'argomentazione volta a sostenere che l'asta competitiva non avrebbe sortito alcun reale effetto di apertura del mercato, posto che Cairo Network S.r.l., avrebbe "beneficiato ... di un accordo di collaborazione (c.d. accordo full service) con la società concorrente EI Towers, controllata dal gruppo Mediaset, per i servizi di ospitalità, assistenza e manutenzione e per l'utilizzo dell'infrastruttura di trasmissione", trattasi di fatti e circostanze non rilevanti nell'ambito del presente giudizio, posto che, come chiarito da Elettronica Industriale, l'accordo tra EI

Towers e Cairo Network, riguarda esclusivamente la gestione tecnica del multiplex (ed in particolare la collocazione fisica presso adeguate infrastrutture e la manutenzione degli impianti), mentre esso non coinvolge in alcun modo la gestione commerciale della capacità trasmissiva, che Cairo Network può utilizzare in proprio o cedere a terzi in piena ed assoluta autonomia.

5.3. Infondato è anche il secondo motivo di ricorso incentrato sull'omessa consultazione. E' in proposito del tutto ragionevole quanto sostenuto dall'AGCOM. Trattasi di un provvedimento di conferma rispetto ad attività già svolta. Le posizioni delle parti erano ampiamente note per averle le stesse anticipate nel 2012 (la stessa delibera, al punto 9, richiama "tutti i contributi acquisiti nel corso dell'ampia consultazione pubblica di cui alla delibera 550/12/CONS") e poi in corso di giudizio, nè sono emersi, in questo giudizio, spunti argomentativi o considerazioni inedite suscettibili di introdurre ulteriori temi rilevanti e dirimenti. Il ricorso di Europa Way è dunque da respingere".

La situazione di Europa Way quale risultante dalla attività amministrativa anche alla luce del contenzioso sviluppatosi prima del refarming .

Il ricorso di primo grado illustra la situazione di fatto di Europa Way nel digitale terrestre come titolare - a causa dell'assegnazione del canale E8 VHF in SFN su tutto il territorio nazionale di un canale che trasmette nello standard DVB-T2, con scelta (ad avviso della parte appellante necessitata) di cui ha chiesto all'Autorità di tener conto al fine di garantire la continuità nel passaggio al 5 G.

5. Il nuovo procedimento.

5.1 Nel frattempo, sul versante legislativo e amministrativo è accaduto che la Legge di Bilancio 2018, all'articolo 1, commi 1026 e seguenti, in attuazione della decisione n. 2017/899 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, relativa all'uso della banda di frequenza 470 - 790 MHz nell'Unione, ha disciplinato e programmato il processo che nel quadriennio 2018 – 2022 porterà, da un lato, ad assegnare le frequenze nella banda 700 MHz (694 - 790 MHz) ai sistemi terrestri in grado di fornire servizi di comunicazione elettronica a banda larga senza

fili, dall'altro, a conferire un nuovo assetto al sistema radiotelevisivo su piattaforma DTT (nazionale e locale) alla luce della dotazione di risorse spettrali rimaste a disposizione per il servizio broadcasting (da 174 a 230 MHz e da 470 a 694 MHz).

5.2 In particolare, è stato previsto lo svolgimento di una serie di attività da parte dell'Autorità e del Ministero dello sviluppo economico, nell'ambito delle rispettive competenze, secondo una precisa sequenza cronologica specificata dalla medesima legge.

Nel dettaglio, con riferimento alle competenze dell'Autorità relative alla ripianificazione dello spettro per uso broadcasting, la legge ha previsto (articolo 1, comma 1030) che l'Autorità adottasse il nuovo piano nazionale di assegnazione delle frequenze da destinare al servizio televisivo digitale terrestre (denominato PNAF 2018).

5.3 In attuazione della predetta disposizione, l'Autorità ha approvato la delibera n. 290/18/CONS recante "Piano nazionale di assegnazione delle frequenze da destinare al servizio televisivo digitale terrestre (PNAF 2018)".

5.4 Inoltre, la medesima legge (articolo 1, comma 1031) ha disposto che - in linea con gli obiettivi della politica audiovisiva europea e nazionale di coesione sociale, pluralismo dei mezzi di comunicazione e diversità culturale e con la finalità della più efficiente gestione dello spettro consentita dall'impiego delle tecnologie più avanzate - i diritti d'uso delle frequenze di cui attualmente sono titolari gli operatori di rete nazionali fossero convertiti in diritti d'uso di capacità trasmissiva in multiplex nazionali di nuova realizzazione in tecnologia DVB-T2, secondo criteri definiti dall'Autorità ai fini dell'assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze. Sempre all'Autorità è stato rimesso il compito di stabilire i criteri per l'assegnazione in ambito nazionale dei diritti d'uso delle frequenze in banda 470-694 MHz UHF per il servizio televisivo digitale terrestre agli operatori di rete nazionali (nuovi multiplex DVB-T2), tenendo conto dei criteri previsti dal medesimo articolo.

In attuazione della disposizione in questione, l'Autorità con la delibera n. 182/18/CONS, dell'11 aprile 2018 ha avviato il relativo procedimento.

5.5 In data 30 dicembre 2018, tuttavia, è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la legge n.145 recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021" (di seguito Legge di Bilancio 2019). In proposito, l'articolo 1, commi 1101 e ss., ha apportato incisivi cambiamenti al quadro normativo in materia di refarming della banda 700 MHz e di riassetto del sistema radiotelevisivo (Testo unico servizi di media audiovisivi e Legge di Bilancio 2018), con la conseguente necessità da parte di AGCOM e del MiSE di dover rieditare i provvedimenti già adottati (delibera 290/18/CONS recante il PNAF 2018; decreto del Ministro dello Sviluppo dell'8 agosto 2018, che individua la cd. roadmap) o aggiornare e modificare i procedimenti ancora in fase di definizione.

5.6 In particolare, con riferimento alle attività di gestione e conseguente pianificazione dello spettro radio, la nuova legge in sintesi ha previsto:

- a) il superamento della riserva di 1/3 a favore dell'emittenza locale nonché di destinare, nel PNAF, per tale categoria di emittenza, più frequenze in banda UHF per la realizzazione di reti, di cui almeno una con copertura non inferiore al 90% della popolazione dell'area;
- b) la realizzazione del multiplex contenente l'informazione regionale della RAI, con decomponibilità per macroaree, in banda UHF anziché in Banda III-VHF (come previsto in precedenza ai fini del PNAF 2018);
- c) la destinazione della banda III-VHF alla radiofonia digitale (DAB+) e solo, ove necessario, alla televisione digitale terrestre.

Con riferimento alla fase di assegnazione dei nuovi multiplex DVB-T2 agli operatori nazionali la disposizione ha inoltre previsto che l'assegnazione dell'ulteriore capacità trasmissiva disponibile in ambito nazionale e delle frequenze terrestri, aggiuntive rispetto a quelle destinate alla conversione dei diritti d'uso (di cui al comma 1031 della Legge di Bilancio 2018) e pianificate dall'Autorità per le

garanzie nelle comunicazioni nel PNAF, avvenga mediante procedura onerosa senza rilanci competitivi, da indire entro il 30 novembre 2019 dal Ministero dello sviluppo economico, in attuazione delle procedure stabilite entro il 30 settembre 2019 dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi dell'articolo 29 del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, sulla base dei principi e criteri specificati dalla medesima legge.

Infine, ulteriori disposizioni della Legge di Bilancio 2019 hanno definito la nuova tempistica di svolgimento delle varie attività di competenza dell'Autorità e del Ministero dello sviluppo economico, ai fini del completamento del processo di refarming della banda 700 MHz entro il termine del 30 giugno 2022.

5.7 Assume ulteriore rilievo, ai fini della controversia in questione l'ulteriore disciplina introdotta dal legislatore predetto, in specie sub comma 1037, limitativa della tutela giurisdizionale al rimedio risarcitorio per equivalente, con esclusione degli ordinari rimedi annullatori e di ristoro in forma specifica: "I giudizi riguardanti l'assegnazione di diritti d'uso delle frequenze, la gara e le altre procedure di cui ai commi da 1026 a 1036, con particolare riferimento alle procedure di rilascio delle frequenze per il servizio televisivo digitale terrestre, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e sono devoluti alla competenza funzionale del TAR del Lazio. In ragione del preminente interesse nazionale alla sollecita liberazione e assegnazione delle frequenze, l'annullamento di atti e provvedimenti adottati nell'ambito delle procedure di cui ai commi da 1026 a 1036 non comporta la reintegrazione o esecuzione in forma specifica e l'eventuale risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. La tutela cautelare è limitata al pagamento di una provvisoria".

5.8 Sul versante amministrativo l'AGCOM con deliberazione n. 39/2019 ha approvato il Piano nazionale di assegnazione delle frequenze da destinare al servizio televisivo digitale terrestre (PNAF) e con successiva deliberazione n. 129/2019 ha definito i "criteri per la conversione dei diritti d'uso delle frequenze in

ambito nazionale per il servizio digitale terrestre in diritti d'uso di capacità trasmissiva e per l'assegnazione in ambito nazionale dei diritti d'uso delle frequenze pianificate, ai sensi dell'articolo 1, comma 1031 della legge 27 dicembre 2017, n. 205”.

5.9 Il giudizio avviato dalla odierna appellante contesta la legittimità di tali atti, anche in relazione ai principi già espressi dalla Corte di giustizia, deducendo i motivi sopra riassunti al punto 1 della presente motivazione.

6. All'esito della disposta istruttoria l'Autorità ha risposto ai quesiti nei termini seguenti.

6.1 Con riferimento al primo quesito formulato in ordine alla circostanza se l'Autorità abbia o meno adempiuto al giudicato di cui alla sentenza della Corte di Giustizia del 26 luglio 2017 “in sede di redazione del PNAF attualmente a giudizio”, la risposta negativa si fonda su di una serie di considerazioni di dettaglio che paiono non adeguate rispetto alle indicazioni fornite in sede giurisdizionale da codesta Corte di giustizia e da questo Consiglio: *“merita evidenziare che i piani nazionali di assegnazione delle frequenze elaborati dall'Autorità, ivi incluso il Piano nazionale di assegnazione delle frequenze da destinare al servizio televisivo digitale terrestre di cui alla delibera n. 39/19/CONS e s.m.i., sono, in linea con quanto prescritto dal Testo Unico (o TUSMA) (pro tempore, oggi recato dal d. lgs. 8 novembre 2021, n. 20818) nonché da un'ormai consolidata prassi*

, uno strumento regolamentare diretto esclusivamente a determinare, alla luce delle risorse spettrali disponibili nel territorio italiano (sia nazionali che locali), il numero e le caratteristiche delle reti trasmissive realizzabili, al fine di garantire la qualità delle prestazioni di servizio, ottimizzare l'utilizzo delle frequenze ed evitare l'insorgere di interferenze all'interno del territorio nazionale o verso i Paesi radioelettricamente confinanti. Nell'ambito dei procedimenti di definizione dei Piani nazionali di assegnazione delle frequenze, l'Autorità può individuare delle configurazioni di pianificazione di riferimento (di seguito RPC o Reference Planning Configuration), ovvero un insieme di parametri e opzioni di

funzionamento specifici dello standard trasmissivo adottato (nel caso di specie lo standard Digital Video Broadcasting – Second Generation Terrestrial, convertiti, descritto dalla norma tecnica ETSI EN 302 755), da utilizzare per la stima, mediante simulazioni, delle prestazioni delle reti (capacità, copertura di popolazione e di territorio, robustezza al rumore e ai disturbi) e del relativo grado di servizio (sia in termini temporali sia in termini spaziali), nonché per la verifica del rispetto dei vincoli tecnici di coordinamento nazionale e internazionale posti al funzionamento delle reti allo scopo di evitare l’insorgere di interferenze dannose verso altre reti collocate sul territorio nazionale e sul territorio dei Paesi radioelettricamente confinanti. La pianificazione delle reti in ambito nazionale e locale si conforma, peraltro, ai criteri generali di pianificazione e agli ulteriori vincoli posti dal quadro normativo di riferimento. Rilevano, al riguardo, le disposizioni di cui alla legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di Bilancio 2018) e alla legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di Bilancio 2019).

Tanto considerato, risulta evidente che l’attività di elaborazione dei Piani di assegnazione delle frequenze costituisce un’attività meramente tecnica, che non si propone di individuare criteri di assegnazione dei diritti d’uso delle frequenze agli operatori, né di revocare o confermare obblighi o condizioni specifiche associati ai diritti d’uso. I Piani di assegnazione delle frequenze, dunque, pur configurandosi come presupposto necessario alla definizione di successive procedure di assegnazione dei diritti d’uso delle frequenze, non dispongono di per sé alcuna associazione delle reti pianificate ai singoli operatori né tantomeno prefigurano criteri che vincolino l’assegnazione di una determinata frequenza a uno specifico soggetto. La disciplina del rilascio e dell’assegnazione dei diritti di uso delle frequenze, così come la definizione delle condizioni associate ai diritti d’uso e degli obblighi degli operatori di rete, nonché la disciplina degli accordi fra operatore di rete e fornitori di contenuti e di servizi, costituiscono, invece, oggetto di separati ed autonomi procedimenti. In conclusione, l’Autorità ha già pienamente adempiuto

alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 26 luglio 2017, attraverso le specifiche misure contenute nel Regolamento di cui alla delibera n. 564/20/CONS, come descritto nelle premesse dello stesso provvedimento e come sopra dettagliatamente ricostruito. Tale ottemperanza è quindi avvenuta successivamente rispetto al PNAF oggi vigente. Le misure previste nella predetta delibera, come pure quelle contenute nella precedente delibera di “conversione” n. 129/19/CONS, sono state attuate attraverso i successivi atti del Ministero e hanno consentito il buon esito del complesso refarming della banda 700 MHz, che ha visto il 30% circa delle risorse televisive cessare per essere destinate all'uso per le comunicazioni mobili 5G, assicurando il buon funzionamento della piattaforma televisiva nazionale e locale senza soluzione di continuità alla data dello switch over del 30 giugno 2022”.

6.2 Invero, la risposta pare confermare la mancata considerazione della indicazione derivante dai principi espressi da codesta Corte in ordine alla necessità di non tenere conto delle precedenti “reti analogiche illegittimamente esercite, in quanto essa porta a prolungare o addirittura a rafforzare un vantaggio concorrenziale indebito”. Tale aspetto non risulta essere stato preso in adeguata considerazione. Né sono state previste misure compensative strutturali; in termini di misure compensative ulteriori, si pone altresì un rilevante dubbio in ordine alla compatibilità coi principi vigenti, sia in ordine alla conseguente disparità di trattamento in sede di gara sia in relazione al proseguimento della illegittima considerazione di tutte le reti precedenti.

6.3 Ciò pare trovare ulteriore conferma a fronte dell'ulteriore elemento emerso dall'istruttoria, laddove l'Autorità conferma che *“la discrezionalità tecnica esercitata dall'Autorità nell'individuare il fattore di conversione tra reti DVB-T e reti DVB-T2 risulta inevitabilmente condizionata e vincolata dalle disposizioni della legge di Bilancio 2018 (così come modificata dalla legge di Bilancio 2019)”*.

6.4 Sul punto si pone l'ulteriore dubbio che la disciplina legislativa sopravvenuta sia conforme ai principi espressi da questa Corte, circa la necessaria indipendenza

dell'Autorità di regolamentazione.

Quindi se rende necessario sottoporre al rinvio pregiudiziale in esame la compatibilità europea della disciplina legislativa fatta oggetto di applicazione con gli atti impugnati, laddove statuisce quanto segue: *“1031. In linea con gli obiettivi della politica audiovisiva europea e nazionale di coesione sociale, pluralismo dei mezzi di comunicazione e diversità culturale e con la finalità della più efficiente gestione dello spettro consentita dall'impiego delle tecnologie più avanzate, tutte le frequenze assegnate in ambito nazionale e locale per il servizio televisivo digitale terrestre ed attribuite in banda III VHF e 470-694 MHz sono rilasciate secondo il calendario di cui al comma 1032. Per le medesime finalità di cui al primo periodo, i diritti d'uso delle frequenze di cui sono titolari alla data di entrata in vigore della presente legge gli operatori di rete nazionali sono convertiti in diritti d'uso di capacità trasmissiva in multiplex nazionali di nuova realizzazione in tecnologia DVB-T2, secondo i criteri definiti dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni entro il 31 marzo 2019 ai fini dell'assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni entro il 31 marzo 2019 stabilisce i criteri per l'assegnazione in ambito nazionale dei diritti d'uso delle frequenze pianificate ai sensi del comma 1030 per il servizio televisivo digitale terrestre agli operatori di rete nazionali, tenendo conto della necessità di assicurare il contenimento degli eventuali costi di trasformazione e di realizzazione delle reti, la riduzione dei tempi del periodo transitorio di cui al comma 1032 e la minimizzazione dei costi ed impatti sugli utenti finali. Entro il 30 giugno 2019, il Ministero dello sviluppo economico provvede al rilascio dei diritti d'uso delle frequenze di cui al terzo periodo ad operatori di rete nazionali sulla base dei criteri definiti dall'Autorità di cui al medesimo periodo. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni dispone le modalità e le condizioni economiche, orientate al costo, secondo cui il concessionario del servizio pubblico nel multiplex contenente l'informazione regionale ha l'obbligo di cedere una quota della capacità*

trasmissiva assegnata, comunque non inferiore a un programma, nel periodo transitorio, a favore di ognuno dei soggetti legittimamente operanti in ambito locale assegnatari dei diritti d'uso dei canali CH 51 e 53 alla data di entrata in vigore della presente disposizione che rilascino i rispettivi diritti d'uso nel periodo transitorio ai sensi del comma 1032”.

6.5 Se per il concessionario di servizio pubblico il riequilibrio pare esserci stato, come reso evidente dall'ultimo capoverso, per la restante parte – con ulteriore rischio di disparità di trattamento e mancanza di proporzionalità – le misure compensative introdotte si pongono in possibile contrasto con i principi vigenti in materia.

6.6 In tale ottica, di particolare criticità appare il successivo comma 1031 bis, che così statuisce: *“1031-bis. L'assegnazione dell'ulteriore capacità trasmissiva disponibile in ambito nazionale e delle frequenze terrestri, aggiuntive rispetto a quelle destinate alla conversione dei diritti d'uso di cui al comma 1031 e pianificate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel PNAF, da destinare al servizio televisivo digitale terrestre per gli operatori di rete nazionali e la concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo e multimediale, avviene mediante procedura onerosa senza rilanci competitivi, indetta entro il 30 novembre 2019 dal Ministero dello sviluppo economico, in attuazione delle procedure stabilite entro il 30 settembre 2019 dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi dell'articolo 29 del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, sulla base dei seguenti principi e criteri: a) assegnare la capacità trasmissiva e le frequenze sulla base di lotti con dimensione pari alla metà di un multiplex; b) determinare un valore minimo delle offerte sulla base dei valori di mercato individuati dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; c) considerare il valore delle offerte economiche presentate; d) garantire la continuità del servizio, la celerità della transizione tecnologica nonché la qualità delle infrastrutture tecnologiche messe a disposizione dagli operatori di rete nazionali operanti nel settore, ivi inclusa la concessionaria del*

servizio pubblico radiotelevisivo e multimediale; e) valorizzare le esperienze maturate dagli operatori di rete nazionali nel settore, con particolare riferimento alla realizzazione di reti di radiodiffusione digitale; f) valorizzare la capacità strutturale di assicurare l'efficienza spettrale, le professionalità e le competenze maturate nel settore, l'innovazione tecnologica e l'ottimale, effettivo e tempestivo sfruttamento della capacità trasmissiva e delle frequenze aggiuntive; g) assicurare la miglior valorizzazione dello spettro, tenendo conto dell'attuale diffusione di contenuti di buona qualità in tecnologia televisiva digitale terrestre alla più vasta maggioranza della popolazione italiana. ...”.

6.7 Ciò in quanto la valorizzazione del progresso avviene senza la necessaria sterilizzazione delle reti illegittimamente esercite.

Ciò trova conferma dall'esito dell'istruttoria, laddove l'Autorità evidenzia che “il processo previsto dal Legislatore comportava che il sistema in tecnologia DVB-T, caratterizzato dalla presenza di 20 reti nazionali nella titolarità di 8 operatori, fosse convertito in nuovo sistema in tecnologia DVB-T2, caratterizzato da 12 nuove reti nazionali pianificate dal nuovo PNAF 2019 (delibera n. 39/19/CONS), di cui n. 10 da assegnare agli stessi 8 operatori esistenti. Ciò in quanto nel definire i “criteri di conversione” *con la delibera n. 129/19/CONS si è inteso il riferimento alla “capacità trasmissiva” come “unità di misura” da utilizzare per tracciare una sorta di “equivalenza” tra nuove reti DVB-T2 e precedenti reti DVB-T*”.

In termini di coefficiente di conversione poi l'Autorità ha evidenziato come considerata la presenza sulla piattaforma DTT di n. 20 reti nazionali i cui diritti d'uso delle frequenze sono assegnati a 8 operatori, l'applicazione di un coefficiente di conversione 0,6 proposto da alcuni rispondenti, in luogo dello 0,5 individuato dall'Autorità avrebbe richiesto la destinazione di tutte le n.12 nuove reti DVB-T2 pianificate dal PNAF 2019 al processo di conversione, con la conseguenza che non sarebbero residue reti e relativa capacità trasmissiva da poter destinare alla procedura onerosa prevista dal comma 1031-bis. Con ciò confermando come la

normativa applicata vincolasse all'attuazione del passaggio in termini tali da continuare e tenere in considerazione tutte le reti precedenti, comprese quelle in contestazione circa la relativa legittimità.

QUESITI RIMESSI A CODESTA CORTE DI GIUSTIZIA.

7. Sulla scorta della ricostruzione sin qui svolta, con la presente ordinanza questo Consiglio di Stato rimette a codesta Corte di Giustizia plurimi quesiti relativi all'interpretazione della normativa e dei principi euro-unitari. In ragione della pluralità dei quesiti, l'esposizione delle disposizioni unionali ed interne verrà effettuata in corrispondenza di ciascun quesito, al fine di calibrare puntualmente le questioni rilevanti alla luce del quadro normativo di riferimento.

8. PRIMO QUESITO: SUGLI ARTT 6 e 19, PAR. 1, DEL T.U.E., INTERPRETATI ALLA LUCE DELL'ART. 47 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA, E SUGLI ARTT. 4, PAR. 1, CO. 1, DELLA DIRETTIVA QUADRO E 31 DELLA DIRETTIVA (UE) 2018/1972, E SULLA COMPATIBILITA' RISPETTO A TALI DISPOSIZIONI DELLA NORMATIVA NAZIONALE.

8.1 Con il primo quesito questo Consiglio chiede alla Corte se gli art. 6 e 19, par. 1, seconda parte, del T.U.E., interpretati alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentale dell'Unione europea, l'art. 4, par. 1, co. 1, della Direttiva 2002/21/CE 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), e l'art. 31 della Direttiva (UE) 2018/1972, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale, quale quella rilevante nell'ordinamento italiano (art. 1, comma 1037, della L. n. 205/2017) che, in una situazione di rilevanza comunitaria, limita gli effetti dell'azione di annullamento, impedendo la reintegrazione o esecuzione in forma specifica, e circoscrive la tutela cautelare al pagamento di una provvisoria, compromettendo la tutela giurisdizionale effettiva.

LA NORMATIVA UNIONALE RILEVANTE.

8.2 L'art. 6 del Trattato sull'Unione europea prevede: *“1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.”*.

8.3 L'art. 19, par. 1, seconda parte, del T.U.E. prevede: *“Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.”*

8.4 L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rubricato: *“Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”*), prevede: *“Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”*.

8.5 L'art. 4, par. 1, co. 1, della Direttiva 2002/21/CE 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) ha previsto: *“Gli Stati membri prevedono, a livello nazionale, meccanismi efficienti che permettano a qualunque utente e a qualunque impresa che fornisce reti e/o servizi di comunicazione elettronica, che siano interessati dalla decisione di una autorità nazionale di regolamentazione, di ricorrere contro detta decisione dinanzi ad un organo di ricorso, indipendente dalle parti coinvolte. Tale organo, che può essere un tribunale, è in possesso di competenze adeguate tali da consentirgli di assolvere le sue funzioni in maniera efficace. Gli Stati membri garantiscono che il merito del caso sia tenuto in debita considerazione e che vi sia un efficace meccanismo di ricorso”*.

8.6 L'art. 31 della Direttiva (UE) 2018/1972 prevede: *“1. Gli Stati membri prevedono, a livello nazionale, meccanismi efficienti che permettano a qualunque utente e a qualunque impresa che fornisce reti o servizi di comunicazione elettronica o risorse correlate, che siano interessati dalla decisione di una autorità competente, di ricorrere contro detta decisione dinanzi a un organo di ricorso, indipendente dalle parti coinvolte e da qualsiasi intervento esterno o pressione politica che possa comprometterne l'imparzialità di giudizio nelle questioni che è chiamato a dirimere. Tale organo, che può essere un organo giurisdizionale, è in possesso di competenze adeguate tali da consentirgli di assolvere le sue funzioni in maniera efficace. Gli Stati membri garantiscono che il merito del caso sia tenuto in debita considerazione. In attesa dell'esito del ricorso, resta in vigore la decisione dell'autorità competente, a meno che non siano concesse misure provvisorie conformemente al diritto nazionale. 2. Le decisioni degli organi competenti a conoscere dei ricorsi, di cui al paragrafo 1 del presente articolo, che non siano di natura giurisdizionale sono sempre motivate per iscritto. In tal caso, inoltre, le decisioni sono impugnabili dinanzi a una giurisdizione ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Gli Stati membri provvedono affinché il meccanismo di ricorso sia efficace.*

3. *Gli Stati membri raccolgono informazioni sull'argomento generale dei ricorsi, sul numero di richieste di ricorso, sulla durata delle procedure di ricorso e sul numero di decisioni di concedere misure provvisorie. Gli Stati membri forniscono tali informazioni e comunicano le decisioni o le sentenze alla Commissione e al BEREC su loro richiesta motivata*".

LA NORMATIVA NAZIONALE RILEVANTE.

8.7 L'art. 24, comma 1, della Costituzione della Repubblica italiana prevede: *"Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"*.

L'art. 103, comma 1, della Costituzione della Repubblica italiana prevede: *"Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi"*.

L'art. 113 della Costituzione della Repubblica italiana prevede: *"1. Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa"*.

L'art. 1 (rubricato: *"Effettività"*) del D.lgs. n. 104/2010 (recente il Codice del processo amministrativo), prevede: *"1. La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo."*

L'art. 29 del D.Lgs. n. 104/2010 prevede: *"L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni"*.

L'art. 30 del D.Lgs. n. 104/2010 prevede: *"1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva"*

e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma. 2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica. 3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. 4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere. 5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza. 6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo.”.

L'art. 2058 del codice civile italiano prevede: ‘Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore.’.

8.8 L'art. 1, comma 1037, della L. n. 205/2017 prevede: “I giudizi riguardanti

l'assegnazione di diritti d'uso delle frequenze, la gara e le altre procedure di cui ai commi da 1026 a 1036, con particolare riferimento alle procedure di rilascio delle frequenze per il servizio televisivo digitale terrestre, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e sono devoluti alla competenza funzionale del TAR del Lazio. In ragione del preminente interesse nazionale alla sollecita liberazione e assegnazione delle frequenze, l'annullamento di atti e provvedimenti adottati nell'ambito delle procedure di cui ai commi da 1026 a 1036 non comporta la reintegrazione o esecuzione in forma specifica e l'eventuale risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. La tutela cautelare e' limitata al pagamento di una provvisoria.".

IL QUESITO RIMESSO A CODESTA CORTE DI GIUSTIZIA.

8.9 Le previsioni dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (che ai sensi dell'art. 6, par. 1, prima parte, del T.U.E. ha lo stesso valore giuridico dei Trattati) conferiscono alla garanzia della tutela giurisdizionale la valenza di principio fondamentale e generale di diritto dell'Unione. Inoltre, l'art. 19, par. 1, seconda parte, del T.U.E. obbliga gli Stati membri a stabilire i rimedi giurisdizionali necessari ad assicurare ai singoli, nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, il rispetto del loro diritto a una tutela giurisdizionale effettiva (*cfr.*: C.G.U.E, IX Sezione, sentenza del 7 luglio 2022, in C-261/21, punto 43; C.G.U.E. sentenza del 26 marzo 2020, in C558/18 e C563/18, EU:C:2020:234, punto 32 e giurisprudenza ivi citata). Al contempo, secondo la giurisprudenza di codesta Corte, fatta salva l'esistenza di norme dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in forza del principio dell'autonomia procedurale, stabilire le modalità processuali di tali rimedi giurisdizionali, a condizione, tuttavia, che tali modalità, nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti

conferiti dall'Unione (principio di effettività) (C.G.U.E., sentenza del 21 dicembre 2021, *Randstad Italia*, C497/20, EU:C:2021:1037, punto 58; C.G.U.E., sentenza del 10 marzo 2021, *Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N.*, C-949/19, EU:C:2021:186, punto 43 e giurisprudenza ivi citata).

8.10 Nel caso all'attenzione di questo Consiglio non si pone un problema di equivalenza tra situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione e situazioni disciplinate dal diritto interno in quanto la disposizione di diritto nazionale rilevante (art. 1, comma 1037, della L. n. 205/2017) opera per tutti *“i giudizi riguardanti l'assegnazione di diritti d'uso delle frequenze, la gara e le altre procedure di cui ai commi da 1026 a 1036, con particolare riferimento alle procedure di rilascio delle frequenze per il servizio televisivo digitale terrestre”*.

8.11 Si pone, invece, un problema di effettività della tutela giurisdizionale assicurata dall'ordinamento interno in una situazione sicuramente coperta dal diritto dell'Unione europea, trattandosi, come spiegato in precedenza, di controversia relative all'attuazione della Decisione (UE) 2017/899 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017, relativa all'uso della banda di frequenza 470-790 MHz nell'Unione, nonché dalla disciplina attualmente contenuta nella Direttiva (UE) 2018/1972 che ha proceduto alla rifusione delle direttive 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE, e dalla Direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica.

8.12 In relazione al principio di effettività occorre ricordare che il diritto dell'Unione non produce l'effetto di obbligare gli Stati membri a istituire mezzi di ricorso diversi da quelli già contemplati dal diritto interno, a meno che, tuttavia, dall'impianto sistematico dell'ordinamento giuridico nazionale in questione risulti che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche solo in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione, o che l'unico modo per poter adire un giudice da parte di un singolo sia quello di commettere violazioni del diritto (C.G.U.E., sentenze del 14 maggio

2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság, C924/19 PPU e C925/19 PPU, EU:C:2020:367, punto 143; del 21 dicembre 2021, Randstad Italia, C497/20, EU:C:2021:1037, punto 62; del 13 luglio 2023, in C-363/2021 e C-364/2021).

8.13 Nel caso all'attenzione di questo Consiglio opera la disposizione nazionale sopra ricordata (art. 1, comma 1037, della L. n. 205/2017) che, come esposto, preclude al Giudice amministrativo italiano l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati nell'ambito delle procedure di cui ai commi da 1026 a 1036, tra cui rientra anche la procedura oggetto di giudizio. In sostanza, la tutela giurisdizionale conferita dall'ordinamento interno non comporta, in alcun modo, *“la reintegrazione o l'esecuzione in forma specifica”* e, quindi, in termini generali, il conseguimento del bene della vita finale al quale la parte – lesa illegittimamente da un provvedimento amministrativo – anela, ma, esclusivamente, un risarcimento per equivalente monetario.

8.14 Dubita il Collegio che simile disposizione possa ritenersi conforme alla normativa unionale e al principio di effettività della tutela giurisdizionale in relazione a situazione soggettive conferite e regolate dal diritto dell'Unione europea. Infatti, la disposizione nazionale non consente al Giudice amministrativo di annullare provvedimenti interni che risultino contrari ai parametri normativi di riferimento, ivi comprese le regole del diritto unionale e i principi a tutela della concorrenza, della parità di trattamento e della tutela del legittimo affidamento che pure – come si esporrà – vengono in gioco nella controversia all'attenzione del Collegio. La tutela accordata dal legislatore nazionale è, infatti, una sola tutela risarcitoria per equivalente che, tuttavia, costituisce un sucedaneo non idoneo a ristorare l'operatore economico del pregiudizio arrecato da provvedimenti illegittimi. Infatti, il bene della vita al quale l'operatore anela consiste nell'assegnazione di diritti d'uso delle frequenze, situazione che impone l'impiego di ingenti risorse economiche e la realizzazione di strutture aziendali complesse e

munite di peculiari strumenti tecnologici, funzionali alla realizzazione dell'attività di impresa. Inoltre, questa attività realizzano, oltre all'interesse dell'operatore, l'interesse generale della collettività garantendo sia la coesione sociale che l'innalzamento culturale della società, garantendo ai consociati l'accesso ad informazioni e programmi ulteriori e, pertanto, determinando la crescita sociale e culturale del Paese.

8.15 Del resto, come evidenziato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il servizio audiovisivo ha un carattere essenziale per la democrazia degli Stati membri; infatti, la C.E.D.U. ha osservato che non vi è democrazia senza pluralismo e che in una società democratica non basta, per garantire un vero e proprio pluralismo nel settore audiovisivo, prevedere l'esistenza di più canali o la possibilità teorica per i potenziali attori di accedere al mercato audiovisivo, a tutela della sola concorrenza, ma *“bisogna anche permettere un accesso effettivo a tale mercato”*, sicché in un settore delicato come quello dei media audiovisivi al dovere negativo di non ingerenza nell'esercizio delle frequenze e nella trasmissione dei programmi si aggiunge, per lo Stato, *“l'obbligo positivo di realizzare un quadro legislativo e amministrativo adeguato per garantire un pluralismo effettivo”* (Corte europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Centro Europa 7 e Di Stefano c. Italia*, 7 giugno 2012, § 130 e § 134).

8.16 Una disposizione come quella in esame termina, quindi, per non consentire un'adeguata tutela della situazione soggettiva degli operatori economici, e, in ultimo, non garantisce un accesso effettivo al mercato, e, quindi, un pluralismo effettivo. La sola misura del risarcimento del danno per equivalente ristora, in ipotesi, l'operatore ma dei soli pregiudizi economici patiti privandolo, al contempo, della possibilità di ottenere il bene della vita primario al quale l'attività svolta e lo stesso ricorso giurisdizionale proposto aspirano, e, inoltre, priva, in ogni caso, la collettività della possibilità di veder realizzato un sistema effettivamente pluralistico incidendo, in ultimo, sulla democraticità del sistema.

È pur vero che si trovano sempre più spesso nella legislazione europea e nazionale

in tema di regolazione norme limitative della cognizione giurisdizionale, costruite nel dare prevalenza alla tutela risarcitoria in un'ottica di risultato o per l'esistenza di un preminente interesse nazionale; la tendenza si risolve a volte nello stabilire pregnanti limiti alla tutela cautelare ma talvolta nel limitare anche i poteri di merito; si tratta del fenomeno noto come arretramento della tutela reale a vantaggio di quella risarcitoria utilizzato non solo post stipula del contratto ma, nel caso di delicate procedure di aggiudicazione, anche prima della conclusione del contratto; al riguardo assumono rilievo, oltre alla norma in esame, alcune nel settore bancario (vedasi art. 95 comma 2 del d.lgs. n. 180 del 2015), ovvero nell'ordinamento sportivo in tema di sanzioni disciplinari.

Tuttavia, se per un verso occorre individuare un limite di principio in ordine all'ammissibilità di tali disposizioni limitative, per un altro verso la fattispecie in esame assume connotati specifici.

8.17 Infatti, le peculiarità evidenziate differenziano il caso in esame da altre situazioni, nelle quali si è, invece, affermato – da parte degli organi giurisdizionali nazionali – la legittimità di sistemi che escludessero la possibilità di garantire una tutela “*reale*”, conferendo una mera tutela risarcitoria.

8.18 E' il caso, ad esempio, delle recenti pronunce della Corte Costituzionale italiana (sentenze n. 49/2011 e n. 160/2019), con le quali si è ritenuta costituzionalmente legittima una previsione nazionale che consente al Giudice amministrativo di concedere la sola tutela risarcitoria per equivalente. Tuttavia, la prima pronuncia (n. 49/2011) ha riguardato un caso relativo all'impugnazione - proposta da persona tesserata, in qualità di dirigente sportivo, presso la Federazione italiana pallacanestro (FIP) - della sanzione disciplinare della inibizione allo svolgimento di ogni attività endofederale per la durata di anni 3 e mesi 4, irrogata nei suoi confronti con decisione della Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport del Comitato olimpico nazionale italiano (CONI). La pronuncia ha, quindi, riguardato una fattispecie ben diversa da quelle in esame ed afferente ai rapporti tra

giustizia sportiva e giustizia ordinaria e, in particolare, ai limiti per il Giudice amministrativo di annullare decisioni assunte dalla Giustizia sportiva. Si tratta, quindi, di decisione che involge situazioni non interessate, comunque, da principi come quelli in precedenza indicati in relazione al sistema audiovisivo e nella quale vi è, comunque, una tutela garantita dall'ordinamento sportivo e, quindi, da un ordinamento diverso da quello degli Stati membri, e una successiva limitata tutela offerta dall'ordinamento nazionale.

8.18.1 Stesse considerazioni valgono per la successiva sentenza n. 160/2019, emessa in relazione ad un giudizio promosso da un dirigente sportivo tesserato della Federazione italiana giuoco calcio (FIGC) per l'annullamento della decisione del 14 febbraio 2017 con cui il Collegio di garanzia dello sport istituito presso il Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), quale organo di giustizia sportiva di ultima istanza, ha confermato l'irrogazione nei suoi confronti della sanzione disciplinare dell'inibizione per tre anni, disposta dalla Corte federale di appello della FIGC. Anche in tale ipotesi si è controverso, quindi, in materia di rapporti tra giustizia sportiva e giustizia statale e la norma è risultata legittima nella parte in cui ha, comunque, realizzato – secondo la Corte Costituzionale italiana – un non irragionevole bilanciamento *“fra il menzionato principio costituzionale di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale e le esigenze di salvaguardia dell'autonomia dell'ordinamento sportivo”* (punti 3.2, 3.2.1, 3.2.2 della sentenza), escludendo *“la possibilità dell'intervento giurisdizionale maggiormente incidente sull'autonomia dell'ordinamento sportivo”* (punto 3.2.2 della sentenza).

8.19 Nel caso di specie, non vi in gioco un bilanciamento tra ordinamento sportivo (e relativa autonomia) e ordinamento statale, né, invero, appare ragionevole la scelta legislativa ove giustificata dal *“preminente interesse nazionale alla sollecita liberazione e assegnazione delle frequenze”* (come indicato dall'art. 1, comma 1037, della L. n. 205/2017), considerato che le esigenze di celerità nell'assegnazione delle frequenze non paiono risultare tali da poter comprimere in modo assoluto la tutela reale, precludendo al Giudice di offrire integrale ed

effettivo ristoro a situazioni illegittimamente lese. E ciò, a maggior ragione, ove si consideri che il sistema audiovisivo italiano è risultato caratterizzato per lungo tempo da situazioni di irregolarità e anomalia, note anche a codesta Corte di Giustizia (*cfr.*, *ex multis*, C.G.U.E., 27 luglio 2017, in C-112/16), e che, una regola come quella in esame preclude la possibilità di rimediare effettivamente a situazioni di violazione della concorrenza e del pluralismo che verranno esaminate anche nel prosieguo della presente ordinanza. Deve, altresì, osservarsi come le esigenze di celerità indicate dal legislatore interno sarebbero state adeguatamente tutelate dallo specifico rito abbreviato previsto - per controversie come quelli principali - dall'art. 119, comma 1, lett. *b*), del codice del processo amministrativo, che prevede termini dimezzati e, quindi, la celere decisione della causa, nonché dal ricorso allo strumento cautelare che, invece, è stato anch'esso limitato dalla disposizione in esame, essendo stato previsto esclusivamente il pagamento di una provvisoria.

8.19.1 Inoltre, non può omettersi di considerare come esigenze di offrire una tutela giurisdizionale efficace ed effettiva emergano dalle disposizioni di cui all'art. 4, par. 1., comma 1, della Direttiva quadro, e dal successivo art. 31 della Direttiva (UE) 2018/1972 “*codice europeo delle comunicazioni elettroniche*”, che impongono agli Stati membri di garantire “*meccanismi efficienti*” per la tutela giurisdizionale degli utenti e delle imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica o risorse correlate, e un “*meccanismo di ricorso efficace*”, e, quindi, a parere del Collegio, in grado di consentire una tutela piena e reale delle situazioni lese mediante tutti gli strumenti garantiti dall'ordinamento nazionale, senza possibilità, quindi, di comprimere la tutela giurisdizionale consentendo di ottenere un mero risarcimento per equivalente.

8.20 In ultimo, questo Consiglio intende precisare come il quesito esposto assuma rilevanza nelle controversie principali in quanto Europa way non ha rinunciato alla domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati e pur avendo ottenuto la capacità trasmissiva mediante la procedura onerosa ha, comunque, precisato che la

partecipazione a tale gara e l'acquisizione della risorse non avrebbero costituito acquiescenza ai provvedimenti e rinuncia alle azioni giurisdizionali proposte, né avrebbero comportato la limitazione della domanda al solo ristoro economico dei costi e dei danni, diversamente da quanto dichiarato dal diverso operatore Persidera, le cui cause sono state decise alla stessa udienza in camera di consiglio del 28.9.2023.

SECONDO QUESITO: SUGLI ARTT. 3, PARAGRAFI 3 E 3-BIS, E 8 DELLA DIRETTIVA 2002/21/CE (C.D. "DIRETTIVA QUADRO"), COME MODIFICATA DALLA DIRETTIVA 2009/140/CE (CORRISPONDENTI AGLI ARTT. 3, 4, 6, 8 PAR. 1, 25 E CONSIDERANDO 34, 37 DELLA DIRETTIVA (UE) 2018/1972 "CODICE EUROPEO DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE") E SULLA COMPATIBILITA' RISPETTO A TALI DISPOSIZIONI DELLA NORMATIVA NAZIONALE.

9. Con il secondo quesito questo Consiglio chiede a codesta Corte di Giustizia dell'Unione europea se il diritto dell'Unione - in particolare gli artt. 3, paragrafi 3 e 3-bis, e 8 e 9 della direttiva 2002/21/CE (c.d. "*direttiva quadro*"), come modificata dalla direttiva 2009/140/CE, nonché gli artt. 5, 6, 8, 9 e 45, della Direttiva (UE) 2018/1972, debba essere interpretato nel senso che osta ad un sistema del tipo di quello introdotto nella Repubblica Italiana dall'art. 1, comma 1031-bis Legge di Bilancio 2018 come introdotto dall'art. 1 comma 1105 Legge di Bilancio 2019, che, come si esporrà, priva o, comunque, limita in modo significativo l'Autorità amministrativa indipendente delle sue funzioni di regolamentazione, stabilendo l'assegnazione di ulteriore capacità trasmissiva mediante procedura onerosa con aggiudicazione all'offerta economica più elevata e con la partecipazione degli *incumbent*.

LA NORMATIVA UNIONALE RILEVANTE.

9.1 In relazione al presente quesito si osserva come vengano in rilievo alcune della Direttiva quadro che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica che ha costituito il quadro normativo di riferimento al

momento di inizio del procedimento di *refarming*. Molte di tali disposizioni sono riprese dalla Direttiva (UE) 2018/1972 che ha proceduto alla rifusione delle direttive 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE. Pertanto, si provvede anche ad indicare le corrispondenti disposizioni di tale Direttiva.

9.2 Il *considerandum* n. 11 della Direttiva 2002/21/CE 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), ha enunciato: *“In conformità al principio della separazione delle funzioni di regolamentazione dalle funzioni operative, gli Stati membri sono tenuti a garantire l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione in modo da assicurare l'imparzialità delle loro decisioni. Il requisito dell'indipendenza lascia impregiudicata l'autonomia istituzionale e gli obblighi costituzionali degli Stati membri, come pure il principio della neutralità rispetto alla normativa sul regime di proprietà esistente negli Stati membri sancito nell'articolo 295 del trattato. Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero essere dotate di tutte le risorse necessarie, sul piano del personale, delle competenze e dei mezzi finanziari, per l'assolvimento dei compiti loro assegnati”* (*considerandum* n. 34 della Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche).

9.3 Il *considerandum* n. 18 della Direttiva quadro ha enunciato: *“L'obbligo per gli Stati membri di garantire che le autorità nazionali di regolamentazione tengano nel massimo conto l'opportunità di una regolamentazione tecnologicamente neutrale, ossia che non imponga l'uso di un particolare tipo di tecnologia né che operi discriminazioni tra particolari tecnologie, non preclude l'adozione di provvedimenti ragionevoli volti a promuovere taluni servizi specifici, ove opportuno, per esempio la televisione digitale come mezzo per aumentare l'efficienza dello spettro”* (*considerandum* n. 25 della Direttiva (UE) 2018/1972);

9.4 Il *considerandum* n. 21 della Direttiva quadro ha enunciato: *“Gli Stati membri*

possono utilizzare, tra l'altro, sistemi di offerte concorrenti oppure di selezione comparativa per l'assegnazione delle radiofrequenze nonché di numeri aventi eccezionale valore economico. Nel gestire tali sistemi, le autorità nazionali di regolamentazione devono tener conto delle disposizioni dell'articolo 8" (considerandum n. 136 della Direttiva (UE) 2018/1972).

9.5 L'art. 2, par. 1, lett. g), della Direttiva quadro ha previsto che si intende per «*autorità nazionale di regolamentazione*», “*l'organismo o gli organismi incaricati da uno Stato membro di svolgere le funzioni di regolamentazione fissate dalla presente direttiva e dalle direttive particolari*”;

9.6 L'art. 3 della Direttiva quadro ha previsto: “*1. Gli Stati membri provvedono affinché le singole funzioni attribuite alle autorità nazionali di regolamentazione dalla presente direttiva e dalle direttive particolari vengano esercitate da un organismo competente. 2. Gli Stati membri garantiscono l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione provvedendo affinché esse siano giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organismi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica. Gli Stati membri che mantengono la proprietà o il controllo di imprese che forniscono reti e/o servizi di comunicazione elettronica provvedono alla piena ed effettiva separazione strutturale delle funzioni di regolamentazione dalle attività inerenti alla proprietà o al controllo. 3. Gli Stati membri provvedono affinché le rispettive autorità nazionali di regolamentazione esercitino i loro poteri in modo imparziale, trasparente e tempestivo. Gli Stati membri assicurano che le autorità nazionali di regolamentazione dispongano di risorse finanziarie e umane adeguate per svolgere i compiti a loro assegnati. 3 bis. Fatto salvo il disposto dei paragrafi 4 e 5, le autorità nazionali di regolamentazione responsabili della regolamentazione ex ante del mercato o della risoluzione delle controversie tra imprese conformemente agli articoli 20 o 21 della presente direttiva operano in indipendenza e non sollecitano né accettano istruzioni da alcun altro organismo nell'esercizio dei compiti loro affidati ai sensi della normativa nazionale che recepisce quella comunitaria. Ciò*

non osta alla supervisione a norma del diritto costituzionale nazionale. Solo gli organi di ricorso istituiti a norma dell'articolo 4 hanno la facoltà di sospendere o confutare le decisioni prese dalle autorità nazionali di regolamentazione. Gli Stati membri garantiscono che il responsabile di un'autorità nazionale di regolamentazione o, se del caso, i membri dell'organo collegiale che ricoprono tale funzione presso un'autorità nazionale di regolamentazione di cui al primo comma o i loro sostituti possano essere sollevati dall'incarico solo se non rispettano più le condizioni prescritte per l'esercizio delle loro funzioni fissate preventivamente nell'ordinamento nazionale. La decisione di allontanare il responsabile dell'autorità nazionale di regolamentazione in questione o, se del caso, i membri dell'organo collegiale che ricoprono tale funzione, è resa pubblica al momento dell'esonero. Il responsabile dell'autorità nazionale di regolamentazione o, se del caso, i membri dell'organo collegiale che ricoprono tale funzione, sollevati dall'incarico, ricevono una motivazione e hanno il diritto di chiederne la pubblicazione, qualora questa non sia altrimenti prevista; nel qual caso, la motivazione è pubblicata. Gli Stati membri assicurano che le autorità nazionali di regolamentazione di cui al primo comma dispongano di bilanci annuali separati. I bilanci sono pubblicati. Gli Stati membri assicurano inoltre che le autorità nazionali di regolamentazione dispongano di risorse finanziarie e umane sufficienti affinché possano partecipare e contribuire attivamente all'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC). [...]" (v., inoltre, artt. 5, 6, 8 e 9 della Direttiva (UE) 2018/1972)

9.7 I par. 3 e par 3-bis dell'art. 3 della direttiva quadro sono stati inseriti dalla direttiva 2009/140, il cui *considerandum* n. 13 ha enunciato: “È opportuno rafforzare l'indipendenza delle [ANR] per garantire un'applicazione più efficace del quadro normativo, rafforzare la loro autorità e assicurare una maggiore prevedibilità delle loro decisioni. A tal fine è opportuno prevedere, nella legislazione nazionale, una disposizione esplicita che garantisca che

un'[ANR] responsabile della regolamentazione ex ante del mercato o della risoluzione di controversie tra imprese è al riparo, nell'esercizio delle sue funzioni, da qualsiasi intervento esterno o pressione politica che potrebbe compromettere la sua imparzialità di giudizio nelle questioni che è chiamata a dirimere. Ai sensi del quadro normativo, tale influenza esterna impedisce a un organo legislativo nazionale di deliberare in quanto [ANR]. [...]" (considerandum n. 37 della Direttiva (UE) 2018/1972).

9.8 L'art. 8 della direttiva quadro ha previsto: *"1. Gli Stati membri provvedono affinché, nello svolgere le funzioni di regolamentazione indicate nella presente direttiva e nelle direttive particolari, le autorità nazionali di regolamentazione adottino tutte le ragionevoli misure intese a conseguire gli obiettivi di cui ai paragrafi 2, 3 e 4. Le misure sono proporzionate a tali obiettivi. Salvo diversa disposizione dell'articolo 9 relativo alle radiofrequenze, gli Stati membri tengono nella massima considerazione l'opportunità di adottare regolamentazioni tecnologicamente neutrali e provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione, nell'esercizio delle funzioni indicate nella presente direttiva e nelle direttive particolari, e in particolare quelle intese a garantire una concorrenza effettiva, facciano altrettanto. Le autorità nazionali di regolamentazione possono contribuire nell'ambito delle loro competenze a garantire l'attuazione delle politiche volte a promuovere la diversità culturale e linguistica e il pluralismo dei mezzi di comunicazione. 2. Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, dei servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati, tra l'altro: a) assicurando che gli utenti, compresi gli utenti disabili, gli utenti anziani e quelli che hanno esigenze sociali particolari ne traggano i massimi vantaggi in termini di scelta, prezzi e qualità; b) garantendo che non vi siano distorsioni e restrizioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche, anche per la trasmissione di contenuti; [...] d) incoraggiando un uso efficace e garantendo una gestione efficiente delle*

radiofrequenze e delle risorse di numerazione. 3. Le autorità nazionali di regolamentazione contribuiscono allo sviluppo del mercato interno, tra l'altro: a) rimuovendo gli ostacoli residui che si frappongono alla fornitura di reti di comunicazione elettronica, di risorse e servizi correlati e di servizi di comunicazione elettronica a livello europeo; b) incoraggiando l'istituzione e lo sviluppo di reti transeuropee e l'interoperabilità dei servizi paneuropei e la connettività da utente a utente (end-to-end); [...] d) collaborando tra loro, con la Commissione e con il BEREC per garantire lo sviluppo di pratiche normative coerenti e l'applicazione coerente della presente direttiva e delle direttive particolari. 4. Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono gli interessi dei cittadini dell'Unione europea, tra l'altro: a) garantendo a tutti i cittadini un accesso al servizio universale quale specificato nella direttiva 2002/22/CE (direttiva servizio universale); b) garantendo un livello elevato di protezione dei consumatori nei loro rapporti con i fornitori, in particolare predisponendo procedure semplici e poco onerose di composizione delle controversie espletate da un organismo indipendente dalle parti in causa; c) contribuendo a garantire un livello elevato di protezione dei dati personali e della vita privata; d) promuovendo la diffusione di informazioni chiare, in particolare imponendo la trasparenza delle tariffe e delle condizioni di uso dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico; e) prendendo in considerazione le esigenze di gruppi sociali specifici, in particolare degli utenti disabili, degli utenti anziani e di quelli che hanno esigenze sociali particolari; f) garantendo il mantenimento dell'integrità e della sicurezza delle reti di comunicazione pubbliche; g) promuovendo la capacità degli utenti finali di accedere ad informazioni e distribuirle o eseguire applicazioni e servizi di loro scelta. 5. Nel perseguire le finalità programmatiche di cui ai paragrafi 2, 3 e 4 le autorità nazionali di regolamentazione applicano principi regolamentari obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati, tra l'altro: a) promuovendo la prevedibilità regolamentare, garantendo un approccio

regolatore coerente nell'arco di opportuni periodi di revisione; b) garantendo che, in circostanze analoghe, non vi siano discriminazioni nel trattamento delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica; c) salvaguardando la concorrenza a vantaggio dei consumatori e promuovendo se del caso la concorrenza basata sulle infrastrutture; d) promuovendo investimenti efficienti e innovazione in infrastrutture nuove e migliorate, anche garantendo che qualsiasi obbligo di accesso tenga debito conto del rischio sostenuto dalle imprese di investimento e consentendo vari accordi di cooperazione tra gli investitori e le parti che richiedono accesso onde diversificare il rischio di investimento, assicurando nel contempo la salvaguardia della concorrenza nel mercato e del principio di non discriminazione; e) tenendo debito conto della varietà delle condizioni attinenti alla concorrenza e al consumo nelle diverse aree geografiche all'interno del territorio di uno Stato membro; f) imponendo obblighi regolamentari ex ante unicamente dove non opera una concorrenza effettiva e sostenibile, e attenuandoli o revocandoli non appena sia soddisfatta tale condizione” (artt. 5 e 6 della direttiva (UE) 2018/1972).

9.9 L'art. 9 della Direttiva quadro ha previsto: *“1. Tenendo debito conto del fatto che le radiofrequenze sono un bene pubblico dotato di un importante valore sociale, culturale ed economico, gli Stati membri provvedono alla gestione efficiente delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica nel loro territorio ai sensi degli articoli 8 e 8 bis. Essi garantiscono che l'attribuzione degli spettri ai fini dei servizi di comunicazione elettronica e la concessione di autorizzazioni generali o di diritti d'uso individuali in materia da parte delle autorità nazionali competenti siano fondate su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati. Nell'applicare il presente articolo gli Stati membri rispettano gli accordi internazionali pertinenti, fra cui i regolamenti radio dell'UIT, e possono tener conto di considerazioni di interesse pubblico. 2. Gli Stati membri promuovono l'armonizzazione dell'uso delle radiofrequenze nel territorio della Comunità europea in modo coerente con l'esigenza di garantirne un utilizzo*

effettivo ed efficiente e di perseguire benefici per i consumatori, come economie di scala e interoperabilità dei servizi. In tale contesto gli Stati membri agiscono ai sensi dell'articolo 8 bis e della decisione n. 676/2002/CE (decisione spettro radio).

3. Salvo disposizione contraria contenuta nel secondo comma, gli Stati membri assicurano che nelle bande di frequenze dichiarate disponibili per i servizi di comunicazione elettronica possano essere utilizzati tutti i tipi di tecnologie usate per i servizi di comunicazione elettronica nel rispettivo piano di assegnazione delle frequenze nazionali a norma del diritto comunitario. Gli Stati membri possono, tuttavia, prevedere limitazioni proporzionate e non discriminatorie dei tipi di tecnologie di accesso senza fili o rete radiofonica utilizzati per servizi di comunicazione elettronica, ove ciò sia necessario al fine di: a) evitare interferenze dannose; b) proteggere la salute pubblica dai campi elettromagnetici c) assicurare la qualità tecnica del servizio; d) assicurare la massima condivisione delle radiofrequenze; e) salvaguardare l'uso efficiente dello spettro; oppure f) garantire il conseguimento di un obiettivo di interesse generale conformemente al paragrafo

4. Salvo disposizione contraria contenuta nel secondo comma, gli Stati membri assicurano che nelle bande di frequenze dichiarate disponibili per i servizi di comunicazione elettronica possano essere forniti tutti i tipi di servizi di comunicazione elettronica nei rispettivi piani nazionali di attribuzione delle frequenze a norma del diritto comunitario. Gli Stati membri possono, tuttavia, prevedere limitazioni proporzionate e non discriminatorie dei tipi di servizi di comunicazione elettronica che è possibile fornire, anche, se necessario, al fine di soddisfare un requisito dei regolamenti radio dell'UIT. Le misure che impongono la fornitura di un servizio di comunicazione elettronica in una banda specifica disponibile per i servizi di comunicazione elettronica sono giustificate per garantire il conseguimento di un obiettivo di interesse generale definito dagli Stati membri conformemente al diritto comunitario, come, ad esempio e a titolo non esaustivo: a) garantire la sicurezza della vita; b) la promozione della coesione

sociale, regionale o territoriale; c) evitare un uso inefficiente delle radiofrequenze; oppure d) la promozione della diversità culturale e linguistica e del pluralismo dei media, ad esempio mediante prestazione di servizi di radiodiffusione o telediffusione. Una misura che vieta la fornitura di qualsiasi altro servizio di comunicazione elettronica in una banda specifica può essere prevista esclusivamente ove sia giustificata dalla necessità di proteggere i servizi di sicurezza della vita. Gli Stati membri possono anche eccezionalmente estendere tale misura al fine di conseguire altri obiettivi di interesse generale quali definiti dagli Stati membri a norma del diritto comunitario. 5. Gli Stati membri riesaminano periodicamente la necessità delle limitazioni di cui ai paragrafi 3 e 4 e rendono pubblici i risultati di tali revisioni. 6. I paragrafi 3 e 4 si applicano agli spettri radio attribuiti ai fini dei servizi di comunicazione elettronica nonché alle autorizzazioni generali e ai diritti d'uso individuali delle radiofrequenze concessi a decorrere dal 25 maggio 2011. Alle attribuzioni degli spettri radio, alle autorizzazioni generali e ai diritti d'uso individuali esistenti al 25 maggio 2011 si applicano le disposizioni dell'articolo 9 bis. 7. Fatte salve le disposizioni delle direttive particolari e tenendo conto delle circostanze nazionali pertinenti, gli Stati membri possono stabilire norme volte a impedire l'accumulo di frequenze, in particolare fissando scadenze rigorose per lo sfruttamento efficace dei diritti d'uso da parte del titolare dei diritti e applicando sanzioni, comprese le sanzioni pecuniarie o la revoca dei diritti d'uso in caso di mancato rispetto delle scadenze. Tali norme sono stabilite e applicate in modo proporzionato, trasparente non discriminatorio” [art. 45 della direttiva (UE) 2018/1972].

9.10 Il *considerandum* 11 della Decisione (UE) 2017/899 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017, relativa all'uso della banda di frequenza 470-790 MHz nell'Unione, enuncia: “*La condivisione dello spettro in una banda di frequenza comune tra banda larga senza fili bidirezionale per l'uso in zone estese (in uplink e downlink), da una parte, e trasmissione televisiva unidirezionale o apparecchiature PMSE audio senza fili, dall'altra, è problematica dal punto di*

vista tecnico qualora le loro zone di copertura si sovrappongano o siano vicine. Ciò significa che la ridestinazione della banda di frequenza dei 700 MHz ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga senza fili terrestri bidirezionali priverebbe gli utenti della DTT e delle apparecchiature PMSE audio senza fili di parte delle loro risorse di spettro. I settori DTT e PMSE necessitano pertanto di prevedibilità della normativa a lungo termine per quanto riguarda la disponibilità di spettro sufficiente, in modo da poter garantire la fornitura e lo sviluppo sostenibili dei loro servizi, in particolare dei servizi televisivi non a pagamento, assicurando nel contempo un contesto adeguato per gli investimenti, in modo da conseguire gli obiettivi della politica audiovisiva dell'Unione e nazionale, quali la coesione sociale, il pluralismo dei media e la diversità culturale. E' possibile che siano necessarie misure a livello dell'Unione e nazionale per garantire risorse di spettro supplementari, al di fuori della banda di frequenza 470-790 MHz, per le apparecchiature PMSE audio senza fili”.

9.11 Il *considerandum* n. 20 della decisione di cui al punto precedente enuncia: “*Gli Stati membri dovrebbero adottare tabelle di marcia nazionali coerenti per agevolare l'uso della banda di frequenza dei 700 MHz per i servizi di comunicazione elettronica a banda larga senza fili terrestri, garantendo allo stesso tempo la continuità dei servizi di trasmissione televisiva che liberano la banda. Una volta stabilite tali tabelle di marcia nazionali, gli Stati membri dovrebbero renderle disponibili in modo trasparente nell'Unione. Le tabelle di marcia nazionale dovrebbero riguardare le attività e i tempi previsti per la riprogrammazione delle frequenze, l'evoluzione tecnica della rete e delle apparecchiature degli utenti finali, la coesistenza di apparecchiature radio e non radio, i regimi di autorizzazione esistenti e quelli nuovi, i meccanismi atti a evitare interferenze dannose nei confronti degli utenti dello spettro in bande adiacenti e informazioni sulla possibilità di compensare gli eventuali costi di migrazione, qualora sorgano, al fine di evitare, tra l'altro, costi a carico degli utenti finali o*

degli emittenti. Se gli Stati membri intendono mantenere la DTT, nelle loro tabelle di marcia nazionali dovrebbero considerare l'opzione di facilitare l'aggiornamento delle apparecchiature di trasmissione e il loro passaggio a tecnologie che utilizzano lo spettro in modo più efficiente, quali formati video (ad esempio HEVC) o tecnologie di trasmissione del segnale (ad esempio DVB-T2) avanzati”.

IL DIRITTO NAZIONALE RILEVANTE.

9.12 L'art. 1, comma 1030, della L. n. 205/2017, come modificato dall'art. 1, comma 1103, della L. n. 145/2018, prevede: *“Entro il 31 maggio 2018, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni adotta il piano nazionale di assegnazione delle frequenze da destinare al servizio televisivo digitale terrestre, denominato PNAF, considerando le codifiche o standard più avanzati per consentire un uso più efficiente dello spettro ed utilizzando per la pianificazione in ambito locale il criterio delle aree tecniche. Entro il 31 gennaio 2019 l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni aggiorna il PNAF di cui al periodo precedente. Al fine di escludere interferenze nei confronti di Paesi radioelettricamente confinanti, in ciascuna area di coordinamento definita dagli accordi internazionali sottoscritti dal Ministero dello sviluppo economico e dalle autorità degli Stati confinanti in attuazione della decisione (UE) 2017/899, del 17 maggio 2017, di cui al comma 1026, sono oggetto di pianificazione esclusivamente le frequenze attribuite all'Italia dagli accordi stessi. Le frequenze in banda III VHF sono pianificate sulla base dell'Accordo di Ginevra 2006 e di successivi accordi internazionali sottoscritti dal Ministero dello sviluppo economico, per la radiofonia digitale e, ove necessario, per il servizio televisivo digitale terrestre. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni pianifica per la realizzazione di un multiplex contenente l'informazione regionale da parte del concessionario del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale una rete con decomponibilità per macroaree con frequenze in banda UHF. Le frequenze per il servizio televisivo digitale terrestre, in banda III VHF e 470-694 MHz, non attribuite internazionalmente all'Italia nelle aree di coordinamento definite dagli accordi internazionali di cui al*

primo periodo, non possono essere pianificate nè assegnate”.

9.13 L'art. 1, comma 1031, della L. n. 205/2017, come modificato dall'art. 1, comma 1104, della L. n. 145/2018, prevede: *“In linea con gli obiettivi della politica audiovisiva europea e nazionale di coesione sociale, pluralismo dei mezzi di comunicazione e diversità culturale e con la finalità della più efficiente gestione dello spettro consentita dall'impiego delle tecnologie più avanzate, tutte le frequenze assegnate in ambito nazionale e locale per il servizio televisivo digitale terrestre ed attribuite in banda III VHF e 470-694 MHz sono rilasciate secondo il calendario di cui al comma 1032. Per le medesime finalità di cui al primo periodo, i diritti d'uso delle frequenze di cui sono titolari alla data di entrata in vigore della presente legge gli operatori di rete nazionali sono convertiti in diritti d'uso di capacità trasmissiva in multiplex nazionali di nuova realizzazione in tecnologia DVB-T2, secondo i criteri definiti dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni entro il 31 marzo 2019 ai fini dell'assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni entro il 31 marzo 2019 stabilisce i criteri per l'assegnazione in ambito nazionale dei diritti d'uso delle frequenze [in banda 470-694 MHz UHF] pianificate ai sensi del comma 1030 per il servizio televisivo digitale terrestre agli operatori di rete nazionali, tenendo conto della necessità di assicurare il contenimento degli eventuali costi di trasformazione e di realizzazione delle reti, la riduzione dei tempi del periodo transitorio di cui al comma 1032 e la minimizzazione dei costi ed impatti sugli utenti finali. Entro il 30 giugno 2019, il Ministero dello sviluppo economico provvede al rilascio dei diritti d'uso delle frequenze di cui al terzo periodo ad operatori di rete nazionali sulla base dei criteri definiti dall'Autorità di cui al medesimo periodo L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni dispone le modalità e le condizioni economiche, orientate al costo, secondo cui il concessionario del servizio pubblico nel multiplex contenente l'informazione regionale ha l'obbligo di cedere una quota della capacità trasmissiva assegnata, comunque non inferiore a un programma, nel*

periodo transitorio, a favore di ognuno dei soggetti legittimamente operanti in ambito locale assegnatari dei diritti d'uso dei canali CH 51 e 53 alla data di entrata in vigore della presente disposizione che rilascino i rispettivi diritti d'uso nel periodo transitorio ai sensi del comma 1032”.

9.14 L'art. 1, comma 1031-bis, della L. n. 205/2017, inserito dall'articolo 1, comma 1105, della Legge 30 dicembre 2018, n. 145, prevede: “L'assegnazione dell'ulteriore capacità trasmissiva disponibile in ambito nazionale e delle frequenze terrestri, aggiuntive rispetto a quelle destinate alla conversione dei diritti d'uso di cui al comma 1031 e pianificate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel PNAF, da destinare al servizio televisivo digitale terrestre per gli operatori di rete nazionali e la concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo e multimediale, avviene mediante procedura onerosa senza rilanci competitivi, indetta entro il 30 novembre 2019 dal Ministero dello sviluppo economico, in attuazione delle procedure stabilite entro il 30 settembre 2019 dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi dell'articolo 29 del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, sulla base dei seguenti principi e criteri: a) assegnare la capacità trasmissiva e le frequenze sulla base di lotti con dimensione pari alla metà di un multiplex; b) determinare un valore minimo delle offerte sulla base dei valori di mercato individuati dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; c) considerare il valore delle offerte economiche presentate; d) garantire la continuità del servizio, la celerità della transizione tecnologica nonché la qualità delle infrastrutture tecnologiche messe a disposizione dagli operatori di rete nazionali operanti nel settore, ivi inclusa la concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo e multimediale; e) valorizzare le esperienze maturate dagli operatori di rete nazionali nel settore, con particolare riferimento alla realizzazione di reti di radiodiffusione digitale; f) valorizzare la capacità strutturale di assicurare l'efficienza spettrale, le professionalità e le competenze maturate nel settore, l'innovazione tecnologica e l'ottimale, effettivo e tempestivo

sfruttamento della capacità trasmissiva e delle frequenze aggiuntive; g) assicurare la miglior valorizzazione dello spettro, tenendo conto dell'attuale diffusione di contenuti di buona qualità in tecnologia televisiva digitale terrestre alla più vasta maggioranza della popolazione italiana. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato a provvedere, con propri decreti, alla riassegnazione degli introiti, versati su apposito capitolo di entrata del bilancio dello Stato, ad appositi capitoli di spesa dello stato di previsione del Ministero dello sviluppo economico per interventi finalizzati a incentivare l'acquisto di apparecchiature di ricezione televisiva di cui alla lettera c) del comma 1039, nel rispetto del principio di neutralità tecnologica, e a favorire la sperimentazione di nuove tecnologie televisive, secondo modalità operative e procedure di erogazione stabilite con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze”.

IL QUESITO RIMESSO A CODESTA CORTE DI GIUSTIZIA.

9.15 Il presente quesito riguarda la conformità al diritto unionale del fattore di conversione individuato dall'Autorità e, in generale, il complessivo meccanismo di determinazione della capacità trasmissiva assegnata agli operatori già presenti sul mercato e della capacità assegnata mediante la procedura onerosa di cui all'art. 1, comma 1031-*bis*, della L. n. 205/2017. In particolare, il quesito si incentra sulla conformità al diritto dell'Unione europea del meccanismo previsto in relazione ai principi di indipendenza, autonomia e neutralità dell'A.N.R. e delle decisioni da esse adottate.

9.16 Osserva il Collegio come il tema relativo al criterio di conversione dei *mux* nel passaggio dalla tecnologia DVB-T a quella DVB-T2 sia stato oggetto di apposito approfondimento istruttorio. Questo Consiglio ha, infatti, chiesto all'Autorità di chiarire quale sia stata la valutazione tecnica che abbia condotto al criterio di conversione dei MUX nel passaggio dalla tecnologia DVB -T a DVB-T2 pari a 0,5.

9.17 L'Autorità ha evidenziato che: *“le valutazioni tecniche svolte dall'Autorità ai fini dell'individuazione del criterio di conversione dei MUX nel passaggio da DVB-T a DVBT2 (ai sensi della delibera n. 129/19/CONS20) muovono dal quadro degli obiettivi e delle regole definito dal Legislatore nazionale a disciplina del complesso processo di riassetto del sistema radiotelevisivo nazionale e locale, nella banda rimasta a disposizione del broadcasting a seguito della destinazione delle frequenze a 700 MHz (694 - 790 MHz) ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga senza fili (in attuazione della decisione n. 2017/899 del 17 maggio 2017 del Parlamento europeo e del Consiglio), c.d. refarming della banda 700 MHz”*. L'Autorità ha fatto, quindi, riferimento al criterio dettato dall'art. 1, comma 1031, della L. n. 205/2017, che ha introdotto la nozione di *“diritto d'uso di capacità trasmissiva”*, disponendo che *“i diritti d'uso delle frequenze di cui sono titolari alla data di entrata in vigore della presente legge gli operatori di rete nazionali sono convertiti in diritti d'uso di capacità trasmissiva in multiplex nazionali di nuova realizzazione in tecnologia DVB-T2, secondo i criteri definiti dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai fini dell'assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze”*. Il legislatore ha, quindi, fatto riferimento ad un concetto che *“non trova, tuttavia, diretto riscontro nel quadro legislativo e regolamentare vigente a livello di Unione europea o a livello nazionale. Essa, peraltro, costituirebbe un bene giuridico diverso dal “diritto d'uso delle frequenze radio”, la cui disciplina è ben specificata dal quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica²³ e recepita nell'ordinamento interno dal Codice delle comunicazioni elettroniche”*. Secondo l'Autorità, in ogni caso, le previsioni della L. n. 205/2017 *“trovano coerenza con l'impianto generale della normativa di settore laddove la conversione dei “diritti d'uso delle frequenze” in “diritti d'uso della capacità trasmissiva” sia intesa quale mero passaggio intermedio del più ampio processo di conversione dei “diritti d'uso di frequenze DVB-T”, sulle reti nazionali pianificate prima del refarming (che come riportato nella risposta al quesito precedente erano in numero di 20), in “diritti d'uso di frequenze DVB-T2”*

sulle reti nazionali pianificate a valle del refarming (in numero di 12)”. Tenendo presente, quindi, la “capacità trasmissiva”, l’Autorità ha poi indicato il percorso tecnico seguito per determinare la conversione evidenziando che: i) “in concreto le prestazioni (in termini di capacità trasmissiva) dei multiplex, sia in esercizio (DVB-T) sia di nuova generazione (DVB-T2), risultano tra loro diverse, o potrebbero risultare diverse (giacché, come detto, l’impiego della system variant dipende dalle singole scelte di ogni operatore)”, e, pertanto, non poteva “essere utilizzato, ai fini della conversione dei diritti d’uso delle frequenze assegnate agli operatori nazionali, un criterio che prendesse a riferimento la capacità trasmissiva effettivamente esercitata dagli stessi, in quanto si sarebbe pervenuti all’individuazione non di un unico criterio di conversione di sistema, ma di differenti fattori, ciascuno per ogni singola rete degli operatori, destinati a produrre risultati impossibili da gestire in termini di assegnazione concreta delle nuove reti DVB-T2 e della relativa capacità trasmissiva”; ii) si è proceduto ad elaborare uno scenario che ha considerato un valore di capacità trasmissiva nominale unico per tutti gli operatori e corrispondente a quello preso a riferimento dall’Autorità nell’elaborazione dei piani nazionali di assegnazione delle frequenze, ma, “anche in tale ipotesi (che assume valori di capacità trasmissiva uguali per tutti, determinati in via convenzionale), non era possibile determinare un fattore puramente “tecnico” (ossia matematico) di conversione, di applicazione generale, funzionale all’assegnazione dei diritti d’uso di frequenze per i nuovi multiplex DVB-T2, in quanto, considerato che un multiplex DVB-T assicura 20 Mbit/s di capacità trasmissiva (convenzionale da PNAF 2010), mentre un multiplex DVB-T2 assicura 37 Mbit/s di capacità trasmissiva (convenzionale da PNAF 2019), il relativo fattore di conversione matematico sarebbe risultato pari a 0,54”; iii) non era possibile adottare un criterio di conversione pari a 0.6 in quanto non compatibile con la L. n. 205/2017 (corsivo del Collegio), perché “avrebbe richiesto la destinazione di tutte le n. 12 nuove reti DVB-T2 pianificate dal PNAF 2019 al

processo di conversione, con la conseguenza che non sarebbero residue reti e relativa capacità trasmissiva da poter destinare alla procedura onerosa prevista dal comma 1031-bis”; iv) inoltre, il “proposto fattore di conversione 0,6 avrebbe determinato risultati pratici tali da implicare una frammentazione della capacità trasmissiva tra alcuni operatori, difficilmente attuabile sia in termini di concreta assegnazione sui singoli multiplex sia di effettiva possibilità di gestione degli stessi multiplex. Considerata, infatti, l’iniziale distribuzione delle n. 20 reti DVB-T tra gli 8 operatori presenti nello scenario pre-refarming (tre operatori esercivano 5 reti trasmissive, mentre i rimanenti 5 operatori esercivano 1 rete ciascuno), l’applicazione del criterio di conversione 0,6 avrebbe comportato per gli operatori titolati di un solo diritto d’uso una frammentazione della relativa capacità trasmissiva sulle nuove reti, che avrebbe addirittura implicato l’assegnazione di un multiplex a ben tre differenti soggetti (uno titolare del 20% della relativa capacità trasmissiva, uno del 60% e il terzo, infine, del residuo 20%) e la distribuzione della capacità trasmissiva disponibile per due operatori su più multiplex (che sarebbero risultati, quindi, titolari del 20% della capacità trasmissiva di un multiplex e del 40% della capacità trasmissiva di altro multiplex)”; v) “anche in relazione all’opportunità (evidenziata da taluni in fase di consultazione pubblica) di considerare il guadagno derivante dall’adozione di codifiche di sorgente avanzate (MPEG-4 e HEVC) ai fini della definizione del criterio di conversione tra reti DVB-T e nuove reti DVB-T2, occorre osservare che il Legislatore, all’articolo 1, comma 1031 della Legge di Bilancio 2018, nel prevedere la procedura di conversione, ha fatto riferimento alla “capacità trasmissiva” per tracciare una sorta di “equivalenza” tra le attuali reti DVB-T e le nuove reti DVB-T2, senza alcuna considerazione o specificazione in merito al numero dei programmi attualmente trasportati o a quelli trasportabili sulle nuove reti”.

9.18 In sostanza, secondo l’Autorità “i fattori di conversione di cui si è detto (incluso il fattore matematico, pari a 0,54, individuato dall’Autorità sulla base del rapporto tra la capacità trasmissiva dei multiplex DVB-T e quella dei multiplex

DVB-T2) non sarebbero risultati neppure compatibili con le scelte operate dal Legislatore con la Legge di Bilancio 2019 in relazione alle modalità di assegnazione dell’“ulteriore capacità trasmissiva disponibile in ambito nazionale e delle frequenze terrestri, aggiuntive rispetto a quelle destinate alla conversione dei diritti d’uso [...]” di cui al citato comma 1031-bis, dacché la suddetta disposizione, nel prevedere lo svolgimento di una procedura onerosa per l’assegnazione della capacità aggiuntiva e delle relative frequenze, ha stabilito, tra i principi e i criteri cui avrebbe dovuto attenersi l’Autorità nel dettarne la disciplina, che i relativi lotti avessero “dimensione pari alla metà di un multiplex”.

9.19 Tale peculiare previsione non poteva che trovare giustificazione, secondo la prospettiva della stessa Autorità, nella volontà del Legislatore di creare un “*collegamento funzionale*” tra le due distinte e autonome procedure di assegnazione dei diritti d’uso (rispettivamente, la procedura di conversione di cui alla delibera n. 129/19/CONS di assegnazione dei diritti d’uso per le reti DVB-T2 mediante conversione dei diritti d’uso già detenuti per le reti DVB-T e la procedura di assegnazione onerosa delle frequenze aggiuntive di cui alla delibera n. 564/20/CONS), attribuendo così, sia agli operatori plurirete (che a seguito della conversione sarebbero risultati titolari di diritti d’uso di capacità trasmissiva per 2,5 *multiplex* DVB-T2) a sia quelli monorete (che a seguito della conversione sarebbero risultati titolari di diritti d’uso di capacità trasmissiva per n. 0,5 *multiplex* DVB-T2), la possibilità di “*completare*” il mezzo “*diritto mancante*” attraverso i lotti oggetto della procedura onerosa, anziché ricorrere necessariamente al meccanismo delle intese volontarie.

9.20 Dalle considerazioni esposte dalla stessa Autorità si evince come, sulle valutazioni dell’A.N.R., abbia inciso, in modo sostanziale, la normativa di cui alla L. n. 205/2017. Infatti, l’Autorità nazionale ha sì rappresentato le difficoltà tecniche di determinazione del fattore di conversione della relazione depositata in adempimento dell’ordinanza istruttoria, ma ha, altresì, evidenziato la necessità di

dover tener conto della previsione di cui all'art. 1, comma 1031-*bis* della Legge di bilancio del 2019, che è stato considerato “*come una sorta di “dividendo esterno” per il comparto nazionale, identificando quell’“ulteriore capacità trasmissiva disponibile in ambito nazionale” che il Legislatore, al citato comma 1031-bis, indicava quale capacità da destinare al mercato attraverso procedure aperte e non discriminatorie*” (punto 19 della relazione dell'A.N.R.). In tal modo, sulla determinazione di un fattore di conversione che sarebbe dovuto essere meramente tecnico ha inciso la scelta operata dal legislatore che è, chiaramente, espressione di un'opzione politica.

9.21 Dubita, tuttavia, il Collegio che la sostanziale incidenza di una decisione politica effettuata dal legislatore nazionale sulle scelte operate dall'Autorità possa ritenersi conforme al diritto euro-unitario e, in particolare, ai principi e alle regole unionali in tema di indipendenza dell'A.N.R. Deve, infatti, considerarsi come il *considerandum* n. 11 della Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, e, successivamente, il *considerandum* n. 34 della Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, abbiano enunciato la necessità di garantire la “*separazione delle funzioni di regolamentazione dalle funzioni operative*”, e di salvaguardare, quindi, l'indipendenza delle A.N.R. e la loro autonomia decisionale. Inoltre, l'art. 3 della direttiva quadro ha imposto agli Stati membri di garantire l'indipendenza delle A.N.R. e di consentire alle stessi di agire in modo imparziale, trasparente e tempestivo (v., inoltre, artt. 5, 6, 8 e 9 della Direttiva (UE) 2018/1972). Tale principio è stato rafforzato con l'introduzione delle previsioni di cui all'art. 3, par. 3 e par 3-*bis*, della direttiva quadro ad opera della direttiva 2009/140, il cui *considerandum* n. 13 ha sancito la necessità di rafforzare l'indipendenza delle [A.N.R.] per garantire un'applicazione più efficace del quadro normativo, rafforzare la loro autorità e assicurare una maggiore prevedibilità delle loro decisioni.

9.22 Da tali disposizioni questo Consiglio ha già ricavato la sussistenza di una

riserva di amministrazione indipendente, che mira a garantire alle A.N.R. un ambito di regolamentazione sottratto all'intervento delle autorità politiche proprio per assicurare l'indipendenza della funzione regolarità e la prevedibilità delle relative decisioni (Consiglio di Stato, Sez. III, 16 ottobre 2018, n. 5929).

9.23 Questo Consiglio ha, altresì, evidenziato che *“le autorità indipendenti hanno funzioni di regolazione di determinati settori della vita economica mediante attribuzione di poteri normativi, amministrativi e giustiziali”* e che *“esperienza tecnica e neutralità pongono i settori economici regolati al riparo da inframettanze politiche, tutte le volte in cui il legislatore decida di istituire un regolatore riconducibile al genus dell'amministrazione indipendente”* (Consiglio di Stato, Sez. II, 25 febbraio 2011, n. 872, proprio in relazione alla vicenda del beauty contest).

9.24 Le statuizioni di questo Consiglio risultano in linea con quanto già affermato da codesta Corte Giustizia, la quale ha già affermato - pronunciandosi in ordine al pur diverso tema relativo alla possibilità per il legislatore nazionale di annullare una procedura per l'assegnazione di radiofrequenze in corso di svolgimento organizzata dall'A.N.R. competente - la necessità di preservare l'autonomia e l'indipendenza dell'A.N.R. (Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sez. IV, 26 luglio 2017, nella causa C-560/15). Dalla normativa unionale e dalla statuizione di codesta Corte sembra, quindi, emergere una riserva di amministrazione indipendente che pone un limite ad interventi normativi che possano elidere, limitare o comprimere la sfera di intervento dell'A.N.R.

9.25 Questo Collegio chiede, quindi, se il diritto unionale osti ad una normativa come quella contenuta all'interno dell'art. 1, commi 1031 e 1031-bis, della L. n. 205/2017, così come interpretata ed applicata dall'Autorità nazionale di regolazione. E', infatti, indubbio che l'interpretazione ed applicazione di tale normativa abbia, in primo luogo, sottratto risorse alla conversione per destinarla alla procedura onerosa. Così facendo, il legislatore ha, tuttavia, compresso la sfera valutativa discrezionale dell'Autorità terminando per porre un essenziale tassello

nel procedimento di determinazione del criterio di conversione da parte dell'Autorità e, in sostanza, del numero di reti da destinare alla conversione.

9.26 Omologhe considerazioni valgono per i criteri e principi dettati direttamente dalla normativa nazionale. Infatti, la normativa ha, comunque, imposto criteri e principi per la procedura onerosa che, in ragione delle esigenze di autonomia e indipendenza dell'A.N.R., sarebbe stato compito dell'Autorità determinare. In particolare, il legislatore ha previsto i seguenti criteri e principi: *“a) assegnare la capacità trasmissiva e le frequenze sulla base di lotti con dimensione pari alla metà di un multiplex; b) determinare un valore minimo delle offerte sulla base dei valori di mercato individuati dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; c) considerare il valore delle offerte economiche presentate; d) garantire la continuità del servizio, la celerità della transizione tecnologica nonché la qualità delle infrastrutture tecnologiche messe a disposizione dagli operatori di rete nazionali operanti nel settore, ivi inclusa la concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo e multimediale; e) valorizzare le esperienze maturate dagli operatori di rete nazionali nel settore, con particolare riferimento alla realizzazione di reti di radiodiffusione digitale; f) valorizzare la capacità strutturale di assicurare l'efficienza spettrale, le professionalità e le competenze maturate nel settore, l'innovazione tecnologica e l'ottimale, effettivo e tempestivo sfruttamento della capacità trasmissiva e delle frequenze aggiuntive; g) assicurare la miglior valorizzazione dello spettro, tenendo conto dell'attuale diffusione di contenuti di buona qualità in tecnologia televisiva digitale terrestre alla più vasta maggioranza della popolazione italiana”*.

9.27 In tal modo, sia la dimensione dei lotti che le regole della procedura sono state determinate dal legislatore nazionale, comprimendo, entro tali criteri, le possibilità valutative e le decisioni discrezionali dell'Autorità di regolazione, e consentendo, inoltre, la partecipazione degli *incumbent*, con una scelta chiaramente espressiva di una linea *“politica”* e non tecnica. In tal modo, si è compressa la funzione assegnata all'A.G.Com che si fonda sull'esperienza tecnica e la neutralità delle decisioni

dell'A.N.R., così dal porre i settori economici al riparo al riparo da inframmettenze politiche, evitando che il mercato sia definito secondo criteri mutevoli, soggetti al variare degli orientamenti delle maggioranze politiche. Comprimendo gli spazi valutativi dell'Autorità, la normativa in esame introduce elementi di eteronomia nel mercato concorrenziale, limitando, con ogni evidenza, quella che autorevole dottrina italiana individua come il compito primario della funzione regolatoria delle Autorità amministrative indipendenti e, cioè, la creazione di una “*democrazia economica*” che si realizza tramite la pari possibilità di concorrere all'interno del mercato concorrenziale; possibilità che pare al Collegio alterata nel caso di specie sia dall'incidenza della decisione politico-legislativa sulla determinazione del fattore di conversione sia dai criteri-principi dettati per la conversione/assegnazione e per la procedura onerosa, parimenti espressione di una scelta eteronoma rispetto alle determinazioni neutre dell'Autorità, e, per questo preclusa dalle regole e dai principi unionali illustrati che, nel preservare l'autonomia decisionale delle A.N.R., mirano a realizzare quella “*democrazia economica*” che, nel mercato in esame, è funzionale al pluralismo e, quindi, ad un più ampio e generale concetto di democrazia, come illustrato nelle pagine che precedono.

TERZO QUESITO: SUGLI ARTT. 8 E 9 DELLA DIRETTIVA QUADRO, SUGLI ARTT. 3, 5, 7, 14 DELLA DIRETTIVA AUTORIZZAZIONE, E SUGLI ARTT. 3 E 4 DELLA DIRETTIVA CONCORRENZA, SUI CONSIDERANDA N. 11 E 20 DELLA DECISIONE UE 2017/899 E SUI PRINCIPI DI EQUITA', NON DISCRIMINAZIONE, TUTELA DELLA CONCORRENZA E DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO E SULLA COMPATIBILITA' RISPETTO A TALI CONSIDERANDA E A TALI PRINCIPI DELLA NORMATIVA NAZIONALE.

10. Con il presente quesito si intende sottoporre all'attenzione di codesta Corte di Giustizia la questione relativa alla portata delle disposizioni di cui agli artt. 8 e 9 della Direttiva 2002/21/CE 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), di cui agli artt. 3, 5, 7, e 14 della Direttiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), di cui agli artt. 2 e 4 della Direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, e delle enunciazioni contenute nei consideranda n. 11 e n. 20 della Decisione UE 2017/899 e ai principi di equità, non discriminazione, tutela della concorrenza e del legittimo affidamento e sulla compatibilità a tali principi del sistema introdotto dalla Repubblica italiana che non ha determinato una conversione per equivalente delle risorse frequenziali DVB-T al nuovo standard tecnologico DVB-T2, comportando per l'operatore la necessità di ottenere le risorse aggiuntive mediante procedura onerosa.

LA NORMATIVA UNIONALE RILEVANTE.

10.1 In relazione al presente quesito assumono rilievo gli artt. 8 e 9 della direttiva quadro (già esposti ai punti 40.6 e 40.7 della presente ordinanza a cui si invia evitando inutili duplicazioni) e i consideranda n. 11 e 20 della Decisione UE 2017/899 (v. punti 41 e 41.1 della presente ordinanza a cui pure si rinvia). Assumono rilievo, inoltre, le disposizioni di seguito riprodotte.

10.2 Il *considerandum* n. 11 della Direttiva 2002/20/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), enuncia: *“Può risultare ancora necessaria la concessione di diritti specifici per l'uso delle frequenze radio e dei numeri, compresi i codici brevi di (pre)selezione, nell'ambito del piano nazionale di numerazione. [...] Non è opportuno limitare tali diritti di uso, salvo quando ciò sia inevitabile a causa della penuria di frequenze radio o per motivi di efficienza d'uso delle stesse”*.

10.3 Il *considerandum* n. 23 della direttiva autorizzazioni ha previsto: *“Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero assicurare, nello stabilire i criteri per le procedure di gara o di selezione comparativa, che si ottemperi agli obiettivi di cui*

all'articolo 8 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). Non sarebbe pertanto in contrasto con la presente direttiva se l'applicazione di criteri di selezione obiettivi, non discriminatori e proporzionati per promuovere lo sviluppo della concorrenza avesse l'effetto di escludere alcune imprese da una procedura di selezione competitiva o comparativa per una particolare frequenza radio” [considerandum n. 136 della direttiva (UE) 2018/1972].

10.4 L'art. 3 della direttiva autorizzazione ha previsto: “1. Gli Stati membri garantiscono la libertà di fornire reti e servizi di comunicazione elettronica, fatte salve le condizioni stabilite nella presente direttiva. A tal fine, gli Stati membri non impediscono alle imprese di fornire reti o servizi di comunicazione elettronica, salvo quando ciò si renda necessario per i motivi di cui all'articolo [52, paragrafo 1, TUF]. 2. La fornitura di reti di comunicazione elettronica o di servizi di comunicazione elettronica può, fatti salvi gli obblighi specifici di cui all'articolo 6, paragrafo 2, o i diritti di uso di cui all'articolo 5, essere assoggettata soltanto ad un'autorizzazione generale. All'impresa interessata può essere imposto l'obbligo di notifica, ma non l'obbligo di ottenere una decisione esplicita o qualunque altro atto amministrativo da parte dell'[ANR] prima di esercitare i diritti che derivano dall'autorizzazione. Dopo la notifica, se necessario, l'impresa può iniziare la propria attività, se del caso, nel rispetto delle disposizioni sui diritti d'uso stabilite negli articoli 5, 6 e 7. [...]” [art. 12 della direttiva (UE) 2018/1972].

10.5 L'art. 5 della direttiva autorizzazioni ha previsto: “1. Gli Stati membri facilitano l'uso delle frequenze radio nel quadro di autorizzazioni generali. Ove necessario, gli Stati membri possono concedere diritti individuali di uso per: — evitare interferenze dannose, — assicurare la qualità tecnica del servizio, — assicurare un utilizzo efficiente dello spettro, oppure — conseguire altri obiettivi di interesse generale definiti dagli Stati membri conformemente alla normativa comunitaria. 2. Qualora sia necessario concedere diritti individuali d'uso delle frequenze radio e dei numeri, gli Stati membri attribuiscono tali diritti, a richiesta,

ad ogni impresa per la fornitura di reti o servizi in forza di un'autorizzazione generale di cui all'articolo 3, nel rispetto degli articoli 6, 7 e dell'articolo 11, paragrafo 1, lettera c), della presente direttiva e di ogni altra disposizione che garantisca l'uso efficiente di tali risorse a norma della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). Fatti salvi criteri specifici definiti preventivamente dagli Stati membri per concedere i diritti d'uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo per il conseguimento di obiettivi d'interesse generale conformemente alla normativa comunitaria, i diritti d'uso delle frequenze radio e dei numeri sono concessi mediante procedure aperte, obiettive, trasparenti, non discriminatorie e proporzionate e, nel caso delle frequenze radio, conformemente all'articolo 9 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). Una deroga ai requisiti per le procedure aperte può essere applicata quando la concessione di diritti individuali d'uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo è necessaria per conseguire un obiettivo di interesse generale quale definito dagli Stati membri conformemente alla normativa comunitaria. Al momento della concessione dei diritti d'uso, gli Stati membri specificano se tali diritti possono essere trasferiti dal titolare e a quali condizioni. Nel caso delle radiofrequenze, tali disposizioni sono conformi agli articoli 9 e 9 ter della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). Qualora i diritti siano concessi dagli Stati membri per un periodo limitato, la durata della concessione è adeguata al tipo di servizio di cui trattasi, tenuto conto dell'obiettivo perseguito e della necessità di prevedere un periodo adeguato di ammortamento degli investimenti. Quando i diritti individuali d'uso delle frequenze radio sono concessi per un periodo di dieci anni o oltre e tali diritti non possono essere trasferiti o ceduti da un'impresa a un'altra, come permesso a norma dell'articolo 9 ter della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro), l'autorità nazionale competente provvede affinché si applichino i criteri per la concessione di diritti individuali d'uso e siano rispettati per la durata della licenza, in particolare su richiesta debitamente motivata del titolare del diritto. Se tali criteri non sono più applicabili, i diritti

individuali d'uso sono trasformati in un'autorizzazione generale per l'uso delle frequenze radio, soggetta a un preavviso e trascorso un ragionevole periodo di tempo, oppure in un diritto liberamente trasferibile o cedibile da un'impresa ad un'altra, ai sensi dell'articolo 9 ter della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro).

3. Le decisioni in materia di concessione di diritti d'uso sono adottate, comunicate e rese pubbliche quanto prima possibile dopo il ricevimento della domanda completa da parte dell'autorità nazionale di regolamentazione ed entro tre settimane nel caso dei numeri assegnati per scopi specifici nell'ambito del piano di numerazione nazionale ed entro sei settimane nel caso delle frequenze radio assegnate per essere utilizzate da servizi di comunicazione elettronica nell'ambito del piano nazionale delle frequenze. Questo termine non pregiudica l'eventuale applicabilità di accordi internazionali in materia di uso delle frequenze radio o delle posizioni orbitali. 4. Qualora sia stato deciso, previa consultazione delle parti interessate conformemente all'articolo 6 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro), che i diritti d'uso dei numeri di valore economico eccezionale debbano essere concessi mediante procedure di selezione competitiva o comparativa, gli Stati membri possono prorogare di altre tre settimane il periodo massimo di tre settimane. Per le procedure di selezione competitiva o comparativa per le frequenze radio si applicano le disposizioni dell'articolo 7. 5. Gli Stati membri non limitano il numero dei diritti d'uso da concedere, salvo quando ciò sia necessario per garantire l'uso efficiente delle frequenze radio a norma dell'articolo 7. 6. Le autorità nazionali competenti assicurano che le frequenze radio siano utilizzate in modo efficiente ed efficace conformemente all'articolo 8, paragrafo 2, e all'articolo 9, paragrafo 2, della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). Esse assicurano che eventuali trasferimenti o accumuli dei diritti d'uso delle frequenze radio non provochino distorsioni della concorrenza. A tal fine, gli Stati membri possono adottare misure appropriate, come ad esempio l'obbligo di vendita o di locazione dei diritti d'uso delle frequenze radio" [art. 48 della direttiva (UE)

2018/1972].

10.6 L'art. 7 della direttiva autorizzazioni ha previsto: *“Quando valuta se limitare il numero dei diritti d'uso da concedere per le radiofrequenze oppure se prolungare la durata dei diritti d'uso esistenti a condizioni diverse da quelle specificate in tali diritti, uno Stato membro, tra l'altro: a) tiene adeguatamente conto dell'esigenza di ottimizzare i vantaggi per gli utenti e di favorire lo sviluppo della concorrenza; b) concede a tutte le parti interessate, compresi gli utenti e i consumatori, l'opportunità di esprimere la loro posizione sulle limitazioni, conformemente all'articolo 6, della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro); c) pubblica qualsiasi decisione di concedere solo un numero limitato di diritti d'uso o di limitare il rinnovo dei diritti d'uso, indicandone le ragioni; d) invita a presentare domanda per i diritti d'uso, dopo aver deciso la procedura da seguire; e) riesamina tali limitazioni a scadenze ragionevoli o a ragionevole richiesta delle imprese interessate. 2. Qualora decida che è possibile concedere un numero supplementare di diritti d'uso delle frequenze radio, lo Stato membro rende nota tale decisione, invitando a presentare domanda di assegnazione di tali diritti. 3. Qualora sia necessario concedere i diritti d'uso delle radiofrequenze solo in numero limitato, gli Stati membri ne effettuano l'assegnazione in base a criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori. Tali criteri di selezione devono tenere adeguatamente conto del conseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 8 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro) e delle prescrizioni di cui all'articolo 9 della stessa direttiva. 4. Qualora sia necessario ricorrere a procedure di selezione, gli Stati membri possono prorogare il periodo massimo di sei settimane di cui all'articolo 5, paragrafo 3 nella misura necessaria per garantire che tali procedure siano eque, ragionevoli, pubbliche e trasparenti per tutti i soggetti interessati, senza però superare il termine di otto mesi. I termini suddetti non pregiudicano l'eventuale applicabilità di accordi internazionali in materia di uso delle frequenze radio e di coordinamento dei satelliti [...]”* [art. 55 della direttiva (UE) 2018/1972].

10.7 L'art. 14 della direttiva autorizzazioni ha previsto: *“1. Gli Stati membri fanno sì che i diritti, le condizioni, e le procedure relativi alle autorizzazioni generali e ai diritti d'uso o di installare strutture possano essere modificati solo in casi obiettivamente giustificati e in misura proporzionata, tenendo conto, se del caso, delle condizioni specifiche applicabili ai diritti trasferibili d'uso delle frequenze radio. Salvo i casi in cui le modifiche proposte sono minime e sono state convenute con il titolare dei diritti o dell'autorizzazione generale, l'intenzione di procedere a simili modifiche è comunicata nel modo appropriato ai soggetti interessati, ivi compresi gli utenti e i consumatori; è concesso un periodo di tempo sufficiente affinché possano esprimere la propria posizione al riguardo; tale periodo, tranne in casi eccezionali, non può essere inferiore a quattro settimane. 2. Gli Stati membri non limitano, né revocano i diritti d'uso delle radiofrequenze o i diritti di installare strutture prima della scadenza del periodo per il quale sono stati concessi, salvo in casi motivati ed eventualmente a norma dell'allegato e delle pertinenti disposizioni nazionali relative alla compensazione per la revoca dei diritti”* [art. 18 della direttiva (UE) 2018/1972].

10.8 L'art. 2 della direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, prevede: *“1. Agli Stati membri è fatto divieto di accordare o mantenere in vigore diritti esclusivi o speciali per l'installazione e/o la fornitura di reti di comunicazione elettronica, o per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica a disposizione del pubblico. 2. Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari affinché a ciascuna impresa sia garantito il diritto di prestare servizi di comunicazione elettronica o di installare, ampliare o fornire reti di comunicazione elettronica. 3. Gli Stati membri provvedono affinché non siano applicate o mantenute restrizioni relative alla prestazione di servizi di comunicazione elettronica via le reti di comunicazione elettronica installate da fornitori di servizi di comunicazione elettronica, via le infrastrutture messe a*

disposizione da terzi o attraverso la condivisione delle reti, di altre attrezzature o dei siti, fatte salve le disposizioni delle direttive 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE. 4. Gli Stati membri provvedono affinché l'autorizzazione generale concessa ad un'impresa per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica o l'installazione e/o fornitura di reti di comunicazione elettronica, nonché le relative condizioni, si basino su criteri obiettivi, non discriminatori, proporzionati e trasparenti. 5. Qualsiasi decisione presa per i motivi indicati nell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/20/CE che impedisca ad un'impresa di fornire servizi o reti di comunicazione elettronica deve essere motivata. Le parti interessate devono avere la possibilità di impugnare tale decisione dinanzi ad un organo indipendente e, in ultima istanza, dinanzi ad un organo giurisdizionale”.

10.9 L'art. 4 della direttiva concorrenza prevede: *“Lasciando impregiudicati i criteri e le procedure specifici adottati dagli Stati membri per concedere l'uso di frequenze radio a fornitori di servizi relativi al contenuto delle trasmissioni radiofoniche e televisive al fine di perseguire obiettivi di interesse generale conformemente al diritto comunitario: 1) gli Stati membri si astengono dal concedere diritti esclusivi o speciali di uso di frequenze radio per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica; 2) l'attribuzione delle frequenze radio per i servizi di comunicazione elettronica si fonda su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati”.*

LA NORMATIVA NAZIONALE RILEVANTE.

10.10 Le disposizioni nazionali rilevanti sono quelle contenute nell'art. 1, comma 1030, comma 1031, comma 1031-*bis*, della L. n. 205/2017, già riprodotte sopra e a cui si rinvia. Oltre a tali disposizioni assumono rilievo le seguenti.

10.11 L'art. 1, comma 1031-*ter*, della L. n. 205/2017, inserito dall'art. 1, comma 1105, della L. n. 145/2018, prevede: *“La durata dei diritti d'uso delle frequenze derivanti dalla conversione di cui al comma 1031 nonché di quelle derivanti dall'assegnazione mediante la procedura di cui al comma 1031-*bis* è*

stabilita secondo quanto previsto dal codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259”.

10.12 L’art. 1, comma 1032, della L. n. 145/2017, come modificato dall’art. 1, comma 1106, della L. n. 145/2018, prevede: *“Entro il 30 giugno 2018, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, è stabilito, previa consultazione pubblica, il calendario nazionale che individua le scadenze della tabella di marcia ai fini dell’attuazione degli obiettivi della decisione (UE) 2017/899, del 17 maggio 2017, di cui al comma 1026, tenendo conto della necessità di fissare un periodo transitorio, dal 1° gennaio 2020 al 30 giugno 2022, per assicurare il rilascio delle frequenze da parte di tutti gli operatori di rete titolari di relativi diritti d’uso in ambito nazionale e locale e la ristrutturazione del multiplex contenente l’informazione regionale da parte del concessionario del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale, e secondo i seguenti criteri: a) individuazione delle aree geografiche in cui suddividere il territorio nazionale per il rilascio delle frequenze anche al fine di evitare o ridurre problemi interferenziali verso i Paesi radio-elettricamente confinanti che utilizzino la banda 700 MHz per il servizio mobile con scadenze anticipate rispetto all’Italia; b) rilascio, alla scadenza di cui alla lettera f), da parte degli operatori di rete titolari dei diritti d’uso in ambito locale di tutte le frequenze utilizzate alla data di entrata in vigore della presente legge e contestuale attivazione delle frequenze destinate dal PNAF alle trasmissioni in ambito locale; c) rilascio, alla scadenza di cui alla lettera f), da parte del concessionario del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale, delle frequenze utilizzate alla data di entrata in vigore della presente disposizione dal multiplex del servizio pubblico contenente l’informazione regionale e contestuale attivazione delle frequenze destinate dal PNAF per la realizzazione del nuovo multiplex con decomponibilità per macroaree; d) rilascio, alla scadenza di cui alla lettera f), da parte degli operatori nazionali, delle frequenze che ricadono nella banda 702-734 MHz corrispondenti ai canali dal 50*

al 53 e contestuale attivazione di frequenze disponibili che devono essere individuate tenendo conto della necessita' di ridurre i disagi per gli utenti ed assicurare la continuita' d'impresa nonché rilascio, alla scadenza di cui alla lettera f), da parte degli operatori di rete titolari dei diritti d'uso in ambito locale delle frequenze corrispondenti ai canali CH 51 e 53 per successive aree geografiche come individuate alla lettera a), comunque nel periodo transitorio dal 1° gennaio 2020 al 31 dicembre 2021; e) rilascio delle restanti frequenze e attivazione delle frequenze previste dal PNAF e oggetto dei rimanenti diritti d'uso nazionali; f) individuazione delle scadenze, comunque nel periodo transitorio dal 1° gennaio 2020 al 31 dicembre 2021, della sequenza di rilasci e contestuali attivazioni di frequenze secondo i criteri e per gli operatori nazionali titolari dei diritti d'uso dei canali CH 50 e 52 di cui alla lettera d), da realizzare per successive aree geografiche come individuate alla lettera a), della sequenza di rilasci di frequenze secondo i criteri e per gli operatori in ambito locale titolari dei diritti d'uso dei canali CH 51 e 53 di cui alla lettera d), da realizzare per successive aree geografiche come individuate alla lettera a), comunque nel periodo transitorio dal 1° gennaio 2020 al 31 dicembre 2021, nonché delle scadenze per il rilascio delle restanti frequenze e attivazione delle frequenze previste dal PNAF e oggetto dei rimanenti diritti d'uso di cui alle lettere b), c) ed e). Il Ministro dello sviluppo economico, entro il 15 aprile 2019, aggiorna il decreto di cui al periodo precedente”.

IL QUESITO SOTTOPOSTO A CODESTA CORTE DI GIUSTIZIA.

10.13 Le disposizioni nazionali rilevanti hanno introdotto una procedura per il refarming che è consistita nella conversione delle risorse frequenziali DBV-T già assegnate in precedenza e dell'assegnazione della nuova capacità trasmissiva agli operatori, nonché nel conferimento della capacità trasmissiva residua mediante procedura onerosa. Il Collegio dubita della conformità di tali disposizioni alle regole unionali sopra indicate e dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, tutela della concorrenza e del legittimo affidamento in relazione

ad una normativa nazionale che, al fine di “*preservare*” risorse per la procedura onerosa non ha disposto la conversione integrale dei precedenti diritti, svantaggiando, in modo particolare, gli operatori minori come Europa way.

Infatti, le scelte delle Autorità nazionali non hanno considerato la posizione dell'appellante che aveva acquisito i diritti d'uso all'esito di una procedura competitiva ed onerosa e hanno, al contrario, terminato per agevolare gli operatori già titolari di 5 *mux* – già, comunque, favoriti dalle economie di scala e dalla presenza consolidata – i quali hanno ottenuto due *mux* in titolarità piena e hanno potuto partecipare alla procedura onerosa per il completamento del terzo *mux*; con la conseguenza che, come evidenziato dai ricorrenti, l'80% delle risorse assegnate sono state in titolarità piena. Al contrario, gli operatori di minori dimensioni e titolari di un solo *mux* hanno visto ridurre la risorsa ad $\frac{1}{2}$ *mux*, e sono stato, per questo, costretti a ricorrere alla procedura onerosa o alle intese tra di loro.

10.14 Come esposto nel precedente paragrafo la normativa di cui all'art. 1, comma 1031, della L. n. 205/2017, ha imposto, “*in linea con gli obiettivi della politica audiovisiva europea e nazionale di coesione sociale, pluralismo dei mezzi di comunicazione e diversità culturale e con la finalità della più efficiente gestione dello spettro consentita dall'impiego delle tecnologie più avanzate*” che “*tutte le frequenze assegnate in ambito nazionale e locale per il servizio televisivo digitale terrestre ed attribuite in banda III VHF e 470-694 MHz [siano] rilasciate*” e che “*i diritti d'uso delle frequenze di cui sono titolari alla data di entrata in vigore della presente legge gli operatori di rete nazionali [siano] convertiti in diritti d'uso di capacità trasmissiva in multiplex nazionali di nuova realizzazione in tecnologia DVB-T2, secondo i criteri definiti dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni entro il 31 marzo 2019 ai fini dell'assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze*”. Come evidenziato, l'Autorità ha definito il fattore di conversione, sul quale ha, tuttavia, inciso in modo sostanziale, la disciplina nazionale esaminata nel precedente paragrafo. La determinazione del fattore di conversione effettuata

dall’Autorità ha, tuttavia, comportato, da un lato, la mancata conversione per equivalente delle risorse frequenziali DVB-T assegnate al nuovo standard tecnologico DVB-T2, e, dall’altro, ha comportato per operatori come l’odierna la necessità di partecipare alla “*procedura onerosa senza rilanci competitivi*”, di cui all’art. 1, comma 1031-*bis*, della L. n. 205/2017, inserito dall’articolo 1, comma 1105, della Legge 30 dicembre 2018, n. 145. In sostanza, il combinarsi di questi due elementi, ha comportato, per un soggetto già titolare di risorse frequenziali DBV-T, la compressione dei precedenti diritti e la necessità di esborso di ulteriori somme per ottenere una capacità trasmissiva che lo stesso soggetto ha ritenuto equivalente solo dopo l’acquisizione onerosa della risorsa aggiuntiva.

10.15 La situazione sopra descritta si è determinata, in primo luogo, in ragione della ritenuta necessità di “*preservare*” la procedura onerosa operando una conversione solo parziale delle risorse, così da mantenere ulteriore capacità trasmissiva da destinare alla procedura onerosa. In sostanza, le Autorità italiane hanno applicato le disposizioni interne sopra descritte, ritenendo che “*l’ulteriore capacità trasmissiva*” non fosse il risultato eventuale del procedimento di conversione (e che, quindi, in ipotesi, avrebbe potuto essere pari a zero), ma un termine da tenere in preventiva considerazione per determinare il fattore di conversione. Così facendo, anche la posizione di un operatore come parte ricorrente (che aveva acquistato i diritti d’uso all’esito di una procedura competitiva ed onerosa) è risultata, chiaramente, incisa dal meccanismo di conversione/assegnazione che è stato, inoltre, strutturato tenendo conto di posizioni già consolidate nel mercato e, tra queste, anche di posizioni non regolari.

10.16 Inoltre, va considerato quanto esposto dall’A.G.Com. in relazione al quesito somministrato da questo Consiglio, relativo alla capacità della conversione di garantire in via generale una equivalenza, nonché la neutralità tecnologia e la continuità di trasmissione. L’Autorità ha, infatti, espressamente affermato che “*la discrezionalità tecnica esercitata dall’Autorità nell’individuare il fattore di conversione tra reti DVB-T e reti DVB-T2 [è risultata] inevitabilmente*

condizionata e vincolata dalle disposizioni della legge di Bilancio 2018” (pagina 27 della relazione). Affermazione che, da un lato, costituisce una conferma di quanto già esposto nella precedente sezione in ordine all’incidenza della scelta legislativa sulle determinazioni dell’Autorità, e, dall’altro, ha costituito l’emblematico punto di partenza della disamina di A.G.Com che ha interessato, essenzialmente, due aspetti: il principio di neutralità tecnologia e l’equivalenza del fattore garantita dal fattore di conversione e dal complesso di procedure definite dall’Autorità con le delibere nn. 129/19/CONS, 564/20/CONS, 65/22/CONS e 25/23/CONS.

10.17 Incentrando l’attenzione su quest’ultimo aspetto si osserva come l’Autorità abbia evidenziato: *“relativamente alle proposte degli operatori di prevedere un fattore di conversione tra reti DVB-T e nuove reti DVB-T2 diverso rispetto a quello (pari a 0,5) proposto dall’Autorità in sede di consultazione pubblica (delibera n. 232/20/CONS39), occorre osservare, come già argomentato nella delibera n. 129/19/CONS, che le stesse risultano, da un lato, non compatibili con il citato quadro normativo dettato dalle Leggi di Bilancio 2018 e 2019 e, dall’altro, si traducono in soluzioni applicative estremamente complesse e poco efficienti sotto il profilo dell’utilizzo delle risorse spettrali e della relativa capacità trasmissiva. Infatti, considerata la presenza sulla piattaforma DTT di n. 20 reti nazionali i cui diritti d’uso delle frequenze sono assegnati a 8 operatori, l’applicazione di un coefficiente di conversione 0,6 proposto da alcuni rispondenti, in luogo dello 0,5 individuato dall’Autorità avrebbe richiesto la destinazione di tutte le n. 12 nuove reti DVB-T2 pianificate dal PNAF 2019 al processo di conversione, con la conseguenza che non sarebbero residue reti e relativa capacità trasmissiva da poter destinare alla procedura onerosa prevista dal comma 1031-bis”.*

10.18 La necessità di mantenere reti e relativa capacità trasmissiva per la procedura onerosa è stato, quindi, elemento decisivo nella scelta dell’Autorità. Inoltre, va considerato come la capacità di garantire equivalenza, neutralità tecnologia e capacità di conversione è stata, invero, affermata dall’Autorità avendo riguardo non

solo al fattore di conversione ma tenendo conto anche delle risorse acquisite con la procedura onerosa. Dalla relazione depositata dall'Autorità è, infatti, emerso che – sebbene le risorse frequenziali relative a 12 reti nazionali radiodiffusione DVB-T2 in banda UHF (di cui una decomponibile per macroaree e una integrata da frequenze della banda III-VHF) rendevano disponibile una capacità trasmissiva per ciascun multiplex nazionale stimata pari a circa 37 Mbit/s⁴⁶, incrementabile fino a 40 Mbit/s senza significative perdite di copertura – la distribuzione delle risorse tra gli operatori si è completata anche attraverso il ricorso alla procedura onerosa. L'Autorità ha, infatti, osservato quanto segue: *“L'ulteriore destinazione ex-lege al comparto nazionale delle frequenze relative a due reti, ottenute come “dividendo esterno” per effetto del citato superamento della riserva a favore dell'emittenza locale, ha aperto alla possibilità per tutti gli 8 operatori di rete già operanti sulla piattaforma pre-refarming di completare i rispettivi diritti d'uso generici. Le società RAI, Persidera, Cairo Networks ed Elettronica Industriale hanno, infatti, partecipato alla procedura onerosa per l'assegnazione delle suddette frequenze aggiuntive, indetta dal Ministero ai sensi della delibera n. 564/20/CONS, aggiudicandosi ciascuna un diritto d'uso generico per mezzo multiplex di nuova generazione. In tal modo, le società di cui sopra hanno potuto integrare e completare il rispettivo diritto d'uso per mezzo multiplex (diritto d'uso generico), assegnato loro per effetto della conversione dei diritti d'uso di cui alla delibera n. 129/19/CONS, ottenendo ciascuna un diritto d'uso di una rete specifica. Le società Prima TV e 3lettronica Industriale hanno, invece, utilizzato il meccanismo dell'intesa previsto nella delibera n. 129/19/CONS (art. 2, comma 1, lett. b), conferendo, ciascuna, il proprio diritto d'uso generico per mezzo multiplex e ottenendo, congiuntamente, il diritto d'uso delle frequenze per un multiplex specifico DVB-T2”*.

10.19 Osserva il Collegio come l'equivalenza in termini di capacità trasmissiva e la continuità di trasmissione negli scenari *pre* e *post-refarming* sia dipesa, quindi, anche – nel caso di specie – dalla procedura onerosa che, tuttavia, ha comportato

costi aggiuntivi per gli operatori interessati.

10.20 Operate queste premesse il Collegio dubita della conformità al diritto unionale di una normativa come quella nazionale descritta che, nella sua applicazione concreta, ha comportato la necessità per l'operatore di sostenere ulteriori costi per realizzare una conversione equivalente, senza, quindi, realizzare *ex se* una conversione equivalente delle risorse digitali.

10.21 Si chiede, quindi, a codesta Corte se il diritto unionale sopra indicato osti ad una normativa come quella italiana che, al fine di preservare risorse da assegnare mediante la procedura onerosa, oggetto di scelta di politica economica, abbia, comunque, compreso, nella conversione dalle frequenze DVB-T a quella DVD-T, le risorse e capacità in precedenza concesse.

10.22 In particolare, si dubita, in primo luogo, della conformità della normativa interna con la Decisione (UE) 2017/899 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017, relativa all'uso della banda di frequenza 470-790 MHz nell'Unione, e, in particolare con i *consideranda* n. 11 e n. 20. Questi *consideranda* delineano la necessità di garantire la continuità dei servizi per gli operatori già operanti. Esigenza che, del resto, traspare da ulteriore normativa euro-unitaria indicata nel paragrafo D.3.1. Dal complesso di tali disposizioni unionali [riportate *supra*] risulta che i procedimenti di conversione debbono, comunque, garantire agli operatori l'assegnazione di risorse idonee ad assicurare la conservazione delle prerogative legittimamente acquisite nel corso del tempo e, in particolare, in forza dei diritti d'uso rilasciati nel 2012 per una durata ventennale, o, in alternativa, garantire indennizzi laddove si determinino perdite patrimoniali conseguenti ai procedimenti di conversione.

10.23 Nel caso all'attenzione del Collegio, al contrario, l'applicazione delle disposizioni nazionali di cui all'art. 1, comma 1030 ss., della L. n. 145/2017 si è tradotta in una compressione di tale risorse, così da consentire l'assegnazione mediante procedura, comunque, onerosa.

10.24 Il punto che pare, inoltre, rilevante al Collegio è costituito dal fatto che la non equivalenza delle risorse non è stata, invero, determinata dalla necessità (o dalla sola necessità) di agevolare procedimenti di incremento della dotazione tecnologica degli operatori ma dalla volontà di preservare quel “*dividendo esterno*” destinato alla procedura onerosa. Del resto, la stessa Autorità, nel rispondere ad uno dei quesiti somministrati da questo Consiglio, ha evidenziato di aver, comunque, limitato il principio della neutralità tecnologica, richiamando, all’uopo, la previsione di cui all’art. 3, comma 4, della Direttiva (UE) 2018/1972, e facendo riferimento ai *consideranda* n. 114 e 116. Richiami che, tuttavia, non hanno smentito il fatto che l’elemento centrale è stata la necessità di conservare *multiplex* per la procedura onerosa e che tale necessità ha inciso sulla posizione degli operatori, con garantendo una conversione per equivalente ed onerandoli di ulteriori costi per ottenere, per l’appunto, capacità equivalente.

10.25 In questo contesto si dubita della legittimità della normativa nazionale anche sotto il profilo del rispetto del principio di equità e di tutela del legittimo affidamento ingenerato dalle pregresse scelte normative; scelte non strumentali ad assicurare un miglioramento delle capacità degli operatori, ma, piuttosto, alla necessità di dar spazio ad una procedura onerosa, secondo una precisa scelta di politica economica.

QUARTO QUESITO. SUGLI ARTT. 8 E 9 DELLA DIRETTIVA QUADRO, SUGLI ARTT. 3, 5, 7, 14 DELLA DIRETTIVA AUTORIZZAZIONE, E SUGLI ARTT. 3 E 4 DELLA DIRETTIVA CONCORRENZA, SUI CONSIDERANDA N. 11 E 20 DELLA DECISIONE UE 2017/899 E SUI PRINCIPI DI EQUITÀ’, NON DISCRIMINAZIONE, TUTELA DELLA CONCORRENZA E DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO, NONCHE’ DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ’ ED ADEGUATEZZA E SULLA COMPATIBILITÀ’ RISPETTO A TALI CONSIDERANDA E A TALI PRINCIPI DELLA NORMATIVA NAZIONALE, ANCHE ALLA LUCE DELLA PROGRESSIVA EVOLUZIONE DEL SISTEMA AUDIOVISIVO ITALIANO.

11. Con il presente quesito questo Consiglio sottopone a codesta Corte di Giustizia un ulteriore profilo di possibile contrarietà della normativa nazionale alla luce delle regole e dei principi unionali indicati in rubrica. In particolare, si chiede se il diritto unionale indicato osti ad una normativa come quella nazionale che, da un lato, non ha tenuto conto nella procedura di conversione/assegnazione della situazione di parte appellante (la quale aveva già partecipato ad una procedura onerosa per acquisire i diritti detenuti in precedenza), disponendo un fattore di conversione comune per tutti gli operatori e non differenziano con un altro modo adeguato e proporzionale le posizioni, e, dall'altro, non ha tenuto in debito conto delle alterazioni “*storiche*” delle dinamiche concorrenziale nel settore audiovisivo italiano.

Deve, infatti, considerarsi come il procedimento di *refarming* sia stata anche l'occasione per dare attuazione alle sentenze di codesta Corte di Giustizia dell'Unione europea del 27 luglio 2017, in C-112/16 e in C-569/15. Queste sentenze avevano, in sostanza, imposto di tener conto delle situazioni determinatesi nel passato anche al fine di operare il riequilibrio di un mercato, e hanno rilievo anche per la posizione di Cairo nella parte in cui il mancato adeguamento da parte delle Autorità italiane a tale pronunce ha determinato una “riserva” di risorse per soggetti che non andavano presi in considerazione o, comunque, andavano considerati in modo differente. Da questa constatazione emerge, quindi, la necessità di esaminare partitamente: *i*) l'evoluzione dell'ordinamento nazionale in materia; *ii*) gli interventi di codesta Corte di Giustizia; *iii*) le successive sentenze di questo Consiglio di Stato; *iv*) le scelte adottate dalle Autorità nazionali dopo le sentenze di questo Consiglio; *v*) la compatibilità di tali scelte con la normativa euro-unitaria di riferimento.

LA NORMATIVA UNIONALE RILEVANTE.

11.1 In relazione al presente quesito assumono rilievo le disposizioni unionali di cui ai quesiti precedenti della presente ordinanza a cui si rinvia.

D.4.2. LA NORMATIVA NAZIONALE RILEVANTE.

11.2 In relazione al presente quesito assumono rilievo le disposizioni nazionali di cui ai quesiti precedenti della presente ordinanza a cui si rinvia.

D.4.2. IL QUESITO RIMESSO A CODESTA CORTE DI GIUSTIZIA.

11.3 Nell'espone il quesito rimesso a codesta Corte occorre, in primo luogo, evidenziare come la procedura di conversione/assegnazione abbia interessato anche posizioni che, nel corso del tempo, si erano consolidate a partire da una situazione di concentrazione illegittima. Queste posizioni hanno inciso in parte sul complesso delle risorse disponibili e, quindi, anche sulla posizione di Europa way, determinando, quindi, una situazione di disparità di trattamento.

11.4 Sintetizzando la complessa vicenda in esame si osserva come questo Consiglio abbia già accertato una situazione di anomalia con riferimento alla *“posizione di eccedenza di Rete 4 e Rai 3 rispetto ai limiti concentrativi imposti dalla legge 249/1997 – e che avrebbero dovuto indurre la prima all’abbandono della trasmissione analogica e la seconda alla eliminazione della pubblicità dalla programmazione”*. Tuttavia, questa anomalia è nata in un contesto più ampio che la Corte Costituzionale italiana ha definito *“di mera occupazione di fatto delle frequenze (esercizio di impianti senza rilascio di concessioni e autorizzazioni), al di fuori di ogni logica di incremento del pluralismo nella distribuzione delle frequenze e di pianificazione effettiva dell'etere. Detta occupazione di fatto è stata, peraltro, in varie occasioni per lunghi periodi temporali, legittimata ex post e sanata con il consentire la prosecuzione delle attività delle singole emittenti radiotelevisive private”* (Corte Costituzionale, sentenza del 20 novembre 2002, n. 466, per la quale la situazione di fatto non ha garantito *“l’attuazione del principio del pluralismo informativo esterno, che rappresenta uno degli “imperativi” ineludibili emergenti dalla giurisprudenza costituzionale in materia”*).

11.5 Questa risalente situazione si è, progressivamente, evoluta nei termini che si provvede, pur brevemente, a ricostruire. In particolare: *i)* a seguito della sentenza n. 420 del 7 dicembre 1994 [con cui la Corte Costituzionale aveva dichiarato

incostituzionale l'art. 15, comma 4, L. n. 223/1990 (c.d. legge Mammi), nella parte in cui aveva consentito consentiva ad uno stesso soggetto di essere titolare di tre delle nove concessioni per reti televisive su scala nazionale assenti ai privati] la disciplina del sistema radiotelevisivo era stata innovata dalla legge 31 luglio 1997 n. 249, con la quale era stato vietato ad uno stesso soggetto di essere titolare di concessioni o autorizzazioni che consentissero di irradiare più del 20 per cento delle reti televisive analogiche in ambito nazionale su frequenze terrestri sulla base del piano delle frequenze; *ii*) per effetto di questa più rigorosa disciplina, la terza rete televisiva del gruppo Mediaset e la seconda rete ad accesso condizionato (“*pay tv*”) allora di titolarità del gruppo Telepiù, avrebbero dovuto trasmettere solo via cavo o via satellite, in quanto eccedenti i nuovi limiti di legge (di qui l'espressione “*reti eccedenti*”); a sua volta, la terza rete della Rai avrebbe dovuto contestualmente rinunciare alla pubblicità; *iii*) con la stessa legge, tuttavia, è stata introdotta una ulteriore disciplina transitoria delle reti televisive nazionali eccedenti i predetti limiti concentrativi, stabilendosi che dette reti avrebbero potuto continuare a trasmettere in via transitoria, dopo il 30.4.1998 (termine già prorogato rispetto all'originaria data del 31.8.1996), nel rispetto degli obblighi previsti per le emittenti concessionarie, a condizione che le trasmissioni fossero effettuate simultaneamente su satellite o cavo (art. 3, comma 6) ed affidando all'A.N.R. la fissazione del termine entro il quale, in relazione all'effettivo e congruo sviluppo dell'utenza dei programmi via cavo o via satellite, le predette reti eccedenti avrebbero dovuto trasmettere programmi esclusivamente su satellite o cavo, abbandonando le frequenze terrestri (art. 3, comma 7); *iv*) con la sentenza n. 466/2002 la Corte Costituzionale, sancendo l'incostituzionalità del predetto art. 3 comma 7, ha certificato una situazione di “*protrazione della situazione (peraltro aggravata) già ritenuta illegittima dalla sentenza n. 420 del 1994 ed il mantenimento delle reti considerate ancora "eccedenti" dal legislatore del 1997*”, rispetto alla quale lo stesso giudice di legittimità del 2002 ha ritenuto ineludibile la fissazione di

un *“termine finale assolutamente certo, definitivo e dunque non eludibile”* onde evitare che *“la fase transitoria”* potesse *“assumere di fatto carattere definitivo”*; v) secondo le statuizioni della pronuncia n. 466/2002, *“la illegittimità costituzionale non investe il regime transitorio in deroga e nemmeno l'attuale prosecuzione, purché temporaneamente limitata, dell'esercizio delle emittenti in eccedenza rispetto ai limiti anzidetti”*; vi) la sentenza n. 466/2002 è stata chiara nel segnalare evidenti anomalie sia nella genesi delle reti eccedenti, sia nel sistema delle reiterate proroghe attraverso il quale è proseguito il loro esercizio; è stata, altresì, univoca sia nel riconoscere la legittimità del regime transitorio [pur subordinando tale valutazione alla individuazione additiva di un termine ultimativo e non eludibile (31.12.2003) per la cessazione della transizione e, conseguentemente, delle trasmissioni via etere terrestre da parte delle reti eccedenti], sia nell'agganciare tale termine finale al compimento delle operazioni necessarie alla conversione o al trasferimento sul cavo o sul satellite delle reti eccedenti, senza conferire alcuna rilevanza al diverso aspetto della *“realizzazione [...] di altri sistemi alternativi alla diffusione terrestre in tecnica analogica”*; vii) la Corte ha precisato che la sua decisione non avrebbe, comunque, pregiudicato *“il diverso futuro assetto che potrebbe derivare dallo sviluppo della tecnica di trasmissione digitale terrestre, con conseguente aumento delle risorse tecniche disponibili”*, ma, secondo questo Consiglio, questa statuizione non sollevava il pianificatore delle frequenze dal dovere di valutare retrospettivamente l'origine e lo sviluppo storico delle reti analogiche per cogliervi eventuali connotati di un loro esercizio, anche pregresso, irregolare o illegittimo; viii) inoltre, sia in considerazione delle ulteriori proroghe normative (decreto-legge 24 dicembre 2003, n. 352, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 febbraio 2004, n. 43; il c.d. decreto *“salva-reti”*) che in ragione della l. n. 112/2004, si è determinato un *“generale assentimento”* alla prosecuzione dell'attività di tutte le emittenti già operanti in tecnica analogica *“a qualunque titolo”* (e quindi persino se reti eccedenti); ix) queste disposizioni sono state fatte oggetto di censura nella sentenza della Corte di Giustizia in data 31 gennaio 2008,

C-380/05, e di rilievi critici nel parere motivato della Commissione in data 18 luglio 2007; tali valutazioni negative hanno anche considerato l'illegittimità della disciplina italiana nella parte in cui ha consentito, anche a transizione conclusa, la conservazione delle frequenze analogiche illegittimamente esercite, e non sono state ritenute giustificate neanche dalla necessità di garantire una rapida evoluzione verso la trasmissione televisiva in tecnica digitale, in quanto il mantenimento delle frequenze in capo alle reti esistenti, anche prive fin dal 1999 di concessione, ha determinato una situazione di privilegio, senza neanche prevedere un obbligo di restituzione delle frequenze eccedenti dopo la transizione alla trasmissione televisiva in tecnica digitale (Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 242).

11.6 Alla luce del quadro tracciato, questo Consiglio ha ritenuto che, per la dimensione storica che il fenomeno delle reti c.d. "*eccedenti*" aveva assunto nel tempo, l'A.G.Com. fosse tenuta a conferire rilevanza, o comunque a prendere in attenta considerazione anche gli aspetti riguardanti la regolarità della loro genesi e del loro successivo consolidamento nel mercato, operando una valutazione "*diacronica*" ed "*evolutiva*" del mercato e delle posizioni concorrenziali determinatesi, anche in considerazione delle altre rilevanti pronunce intervenute (Corte di Giustizia, sentenza in data 31 gennaio 2008, C-380/05; Consiglio di Stato, 20 gennaio 2009, n. 242; Corte Europa dei diritti dell'Uomo, sentenza del 7 giugno 2012, Ricorso n. 38433/09 Centro Europa 7 s.r.l. e Di Stefano c. Italia).

11.7 La transizione dall'analogico al digitale in Italia è stata segnata, quindi, da queste vicende, nonché iniziata in pendenza di un procedimento per dichiarazione di inadempimento avviato nel 2006 e vertente sulla compatibilità della normativa italiana relativa alla gestione delle radiofrequenze di radiodiffusione televisiva, alla transizione verso il digitale e all'assegnazione delle radiofrequenze digitali con le disposizioni della direttiva quadro nonché delle direttive «*autorizzazioni*» e «*concorrenza*».

11.8 Il Governo italiano ha, quindi, adottato diverse misure al fine di rendere tale

normativa compatibile con il diritto dell'Unione. In particolare, in tale contesto, l'A.G.Com ha adottato la delibera 181/09/CONS, del 7 aprile 2009, recepita poi dalla L. n. 88/2009. In tale delibera l'A.G.Com ha fissato i criteri per la digitalizzazione completa delle reti televisive terrestri. Questa delibera ha previsto, in particolare, l'assegnazione di 21 multiplex nazionali, che avrebbero consentito di raggruppare in un flusso di dati comune diversi segnali e di veicolare contemporaneamente più servizi di televisione digitale terrestre. Ai fini della loro ripartizione tra i nuovi operatori (gli operatori che avevano creato reti digitali e quelli che già esercivano reti analogiche) tali multiplex sono stati suddivisi in tre gruppi da attribuirsi secondo criteri differenti. Inoltre, è stato previsto che, al termine della procedura di selezione, nessun operatore potesse ottenere più di cinque multiplex nazionali. Le radiofrequenze disponibili provenienti dal dividendo digitale avrebbero dovuto essere assegnate gratuitamente agli operatori con i requisiti stabiliti all'esito di una procedura di selezione organizzata secondo il cosiddetto modello del «*beauty contest*». Tale «*beauty contest*» ha riguardato, inizialmente, cinque *multiplex*, ossia sistemi di diffusione del segnale ciascuno dei quali consente la trasmissione contemporanea di più servizi di televisione digitale terrestre. Detti *multiplex* sono stati suddivisi in due parti. I tre *multiplex* della parte A sono stati riservati ai nuovi entranti e ai piccoli operatori. Non avrebbero potuto essere assegnati alla Radiotelevisione Italiana s.p.a., a Mediaset e alla Telecom Italia Media Broadcasting (successivamente divenuta Persidera). La parte B è stata pari a due multiplex aperti a qualsiasi offerente, con il limite di un solo multiplex per la RAI e Mediaset.

11.9 Le regole del «*beauty contest*» sono state definitivamente approvate con la delibera 497/10/CONS dell'A.G.Com., del 22 settembre 2010, in seguito a consultazione pubblica e previa approvazione del piano di assegnazione delle radiofrequenze digitali. In tale fase, il multiplex C1 è stato aggiunto ai cinque multiplex sopra citati, oggetto del «*beauty contest*». Tale concorso è stato infine annullato dall'articolo 3-*quinquies* del decreto legge del 2 marzo 2012, n. 16,

convertito, con modificazioni, dalla legge del 26 aprile 2012, n. 44. Si è inoltre deciso che il «*beauty contest*» sarebbe stato sostituito da una procedura di selezione pubblica onerosa, basata su un meccanismo di gara secondo le priorità e i criteri definiti dall'A.G.Com, e che gli operatori che avevano partecipato a detto concorso avrebbero ricevuto un indennizzo.

11.10 L'A.G.Com ha, quindi, adottato la delibera 277/13/CONS, dell'11 aprile 2013, contenente le regole della nuova procedura di selezione. In tale delibera l'A.G.Com ha riconfigurato il piano di assegnazione delle radiofrequenze, riducendo in particolare da 25 a 22 il numero di radiofrequenze destinate alla diffusione televisiva in digitale terrestre, e ha disposto che i *multiplex* da attribuire fossero tre. Solamente gli operatori nuovi entranti e i piccoli operatori, ad esclusione degli operatori che già disponevano di almeno tre multiplex, potevano candidarsi per tali multiplex.

11.11 L'incidenza delle criticità del sistema sull'azione dell'A.N.R. sono state evidenti. Lo conferma quanto affermato da questo Consiglio secondo cui questo quadro di criticità di fondo si è sostanzialmente perpetrato nella delibera n. 181/2009 dell'A.G.Com, alla quale potevano muoversi le stesse obiezioni che la Corte Costituzionale del 1994 muoveva al legislatore del 1990, che, secondo la Corte, ben avrebbe potuto “*tenendo presente la peculiarità della situazione italiana, che aveva visto di fatto l'insorgenza di una posizione dominante - operare un bilanciamento allo stato tra la necessità di allargare le voci cui assentire l'accesso all'emittenza nazionale privata e l'esigenza di tener conto di una realtà economica comunque esistente*”; “*ma per essere rispettoso dei principi espressi dalla giurisprudenza [della Corte Costituzionale] doveva comunque muoversi nella direzione di contenere e gradualmente ridimensionare la concentrazione esistente e non già nella direzione (opposta) di legittimarla stabilmente*” (par. 14.4 - pag. 18) (Consiglio di Stato, sentenza n. 5929/2018, punto 2.25). Secondo questo Consiglio, inoltre, non poteva condividersi l'argomento per cui le reti “*eccedenti*” avrebbero

esercitato la loro attività in piena e continuativa coerenza con il quadro normativo di riferimento, come conformato dagli interventi del giudice costituzionale, non essendosi mai aperta una “*finestra*” temporale, né prima e né dopo l’intervento della Corte Costituzionale, in cui il loro esercizio potesse ritenersi privo dei necessari assenti. Al contrario, era corretto affermare che le reti “*eccedenti*” hanno svolto sì attività conforme alla disciplina transitoria, ma difforme dalle regole “*à regime*” che anticipavano la fase transitoria; e che le regole dichiarate incostituzionali sono state a tutti gli effetti poste nel nulla salvo che per una fase temporale “*ultrattiva*”, strettamente funzionale alla definizione di un diverso assetto normativo. In sostanza, nel corso del tempo, vi è stata una “*disparità di trattamento determinatasi per effetto della considerazione immotivatamente indifferenziata, da parte di AGCOM, delle posizioni di partenza dei vari operatori plurirete già esercenti in analogico*”.

11.12 In questo contesto si sono inseriti gli interventi di codesta Corte di Giustizia, già sopra richiamati.

In particolare, con la sentenza del 26 aprile 2017, in causa C-112/16, Persidera, codesta Corte ha affermato che: i) “*l’articolo 9 della direttiva quadro, gli articoli 3, 5 e 7 della direttiva «autorizzazioni», nonché gli articoli 2 e 4 della direttiva «concorrenza» devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una disposizione nazionale la quale, ai fini della conversione delle reti analogiche esistenti in reti digitali, tenga conto delle reti analogiche illegittimamente esercite, in quanto essa porta a prolungare o addirittura a rafforzare un vantaggio concorrenziale indebito*”; ii) “*i principi di non discriminazione e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una disposizione nazionale la quale, in applicazione di un medesimo criterio di conversione, determini nei confronti di un operatore una riduzione del numero di reti digitali assegnate rispetto al numero di reti analogiche esercite in proporzione più elevata di quella imposta ai suoi concorrenti, a meno che detta disposizione non sia oggettivamente giustificata e proporzionata al suo obiettivo. La continuità dell’offerta televisiva*

costituisce un obiettivo legittimo idoneo a giustificare una siffatta diversità di trattamento. Tuttavia, una disposizione che portasse ad assegnare, agli operatori già presenti sul mercato, un numero di radiofrequenze digitali superiore al numero che sarebbe sufficiente per assicurare la continuità della loro offerta televisiva andrebbe oltre quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo di cui sopra e sarebbe, dunque, sproporzionata”.

Con la sentenza 26 luglio 2017, in C-560/16, Europaway, codesta Corte ha affermato che: i) *“L'articolo 3, paragrafo 3 bis, della direttiva 2002/21/CE 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), come modificata dalla direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, dev'essere interpretato nel senso che esso osta all'annullamento, da parte del legislatore nazionale, di una procedura di selezione per l'assegnazione di radiofrequenze in corso di svolgimento organizzata dall'autorità nazionale di regolamentazione competente, in circostanze quali quelle di cui al procedimento principale, che era stata sospesa da una decisione ministeriale”;* ii) *“L'articolo 9 della direttiva 2002/21, come modificata dalla direttiva 2009/140, gli articoli 3,5 e 7 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), come modificata dalla direttiva 2009/140, nonché gli articoli 2 e 4 della direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a che una procedura gratuita di selezione per l'assegnazione di radiofrequenze, indetta per rimediare all'illegittima esclusione di taluni operatori del mercato, sia sostituita da una procedura onerosa, fondata su un piano riconfigurato di assegnazione delle radiofrequenze a seguito di una riduzione del numero di queste ultime, purché la nuova procedura di selezione sia basata su*

criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati e sia conforme agli obiettivi definiti all'articolo 8, paragrafi da 2 a 4, della direttiva 2002/21, come modificata. Spetta al giudice del rinvio verificare, alla luce di tutte le circostanze pertinenti, se le condizioni stabilite dalla procedura di selezione onerosa siano tali da consentire un effettivo ingresso di nuovi operatori sul mercato della televisione digitale senza indebitamente avvantaggiare gli operatori già presenti sul mercato della televisione analogica o digitale”; iii) “il principio della tutela del legittimo affidamento dev'essere interpretato nel senso che esso non osta all'annullamento di una procedura di selezione per l'assegnazione delle radiofrequenze per il solo fatto che taluni operatori, quali i ricorrenti di cui al procedimento principale, erano stati ammessi a detta procedura e, in quanto unici offerenti, si sarebbero visti assegnare diritti d'uso di radiofrequenze per la diffusione terrestre con tecnica digitale di programmi radiofonici e televisivi se la procedura non fosse stata annullata”.

11.13 Dopo l'intervento di codesta Corte sono intervenute due pronunce di questo Consiglio (sentenze n. 5928/2018 e n. 5829/2018), già sopra richiamate, che hanno annullato vari provvedimenti delle Autorità nazionali e hanno imposto all'Autorità e all'Amministrazione di tener conto nell'ambito della nuova pianificazione delle situazioni di “eccedenza” determinatesi. Sul punto si rinvia alla ricostruzione in fatto di cui sopra.

11.14 L'Autorità nazionale ha proceduto a dare attuazione alle sentenze di questo Consiglio e, quindi, indirettamente alle sentenze di codesta Corte di Giustizia nei termini che sono di seguito esposti.

L'Autorità ha dedotto di aver preso le mosse dalle indagini di mercato che, a partire dalla delibera n. 365/00/CONS del 12 giugno 2000, con riferimento al sistema radiotelevisivo analogico, avevano già accertato la posizione di dominanza di RAI e RTI, conseguente alla forte concentrazione di risorse detenuta dai due gruppi sia in termini di infrastrutture che di risorse economiche e audience. L'ulteriore approfondimento condotto nell'ambito del procedimento aveva, comunque,

consentito di confermare che la dotazione di una “*rete aggiuntiva*” (nello specifico RAI 3 e Rete 4), sebbene con un’incidenza relativa inferiore rispetto alle altre due reti, aveva sicuramente contribuito al raggiungimento e al mantenimento della posizione dominante dei gruppi in questione e del relativo vantaggio competitivo conseguito. L’Autorità ha, tuttavia, evidenziato di aver preso in considerazione gli obblighi regolamentari imposti a partire dal 2005, con l’obiettivo di sterilizzare il vantaggio creatosi ed impedire che lo stesso si potesse traslare nel nuovo sistema/mercato della tv digitale terrestre.

L’Autorità ha, quindi, osservato di aver tenuto in considerazione le misure adottate con la delibera n. 136/05/CONS con cui aveva imposto una serie di misure rimediali. Le misure adottate erano state le seguenti: *a)* nei confronti di RAI e RTI: 1) Obbligo di accelerare la digitalizzazione delle reti televisive terrestri anche mediante la predisposizione in tecnica digitale di tutti gli impianti operanti in tecnica analogica alle condizioni di cui all’art. 2, comma 1; 2) Obbligo di destinazione di capacità trasmissiva a fornitori indipendenti di contenuti, nell’ambito della quota del 40% della capacità trasmissiva delle reti digitali terrestri di cui all’art. 2-bis, comma 1, quinto periodo, della legge n. 66/2001, alle condizioni di cui all’art. 2, comma 2; *b)* Nei confronti di RTI: 1) Obbligo di avvalersi, secondo il calendario di cui all’art. 2, comma 3, di una concessionaria di pubblicità diversa da Publitalia per la raccolta pubblicitaria per le trasmissioni in tecnica digitale terrestre diverse dal simulcast; 2) Divieto di trasmettere messaggi pubblicitari nella programmazione televisiva digitale terrestre diversa dal simulcast in misura superiore al 12% di ogni ora a partire dal 30 giugno 2005 fino al 31 dicembre 2006; *c)* Nei confronti di RAI: 1) Obbligo di contribuire alla maggiore diffusione della tecnologia digitale terrestre per il tramite di un nuovo programma generalista attrattivo in termini di audience e privo di pubblicità su reti digitali terrestri secondo le condizioni di cui all’art. 2, comma 4; *d)* Nei confronti di Publitalia: 1) Fino all’attuazione della misura di cui all’art. 1, comma 1, lettera b),

n. 1, da parte di RTI, obbligo di operare la separazione contabile tra le attività di raccolta pubblicitaria sulle reti analogiche e attività di raccolta pubblicitaria sulle reti digitali terrestri, alle condizioni di cui all'art. 2, comma 5; 2) Obbligo di praticare condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie nella vendita di spazi pubblicitari, dando separata evidenza degli eventuali sconti applicati ai singoli prodotti secondo le modalità definite dall'art. 2, comma 6.

11.14 L'Autorità ha evidenziato di aver preso in considerazione le misure adottate a seguito dell'accertamento della sussistenza della posizione di dominanza congiunta nel mercato in questione da parte di RAI e RTI, e, in particolare, quelle di cui alla delibera n.159/08/CONS del 9 aprile 2008, con la quale - al fine di *“neutralizzare le potenziali distorsioni della concorrenza relativamente ai servizi intermedi che sono necessari ai concorrenti per l'installazione e la gestione della propria rete diffusiva”* – aveva imposto le seguenti misure individuali: *i)* obbligo di accesso e uso di determinate risorse; *ii)* obbligo di trasparenza; *iii)* obbligo di non discriminazione; *iv)* obbligo di separazione contabile.

11.15 Inoltre, l'Autorità ha evidenziato di aver tenuto conto delle misure dirette ad incidere sulla posizione di forza detenuta da tali operatori nel mercato radiotelevisivo. Infatti delle 8 reti digitali previste dalla delibera n. 181/09/CONS per la conversione delle reti analogiche (oggetto di spegnimento), 3 erano state destinate ai *“piccoli”* operatori (Europa 7, Rete Capri e Rete A) in applicazione del criterio del *“minimo garantito”* e con un fattore di conversione *“alla pari”* (uno a uno), mentre le restanti 5 erano state destinate alla conversione delle 8 reti esercite dagli operatori plurirete (RAI 3 reti, RTI 3 reti, Telecom 2 reti) in applicazione di un criterio di *“approssimazione alla media”*, con conseguente decurtazione di una rete per tutti e tre gli operatori (RAI e RTI hanno ottenuto 2 multiplex digitali in luogo delle 3 reti analogiche esercite, Telecom 1 multiplex in luogo delle 2 reti analogiche esercite).

11.16 L'Autorità ha dedotto, altresì, di aver valorizzato – nell'ottica di dar esecuzione alla sentenza di questo Consiglio – le misure relative all'assegnazione

del c.d. “*dividendo esterno*”, rappresentato da 5 nuove reti nazionali digitali. In particolare, l’Autorità aveva articolato i cinque lotti messi a gara in due parti: - Parte A: pari a tre lotti, riservati ai nuovi entranti e ad altri operatori esistenti (esclusi gli operatori che prima della conversione delle reti analogiche e della razionalizzazione dei *multiplex* digitali esistenti DVB-T avevano la disponibilità di due o più reti televisive nazionali in tecnica analogica); - Parte B: pari a due lotti, aperti a qualsiasi offerente. In ultimo, era stato previsto: *i)* che le offerte sarebbero state soggette ad un *cap* di 5 *multiplex* nazionali DVB-T (nel cui computo rientravano anche le reti nazionali DVB-T esistenti e già assegnate); *ii)* che, per operatori integrati che esercivano 3 reti nazionali in tecnica analogica (RAI e Mediaset), il *cap* era stato fissato a un *multiplex*; *iii)* nel caso dell'operatore integrato che eserciva 2 reti nazionali in tecnica analogica (Telecom) il *cap* era stato fissato a due *multiplex*.

11.17 Dall’indagine “*diacronica*” condotta l’Autorità ha ritenuto non possibile prendere in considerazione misure strutturali che “*per loro natura avrebbero finito per sovrapporsi e duplicare le citate misure già imposte in passato e che avrebbero avuto effetti sull’intero mercato, con una portata ben più ampia dello stesso riequilibrio da perseguire, così come individuato dal dictum giurisdizionale*”. Al contrario, l’Autorità ha ritenuto, al fine di realizzare il riequilibrio tra i soli operatori plurirete, “*necessario e proporzionato introdurre, quale misura idonea a realizzare tale scopo, regole asimmetriche di partecipazione alla procedura di assegnazione dell’ulteriore capacità trasmissiva disponibile in ambito nazionale e delle frequenze terrestri di cui alla delibera n. 564/20/CONS*” (p. 13 della relazione depositata dinanzi a questo Consiglio).

11.18 L’Autorità ha, quindi, ritenuto di poter attuare il riequilibrio delle posizioni mediante regole asimmetriche della procedura a titolo oneroso prevista dal legislatore. In particolare, la procedura ha riguardato le frequenze relative a due reti (*multiplex*) delle 12 reti DVB-T2 pianificate dal P.N.A.F. per il servizio televisivo

nazionale, e la relativa capacità trasmissiva. La procedura è stata suddivisa in quattro lotti, ovvero 4 diritti d'uso delle frequenze generici, ciascuno con dimensione pari alla metà di un multiplex nazionale in tecnologia DVB-T2. I 4 lotti sono stati suddivisi in tre categorie, denominate P1 (un lotto), P2 (un lotto) e P3 (due lotti). Alla categoria P1 ha afferito un lotto; alla categoria P2 ha afferito un lotto; alla categoria P3 hanno afferito due lotti. I lotti sono stati assegnati mediante procedura onerosa senza rilanci competitivi, articolata in tre distinte fasi, effettuati separatamente in sequenza, secondo il seguente ordine: fase I per la categoria P1, fase II per la categoria P2 e fase III per la categoria P3. L'Autorità ha previsto alcune riserve e limitazione al fine di *“favorire il pluralismo e la concorrenza nel mercato”* (Capo III dell'allegato A alla delibera 564/2020/CONS). In particolare, si è fissato un *“cap”*, prevedendo che nessun operatore potesse detenere, singolarmente o congiuntamente (mediante la stipula di un accordo commerciale o intesa con altro operatore), diritti d'uso delle frequenze (generici o specifici) ulteriori rispetto a quelli necessari per l'esercizio di 3 reti nazionali delle 12 pianificate dal P.N.A.F. in tecnologia DVB-T2. Inoltre si è previsto che: *i) i soggetti nuovi entranti (intesi come i soggetti che, alla data di presentazione della domanda di partecipazione alle procedure di cui al presente provvedimento non risultassero titolari di diritti d'uso di frequenze per l'esercizio di reti di radiodiffusione televisiva terrestre in ambito nazionale; art. 1, comma 1, lett. g), dell'allegato A alla delibera n. 564/20/CONS) e gli operatori di tipo A [categoria relativa a “un operatore di rete di radiodiffusione televisiva terrestre, che, a seguito della procedura di conversione di cui alla delibera n. 129/19/CONS, alla data di presentazione della domanda di partecipazione alle procedure di cui al presente provvedimento, risulta titolare, singolarmente, solo di un diritto d'uso senza specificazione delle frequenze per l'esercizio di una delle reti nazionali pianificate dal PNAF (corrispondente alla metà di un multiplex nazionale in tecnologia DVB-T2) o, congiuntamente, di un unico diritto d'uso di frequenze specifico per l'esercizio di una specifica rete nazionale in tecnologia DVB-T2 pianificata dal*

PNAF”; art. 1, comma 1, lett. f), dell’allegato A alla delibera n. 564/20/CONS] potessero presentare offerte per tutti i lotti in gara afferenti alle categorie P1, P2 e P3; ii) gli operatori di tipo B [categoria relativa a “*un operatore di rete di diffusione televisiva terrestre, che, a seguito della procedura di conversione di cui alla delibera n. 129/19/CONS, alla data di presentazione della domanda di partecipazione alle procedure di cui al presente provvedimento, risulta titolare di due diritti d’uso di frequenze specifici per l’esercizio di due specifiche reti nazionali in tecnologia DVB-T2 pianificate dal PNAF, nonché di un diritto d’uso senza specificazione delle frequenze per l’esercizio di una delle reti nazionali pianificate dal PNAF (corrispondente alla metà di un multiplex nazionale in tecnologia DVB-T2)*”; art. 1, comma 1, lett. i), dell’allegato A alla delibera n. 564/20/CONS] potessero presentare offerte per un solo lotto in gara, afferente alla categoria P3; iii) l’operatore di tipo C [inteso come “*l’operatore di rete di tipo B che ha promosso innanzi al Consiglio di Stato il giudizio definito con sentenza n. 5928/2018 del 16 ottobre 2018 (Persidera S.p.A.)*”; art. 1, comma 1, lett. j), della delibera n. 564/20/CONS], potesse presentare offerte per il lotto in gara afferente alla categoria P2 e per un lotto in gara afferente alla categoria P3.

11.19 Terminata l’esposizione delle vicende pregresse sul sistema italiano e delle pronunce giurisprudenziali intervenute il Collegio dubita della conformità al diritto unionale delle scelte adottate dal legislatore nazionale e dall’A.N.R.

11.20 In particolare, si dubita della compatibilità delle misure adottate dal legislatore italiano e dalle Autorità nazionali nella parte in cui hanno comportato anche una conversione non integrale dei diritti acquisiti da al termine di una procedura onerosa e competitiva e hanno, altresì, determinato un unico criterio valevole anche per tale operatore e suddiviso la capacità trasmissiva tenendo conto, comunque, di situazioni “*irregolari*”, come sancito dalla giurisprudenza indicata nei precedenti punti.

11.21 In relazione a quest’ultimo punto la sentenza di codesta Corte del 27 luglio

2017, in causa C-112/16, aveva evidenziato che le A.N.R., nello svolgere le loro funzioni di regolamentazione indicate nella direttiva quadro nonché, in particolare, nella direttiva «*autorizzazioni*», devono adottare tutte le misure ragionevoli intese a conseguire gli obiettivi definiti nei paragrafi da 2 a 4 del medesimo articolo 8, che consistono nel promuovere la concorrenza nella fornitura delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, nel contribuire allo sviluppo del mercato interno e nel promuovere gli interessi dei cittadini dell'Unione (punto 38, ove sono richiamate anche le sentenze del 19 giugno 2014, TDC, C-556/12, EU:C:2014:2009, punto 39, nonché del 15 settembre 2016, Koninklijke KPN e a., C-28/15, EU:C:2016:692, punto 46). Inoltre, in virtù dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva «*concorrenza*», dell'articolo 5, paragrafo 2, secondo comma, e dell'articolo 7, paragrafo 3, della direttiva «*autorizzazioni*», nonché dell'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva quadro, i diritti d'uso delle radiofrequenze devono essere attribuiti sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati. Quest'ultima condizione implica che tali criteri siano idonei a garantire la realizzazione dell'obiettivo che essi perseguono e non vadano oltre quanto è necessario per il suo raggiungimento (punto 39, ove è richiamata la sentenza del 23 aprile 2015, Commissione/Bulgaria, C-376/13, non pubblicata, EU:C:2015:266, punti 65 e 84). Tali criteri devono essere rispettati non soltanto al momento dell'assegnazione iniziale delle radiofrequenze, ma anche in occasione di qualsiasi assegnazione successiva, di una proroga o, come nelle circostanze di cui al procedimento principale, di una conversione delle radiofrequenze nel contesto della transizione verso il digitale (punto 40), e, inoltre, le A.N.R. devono vigilare affinché la concorrenza non sia falsata in ragione, segnatamente, dell'accumulo di diritti d'uso di radiofrequenze (punto 41).

11.22 Secondo codesta Corte le disposizioni del NQNC, e in particolare l'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva quadro, l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva «*autorizzazioni*», nonché l'articolo 4, punto 1, della direttiva «*concorrenza*», ostano a misure nazionali che abbiano come effetto di cristallizzare le strutture del

mercato nazionale e di proteggere la posizione degli operatori nazionali già attivi su detto mercato, impedendo o limitando l'accesso di nuovi operatori a tale mercato, a meno che le misure suddette non siano giustificate da obiettivi di interesse generale e organizzate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati (punto 43, ove è richiamata la sentenza del 31 gennaio 2008, Centro Europa 7, C-380/05, EU:C:2008:59, punti da 95 a 107); inoltre, occorre considerare che sarebbe parimenti contrario alle disposizioni del NQNC lasciar perdurare o addirittura rafforzare, a profitto di un operatore già presente sul mercato, un vantaggio concorrenziale indebito, ottenuto in violazione dei requisiti di legge e contrario all'obiettivo di una concorrenza effettiva e non falsata, impedendo o limitando al tempo stesso l'accesso di nuovi operatori al mercato (punto 44).

11.23 Nel caso di specie, la scelta dell'A.N.R. – successiva alla decisione di codesta Corte di Giustizia – è quella di non adottare soluzioni di carattere strutturale ma di articolare, diversamente, la procedura onerosa di cui all'art. 1, comma 1031-*bis*, della l. n. 205/2017. Si chiede, tuttavia, a codesta Corte di Giustizia se una simile modalità di esecuzione possa, effettivamente, ritenersi conforme ai principi dalla stessa affermati, considerato che già codesta Corte aveva osservato come dalla decisione di rinvio fosse risultato che il numero di reti esercite da ciascun operatore era stato convertito in altrettante reti digitali previa sottrazione di una rete, con conseguente disparità di trattamento.

11.24 La procedura onerosa pur differenziata alla quale l'Autorità – in conformità alla normativa nazionale – ha fatto ricorso ha, tuttavia, determinato necessità per un operatore – già sottoposto ad un differente trattamento – di sostenere ulteriori costi per garantirsi la continuità della capacità trasmissiva precedente. E ciò nonostante il sistema italiano fosse stato da tempo caratterizzato da quelle situazioni di anomalia descritte, che dovevano essere valutate da parte dell'Amministrazione e che costituiscono, altresì, un termine essenziale per verificare l'adeguatezza e proporzionalità delle misure all'attenzione di questo Collegio.

11.25 In sostanza, in forza del disposto di cui all'art. 1, comma 1031-bis, della L. n. 205/2017 e delle scelte adottate dall'Autorità: *i)* si è determinato una conversione non integrale dei precedenti diritti, per “assicurare” – come spiegato nel secondo quesito – il dividendo esterno, destinato alla procedura onerosa; *ii)* si è imposto anche ad un operatore che aveva acquisito i diritti d'uso delle frequenze di sottostare ad una procedura di conversione/assegnazione che ha, in sostanza, compresso i diritti in precedenza acquisiti; *iii)* si è utilizzata la sola procedura onerosa come misura di riequilibrio delle varie posizioni, articolando regole asimmetriche che, tuttavia, hanno imposto a Cairo, di sostenere ulteriori costi per ottenere il ½ necessario.

I QUESITI RIMESSI A CODESTA CORTE DI GIUSTIZIA.

12. In definitiva, si sottopongono a codesta Corte di Giustizia i seguenti quesiti:

1) Se il diritto dell'Unione e, in particolare, gli artt. 6 e 19, par. 1, seconda parte, del T.U.E., interpretati alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'art. 4, par. 1, co. 1, della Direttiva 2002/21/CE 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), e l'art. 31 della Direttiva (UE) 2018/1972, deve essere interpretato nel senso che ostano ad una normativa nazionale, quale quella rilevante nell'ordinamento italiano (art. 1, comma 1037, della L. n. 205/2017) che, in una situazione di rilevanza comunitaria, limita gli effetti dell'azione di annullamento, impedendo la reintegrazione o esecuzione in forma specifica, e circoscrive la tutela cautelare al pagamento di una provvisoria, compromettendo la tutela giurisdizionale effettiva.

2) Se il diritto dell'Unione e, in particolare, gli artt. 3, paragrafi 3 e 3-bis, e 8 e 9 della direttiva 2002/21/CE (c.d. “*direttiva quadro*”), come modificata dalla direttiva 2009/140/CE, nonché gli artt. 5, 6, 8, 9 e 45, della Direttiva (UE) 2018/1972, deve essere interpretato nel senso che osta ad un sistema del tipo di quello introdotto nella Repubblica Italiana dall'art. 1, comma 1031-bis Legge di Bilancio 2018 come

introdotto dall'art. 1 comma 1105 Legge di Bilancio 2019, che, priva o, comunque, limita in modo significativo l'autorità amministrativa indipendente delle sue funzioni di regolamentazione, stabilendo l'assegnazione di ulteriore capacità trasmissiva mediante procedura onerosa con aggiudicazione all'offerta economica più elevata e con la partecipazione degli *incumbent*.

3) Se il diritto dell'Unione, e, in particolare, gli artt. 8 e 9 della Direttiva 2002/21/CE 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), gli artt. 3, 5, 7, e 14 della Direttiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), gli artt. 2 e 4 della Direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, i consideranda n. 11 e n. 20 della Decisione UE 2017/899 e i principi di equità, non discriminazione, tutela della concorrenza e del legittimo affidamento, deve essere interpretato nel senso che osta ad un sistema come quello introdotto dalla normativa nazionale rilevante (art. 1, commi 1030, 1031, 1031-bis, 1031-ter, 1032, della L. n. 205/2017), nonché dalle delibere dell'A.G.Com n. 39/19/CONS, 128/19/CONS, 564/2020/Cons e dai relativi provvedimenti di assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze per il servizio televisivo digitale, che ai fini della conversione "*dei diritti d'uso delle frequenze*" in "*diritti d'uso della capacità trasmissiva*" non disponga una conversione per equivalente ma riservi parte della capacità ad una procedura onerosa, imponendo all'operatore ulteriori costi per assicurarsi la conservazione delle prerogative legittimamente acquisite nel corso del tempo;

4) Se il diritto dell'Unione e, in particolare, gli artt. 8 e 9 della Direttiva 2002/21/CE 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), gli artt. 3, 5, 7, 14 della Direttiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), gli artt. 2 e 4 della Direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, i *consideranda* n. 11 e 20 della decisione UE 2017/899, i principi di equità, non discriminazione, tutela della concorrenza e del legittimo affidamento, nonché i principi di proporzionalità ed adeguatezza, osta come quello introdotto dalla normativa nazionale rilevante (art. 1, commi 1030, 1031, 1031-bis, 1031-ter, 1032, della L. n. 205/2017), nonché dalle delibere dell’A.G.Com n. 39/19/CONS, 128/19/CONS, 564/2020/CONS, e dai relativi provvedimenti di assegnazione dei diritti d’uso delle frequenze per il servizio televisivo digitale, che non adotta misure di carattere strutturale per ristorare la situazione di disparità in precedenza determinatasi anche in considerazione delle irregolarità in precedenza accertate dalla giurisprudenza interna e sovranazionale, e non differenzia la posizione dell’operatore che ha acquisito una frequenza all’esito di procedura onerosa competitiva con previsione del diritto di conservazione della stessa o se invece risultino adeguate e proporzionate le misure non strutturali prima descritte adottate dall’Autorità di settore.

13. Ai sensi delle “raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale”, pubblicate in GUUE del 8 novembre 2019, vanno trasmessi in copia alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell’Unione europea, mediante plico raccomandato:

- gli atti ed i provvedimenti impugnati con i ricorsi di primo grado;
- il ricorso di primo grado;
- la sentenza del T.a.r. Lazio, sede di Roma, appellata;
- l’appello proposto dalla parte ricorrente;
- tutte le memorie difensive depositate dalle parti nel giudizio di appello;
- la presente ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia dell’Unione europea.

14. In applicazione dell'art. 79 cod. proc. amm. e delle predette Raccomandazioni, il presente giudizio rimane sospeso in parte qua nelle more della definizione del procedimento incidentale di rinvio e ogni ulteriore decisione, anche in ordine al regolamento delle spese processuali, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), non definitivamente pronunciando, dispone, a cura della Segreteria, la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nei sensi e con le modalità di cui in motivazione, per la risoluzione delle questioni pregiudiziali indicate nella parte motiva della presente decisione; riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio in parte qua.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

Lorenzo Cordi', Consigliere

L'ESTENSORE

Davide Ponte

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO