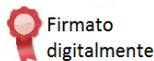




Numero di ruolo pubblicato	:	C-766/23
Numero dell'atto	:	1
Numero di registro	:	1277238
Data di deposito	:	12/12/2023
Data di iscrizione nel registro	:	14/12/2023
Tipo di atto	:	Domanda di pronuncia pregiudiziale

	:	Atto
Riferimento del deposito effettuato tramite e-Curia	:	DC198284
Numero del file	:	1
Autore del deposito	:	Lantieri-6 Rossella (J360138)

Pubblicato il 01/12/2023



N. 10419/2023 REG.PROV.COLL.
N. 04244/2021 REG.RIC.
N. 04251/2021 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 4244 del 2021, proposto da:

Persidera s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto e Annalisa D'Urbano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Ministero delle Imprese e del Made in Italy, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

- Rai - Radiotelevisione Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe De Vergottini e Marco Petitto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;- Elettronica Industriale s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e

difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Gian Michele Roberti, Giuseppe Rossi, Marco Serpone, Carlo Edoardo Cazzato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;- 3lettronica Industriale s.p.a, Espansione s.r.l., Prima Tv s.p.a., Cairo Network s.r.l., Premiata Ditta Borghini e Stocchetti di Torino s.r.l., Europa Way S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 4251 del 2021, proposto da:

Persidera s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto e Annalisa D'Urbano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, Ministero delle Imprese e del Made in Italy, in persona del Ministro pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

- Rai - Radiotelevisione Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe De Vergottini e Marco Petitto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;- Elettronica Industriale s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Gian Michele Roberti, Giuseppe Rossi, Marco Serpone, Carlo Edoardo Cazzato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;- 3lettronica Industriale s.p.a, Espansione s.r.l., Prima Tv s.p.a., Cairo Network s.r.l., Premiata Ditta Borghini e Stocchetti di Torino s.r.l., Europa Way S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

per la riforma:

A) *Quanto al ricorso n. 4244 del 2021:*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – sede di Roma (Sezione Terza) n. 01207/2021, resa tra le parti;

B) Quanto al ricorso n. 4251 del 2021:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma (Sezione Terza) n. 01206/2021, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione nei giudizi in epigrafe dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, del Ministero delle Imprese e del Made in Italy (già Ministero dello Sviluppo Economico) di Rai - Radiotelevisione Italiana S.p.A. e di Elettronica Industriale S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le ordinanze collegiali n. 9909/2022 e n. 5778/2023, rese nel giudizio R.G. n. 4244/2021;

Viste le ordinanze collegiali n. 9910/2022 e n. 5781/2023, rese nel giudizio R.G. n. 4251/2021;

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

A. LA CONTROVERSIA NELLE CAUSE PRINCIPALI.

A.1. PREMESSA E SINTESI PRELIMINARE DELLE CONTROVERSIE.

1. Persidera s.p.a. è un operatore di rete nazionale, nato dall’integrazione societaria – avvenuta nel 2014 - tra Telecom Italia Media Broadcasting s.r.l. e Rete A s.p.a., attualmente controllata dal fondo di investimento F2i.

2. La Società ha adito il T.A.R. per il Lazio – sede di Roma con due ricorsi (Sezione A.2 e A.3 della presente ordinanza) chiedendo l’annullamento dei

provvedimenti regolamentari e amministrativi adottati nel procedimento volto alla conversione delle attuali frequenze in DVB-T destinate alla televisione digitale terrestre e all'assegnazione delle frequenze in DVB-T2, a seguito del *refarming* della banda 700 MHz necessario allo sviluppo dei servizi 5G (Decisione UE 2017/899 del Parlamento e del Consiglio del 17 maggio 2017, relativa all'uso della banda di frequenza 470-790 MHz nell'Unione).

3. Operando una sintesi preliminare si osserva come Persidera abbia impugnato, in primo luogo, il Piano nazionale di assegnazione delle Frequenze da destinare al servizio digitale terrestre [*"P.N.A.F. 2019"*, approvato con delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito anche solo *"Autorità"* o *"A.G.Com"* o *"A.N.R."*) n. 39/19/CONS] ed i relativi allegati, deducendo che il P.N.A.F. 2019 aveva complessivamente pianificato n. 12 nuove frequenze nazionali DVB-T2, ma aveva, altresì, fissato parametri di configurazione sulla base dei quali è stata prevista l'assegnazione diretta di soli 10 multiplex DVB-T2 in conversione delle 20 reti nazionali DVB-T, assegnate nel 2012 per una durata ventennale (2012-2032). La Società ha ritenuto erronea la configurazione di riferimento per la realizzazione delle nuove reti (RPC n. 1) e l'applicazione di un fattore di conversione convenzionale pari a 0,5, con riserva di 2 multiplex DVB-T2 per la procedura competitiva onerosa.

3.1. La Società ha dedotto, inoltre, l'insufficienza delle 10 frequenze nazionali DVB-T2, osservando come questa regolamentazione fosse inficiata dall'illegittimità e dall'erronea interpretazione della normativa nazionale concernente la conversione delle reti nazionali e l'assegnazione della ulteriore capacità trasmissiva mediante procedura ad evidenza pubblica a titolo oneroso, prevista dalla disposizione di cui all'art. 1, commi 1031 e 1031*bis* della L. n. 205/2017, come modificati dall'art. 1, commi 1103 e 1104, della L. n. 145/2018.

3.2. La concreta applicazione di tali criteri e di tale normativa ha condotto all'assegnazione a Persidera di risorse spettrali (n. 2,5 multiplex DVB-T2), ritenute parziali e non equivalenti a quelle esercite (n. 5 multiplex DVB-T). Tale

assegnazione avrebbe determinato – secondo l'operatore - una perdita di capacità trasmissiva e copertura territoriale, con conseguente impatto economico e concorrenziale. In ultimo, Persidera ha dedotto l'illegittimità di tali provvedimenti nella parte in cui non hanno disposto alcun indennizzo in proprio favore, prevedendo solo la possibilità di ottenere un ulteriore ½ di multiplex DVB-T2 mediante la partecipazione alla gara onerosa prevista dalla previsione di cui all'art. 1, comma 1031-bis, della L. n. 205/2017.

A.2. IL RICORSO DI PRIMO GRADO DI PERSIDERA AVVERSO IL P.N.A.F. 2019 E I RELATIVI ATTI COLLEGATI (R.G. N. 4642/2019 DEL TA.R. PER IL LAZIO – SEDE DI ROMA).

4. Effettuata una sintesi preliminare delle questioni oggetto delle controversie pendenti dinanzi al Giudice nazionale, può procedersi alla loro puntuale descrizione, necessaria per una miglior comprensione dei quesiti che sono rimessi a codesta Corte di Giustizia.

5. A tal fine si osserva che, con il ricorso introduttivo del giudizio in epigrafe, la Società ha adito il T.A.R. per il Lazio – sede di Roma chiedendo l'annullamento del P.N.A.F. 2019 e di una serie di atti ad esso collegati.

5.1. A sostegno della domanda di annullamento Persidera ha dedotto la violazione e falsa applicazione della normativa di settore (artt. 1, commi 1030, 1031 e 1031-*bis* della Legge n. 205/17, come modificata dalla Legge n. 145/2018, anche in relazione all'art. 8, comma 2, del Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, come modificato dall'art. 1, comma 1101, della medesima L. n. 145/2018, artt. 3, 4 e 42 del D.Lgs. 177/2005; artt. 3, 4, 13, 14, 27 e 29 del D.Lgs. n. 259/2003, Decisione UE 2017/899), stante l'utilizzo nel Piano di una configurazione tecnica di riferimento (denominata "*Reference Planning Configuration*" – RPC n. 1), ritenuta inadeguata a garantire una conversione equivalente delle reti frequenziali nazionali nel passaggio tecnologico DVB-T/DVB-T2. Persidera ha evidenziato come la pianificazione delle risorse

frequenziali nazionali avesse sotteso l'intento di destinare alla conversione diretta dei multiplex DVB-T un *quantum* di risorse insufficienti (ovvero soltanto dieci multiplex DVB-T2, in luogo dei dodici complessivamente pianificati), riservando n. 2 multiplex DVB-T2 alla procedura competitiva onerosa, prevista dall'art.1, comma 1031-*bis*, della L. n. 205/2017, come modificata dalla Legge di Bilancio 2019. In sostanza, dal P.N.A.F. 2019 sarebbe derivata l'applicazione di un fattore di conversione pari a 0,5 ai fini della transizione delle reti nazionali al nuovo standard tecnologico (DVB-T2). L'Autorità Garante per le Comunicazione avrebbe, quindi, stabilito solo in modo "*convenzionale*" che il diritto d'uso esercito dagli operatori nazionali in standard DVB-T corrispondesse alla metà (50%) della capacità trasmissiva totale resa disponibile da un multiplex nazionale in tecnologia DVB-T2. Prospettazione confermata dalla successiva delibera n. 129/19/CONS, recante i criteri di conversione dei diritti d'uso frequenziali e dall'assegnazione in favore di Persidera di diritti d'uso corrispondenti a n. 2,5 multiplex DVB-T2, a fronte di 5 multiplex DVB-T assegnati nel 2012 per una durata ventennale.

5.2. Persidera ha evidenziato come la destinazione di un numero insufficiente di multiplex DVB-T2 si ponesse in contrasto con l'onere di assicurare la continuità dei programmi e dei servizi, con il divieto di modificare e/o revocare i diritti d'uso prima della scadenza (art. 14 della Direttiva 2002/20/CE), nonché con i principi giuridici di certezza dell'ordinamento giuridico, tutela del legittimo affidamento, parità di trattamento, proporzionalità e promozione della concorrenza. Secondo l'appellante l'Autorità avrebbe dovuto, al contrario, destinare tutti i dodici multiplex pianificati con il P.N.A.F. 2019 alla conversione diretta delle reti nazionali, valutando solo a valle di tale procedimento l'eventuale sussistenza di risorse residue da allocare tramite la procedura onerosa *ex art. 1, comma 1031-bis*. In via subordinata, Persidera ha eccepito l'illegittimità costituzionale ed euro-unitaria delle norme della L. n. 205/2017.

5.3. Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 30.5.2019 Persidera ha articolato ulteriori censure avverso l'allegato 3 del P.N.A.F 2019, recante il

“*documento di pianificazione e definizione dei vincoli tecnici*”, nella parte in cui ha fissato vincoli radioelettrici ritenuti illogici, eccessivamente gravosi, e idonei a compromettere l’equivalenza e l’efficienza delle reti pianificate e ad aumentare i costi di gestione.

A.2.1. LA SENTENZA DEL T.A.R. PER IL LAZIO – SEDE DI ROMA N. 1206/2021 RESA NEL GIUDIZIO R.G. N. 4642/2019.

6. Con la sentenza indicata in epigrafe il T.A.R. per il Lazio – sede di Roma ha respinto il ricorso, come integrato da motivi aggiunti, di Persidera.

6.1. Il T.A.R. per il Lazio ha osservato che l’Autorità di regolazione ha pianificato: *i*) 12 reti nazionali in banda UHF, di cui 1 decomponibile per macroaree e 1 integrata da frequenze della banda III-VHF; *ii*) 1 rete locale di 1° livello in banda UHF con copertura non inferiore al 90% in ciascuna area tecnica; *iii*) 1 o più reti locali di 2° livello in banda UHF senza vincolo di copertura nel bacino di riferimento, in ciascuna area tecnica. Inoltre, l’Autorità: *i*) ha destinato alla conversione delle attuali 20 reti nazionali DVB-T solo 10 multiplex DVB-T2, sui 12 complessivamente pianificati dalla delibera 39/19/CONS, fissando un fattore di conversione pari a 0,5 (per cui un diritto d’uso in DVB-T equivarrebbe alla metà di un multiplex DVB-T2); *ii*) ha riservato 2 multiplex DVB-T2 alla procedura onerosa ex art. 1, comma 1031-bis, della L. n. 205/2017), sottraendoli al procedimento di conversione; *iii*) ha prefigurato la riassegnazione in favore di RAI ed Elettronica Italiana S.p.a. di 2,5 multiplex DVB-T2 per ciascuna, disponendo la conversione anche dei multiplex derivanti dalla (illegittima, secondo Persidera) trasformazione in digitale di RAI 3 e Rete 4.

6.2. Operata tale premessa il T.A.R. ha respinto il ricorso introduttivo del giudizio e dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti osservando che: *i*) la previsione di cui all’art. 1, comma 1031, della L. n. 205/2017, non avrebbe violato la riserva di autonomia dell’Autorità di regolazione nazionale rimettendo all’A.G.Com. la valutazione discrezionale in ordine al criterio di conversione delle

“vecchie” reti in tecnologia DVB-T nelle nuove reti in DVB-T2 (capo 2 della sentenza appellata); *ii*) dal quadro normativo non emergerebbe alcun vincolo normativo teso ad assicurare una conversione “*per equivalente*” delle frequenze DVB-T assegnate nel 2012; *iii*) la capacità trasmissiva veicolata da un multiplex (sia DVB-T che DVB-T2) non costituisce un valore standardizzato potendo variare in ragione delle scelte effettuate dal singolo operatore presumibilmente orientate verso standard innovativi; *iv*) in ordine alla RPC n.1 andava considerato che l'utilizzazione di una determinata configurazione di rete nell'elaborazione del P.N.A.F. non avrebbe impedito ad un operatore di utilizzare, a determinate condizioni, una variante tecnica diversa; *v*) la RPC n. 1 individuata nella delibera n. 39/19/CONS sarebbe stata - nella prospettiva del primo giudice - una mera configurazione teorica di riferimento (c.d. “*rete-tipo*”), maggiormente idonea a massimizzare la capacità trasmissiva nonostante la minore “*robustezza*”; *vi*) l'assegnazione diretta di soli 10 multiplex DVB-T2 (in luogo dei 12 complessivamente pianificati) con fattore di conversione pari a 0,5, risulterebbe legittima alla luce della sentenza n. 6910/2019 di questo Consiglio di Stato, ed ai contenuti della medesima delibera n. 129/19/CONS.

6.3. Il T.A.R ha poi preso in considerazione le due fasi previste per l'assegnazione dei diritti d'uso frequenziali in DVB-T2: *i*) la prima destinata alla conversione dei diritti d'uso delle frequenze di cui attualmente sono titolari gli operatori di rete nazionali, in diritti d'uso di nuova realizzazione in tecnologia DVB-T2 (art. 1, comma 1031, L. n. 205/2021); *ii*) la seconda preordinata all'assegnazione della capacità trasmissiva “*aggiuntiva*” rispetto a quella oggetto di conversione, mediante una procedura ad evidenza pubblica a carattere oneroso (art. 1, comma 1031-*bis*, della L. n. 205/2017).

6.3.1. Inoltre, il T.A.R. ha ricostruito l'evoluzione del quadro normativo muovendo dall'adozione del Piano nazionale delle frequenze del 2018, soffermandosi poi sull'impatto modifiche introdotte dalla L. n. 205/2017, la quale ha abrogato l'obbligo di riserva di 1/3 della capacità trasmissiva prevista dal piano di

assegnazione delle frequenze a favore dell'emittenza locale in ragione della necessità di aumentare il numero di reti destinato alle nazionali. Nel far riferimento alle 2 reti DVB-T2 *“aggiuntive”*, il T.A.R. ha rilevato che *“tale capacità trasmissiva ulteriore deriva dai mutamenti contestualmente imposti all'emittenza locale”*, ravvisando la *ratio legis* delle modifiche nella *“possibilità di diminuire le reti dell'emittenza locale con corrispondente incremento di quella nazionale”*. Il T.A.R. ha osservato come i 2 multiplex DVB-T2 fossero *“risorse aggiuntive delle quali è sopravvenuta la disponibilità per effetto dell'azzeramento legislativo”* dell'obbligo di riserva in favore delle emittenti locali reso necessario dall'acclarata necessità di aumentare il basket delle risorse destinate agli operatori nazionali. Secondo il T.A.R. tali risorse non dovevano essere necessariamente ricondotte alla conversione in favore degli operatori nazionali, invece che all'assegnazione mediante procedura onerosa.

6.4. Il T.A.R. ha dichiarato inammissibili per carenza di interesse: *i)* le censure relative al fattore di conversione, ritenendolo non fissato dal P.N.A.F. 2019; *ii)* le censure relative alla mancanza di una disciplina regolamentare idonea ad assicurare una transizione ordinata ed omogenea di tutti gli operatori; *iii)* le censure contenute nel ricorso per motivi aggiunti.

6.5. In ultimo, il T.A.R. ha ritenuto manifestamente infondate le questioni relative alla contrarietà delle previsioni di cui all'art. 1, commi 1030, 1031 e 1031-*bis* della L. n. 205/2017, al diritto euro-unitario e alla Costituzione italiana.

A.3. IL RICORSO R.G. 8141/2019 DINANZI AL T.A.R. PER IL LAZIO AVVERSO GLI ATTI DI CONVERSIONE DELLE RETI E GLI ULTERIORI ATTI RELATIVI AL REFARMING.

7. Con l'ulteriore ricorso in epigrafe Persidera ha impugnato la delibera 129/19/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni recante *“Definizione dei 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 dal PNAF, ai sensi dell'articolo 1, comma 1031, della legge 27 dicembre 2017, n. 205”, nonché gli ulteriori atti relativi al procedimento di *refarming*, compresi gli atti di assegnazione dei diritti d'uso della capacità trasmissiva.

7.1. La Società ha dedotto plurimi profili di illegittimità per violazione e falsa applicazione della normativa nazionale. La Società ha, altresì, censurato la delibera n. 129/19/CONS dell'Autorità per irragionevolezza giuridica e tecnica, illogicità e contraddittorietà, nella parte in cui: *i)* ha destinato alla conversione delle attuali 20 reti nazionali DVB-T solo 10 multiplex DVB-T2, sui 12 complessivamente pianificati dalla delibera n. 39/19/CONS, fissando un convenzionale fattore di conversione pari a 0,5 (per cui un diritto d'uso DVB-T equivarrebbe alla metà 50% di un multiplex DVB-T2) che sovrastimerebbe le potenzialità derivanti dall'implementazione del nuovo standard tecnologico, celando una perdita oggettiva di capacità trasmissiva e copertura territoriale, in violazione dell'obbligo di assicurare la continuità dei programmi e servizi DTT (anche innovativi come l'HD), del divieto di modifica/revoca dei diritti d'uso prima della scadenza e delle finalità sottese al procedimento delineato dall'art. 1, commi 1031 e 1031-*bis* della L. n. 205/2017; *ii)* ha riservato *ex ante* alla procedura onerosa *ex art.* 1, comma 1031-*bis* della L. n. 205/2017 due multiplex DVB-T2, derivanti dal superamento della riserva di 1/3 in favore delle emittenti locali, sottraendoli al procedimento di conversione diretta dei diritti d'uso DVB-T/DVB-T2 *ex art.* 1, comma 1031 della L. n. 205/2017, a cui sarebbero stati destinati, ritenendo la Società che *“l'ulteriore capacità trasmissiva disponibile”* di cui all'art. 1, comma 1031-*bis* della L. n. 205/2017, avrebbe dovuto costituire l'esito di un'analisi *“residuale”* rispetto alle esigenze – reali non convenzionali – del procedimento di conversione *ex art.* 1, comma 1031, del medesimo articolato normativo; *iii)* ha desunto il fattore di conversione pari a 0,5, dalla previsione di cui all'art. 1, comma 1031-*bis*, della L. n. 205/2017, nella parte in cui ha stabilito che i lotti in gara devono avere *“una*

dimensione pari alla metà di un multiplex”, omettendo di vagliare i criteri di conversione tecnicamente possibili e alternativi a quelli inizialmente individuati nella delibera n. 474/18/CONS e disperdendo i vantaggi derivanti dalle modifiche normative introdotte nel 2019; in via subordinata la Società ha, comunque, dedotto l’illegittimità costituzionale ed euro-unitaria della previsione di cui all’art. 1031-*bis* della L. n. 205/17, per indebita invasione del legislatore in ambiti riservati all’esclusiva competenza dell’Autorità Garante delle Comunicazioni, come previsto dagli artt. 3 e 3-*bis* della direttiva 2002/21/CE e 6 della direttiva 2018/1972, del *considerandum* n. 13 della direttiva 2009/140/CE, nonché il mancato espletamento della consultazione pubblica *ex art.* 7 della direttiva 2002/20/CE e 6 della direttiva 2002/21/CE, dell’analisi di impatto della regolazione della previsione di cui all’art. 14 della Legge 246/2005; la Società ha, altresì, dedotto l’illegittimità delle previsioni di cui agli artt. 1, commi 1031, 1031-*bis* e 1039 della L. n. 205/2017, ove dagli stessi si ritenesse discendere una “*deminutio*” quantitativa e qualitativa delle frequenze assegnate a Persidera nel 2012 con durata ventennale, per violazione del divieto di revoca e modifica dei diritti d’uso prima della scadenza senza la previsione di un congruo ristoro economico (art. 14, comma 2, della direttiva 2002/20/CE; art. 19 comma 2, della direttiva (UE) 2018/1972); *iv*) ha prefigurato la riassegnazione in favore di RAI - Radio televisione Italiana s.p.a. e Elettronica Industriale s.p.a., in conversione anche dei multiplex derivanti dall’illegittima trasformazione in digitale di RAI 3 e Rete 4; *v*) ha omesso di disciplinare una uniforme, contestuale e coordinata la transizione di tutti gli operatori locali e nazionali al più avanzato standard DVB-T2; *vi*) ha omesso di trasmetterne il contenuto della delibera 129/19/CONS alla Commissione Europea, nonostante la rilevanza delle statuizioni in esso contenute per il mercato anche europeo; *vii*) ha adottato l’atto definitivo senza riavviare la procedura di consultazione pubblica di cui alla delibera n. 474/18/CONS alla luce delle significative modifiche normative e regolamentari *medio tempore* intervenute.

7.2. In data 25.10.2019 Persidera ha depositato un primo ricorso per motivi aggiunti con il quale ha chiesto l'annullamento di una serie di provvedimenti relativi al procedimento di *refarming*.

7.3. Con tale ricorso Persidera ha dedotto l'illegittimità derivata di tali provvedimenti per le censure già articolare con il ricorso introduttivo del giudizio, evidenziando, in particolare, l'illegittimità dell'assegnazione in favore di Persidera di 2,5 multiplex DVB-T2 in quanto non equivalenti ai 5 multiplex DVB-T assegnati nel 2012. La Società ha, inoltre, dedotto l'illegittimità delle tempistiche di rilascio e attivazione delle frequenze fissate dalla Roadmap ministeriale del 22 luglio 2019, adottata in attuazione dell'art. 1, comma 1032, della L. n. 205/2017. In particolare, la Società ha contestato la mancata previsione di uno "*switch off*" dal DVBT al DVB-T2 omogeneo e contestuale per tutti gli operatori di rete, nonché l'assenza di coincidenza tra il rilascio delle frequenze DVB-T e l'attivazione generalizzata delle nuove risorse in DVB-T2 su tutto il territorio nazionale. Persidera ha evidenziato che prevedere nella fase transitoria (1.9.2021-20.6.2022) una prima attivazione delle frequenze del P.N.A.F. 2019 (non già direttamente nel nuovo standard DVB-T2 bensì con codifica Mpeg4 su standard DVBT), per poi passare al nuovo standard tecnologico solo nella fase finale (21.6.2022-20.6.2022), amplificherebbe il pregiudizio in capo agli operatori, con ripercussioni anche su fornitori di servizi media e utenti finali.

7.4. In data 6.11.2019 Persidera ha depositato un nuovo ricorso per motivi aggiunti chiedendo l'annullamento degli esiti della procedura del Ministero dello Sviluppo Economico, effettuata in attuazione delle disposizioni di legge primaria sul *refarming*. La Società ha dedotto l'illegittimità di tale provvedimento per i vizi articolati nel ricorso introduttivo e nel primo ricorso per motivi aggiunti.

A.3.1. LA SENTENZA DEL T.A.R. PER IL LAZIO – SEDE DI ROMA N. 1207/2021 RESA NEL GIUDIZIO R.G. N. 8141/2019.

8. Il T.A.R. per il Lazio ha respinto il ricorso, come integrato da motivi aggiunti, richiamando, in primo luogo, le considerazioni già esposte ai punti 6.1 ss. della

presente ordinanza, a cui si rinvia.

8.1. Inoltre, in relazione al fattore di conversione pari a 0,5, il T.A.R. ha affermato l'impossibilità di diversificare il fattore in ragione delle diverse posizioni soggettive e scelte tecniche imprenditoriali adottate da ciascun operatore. Secondo il T.A.R. l'applicazione di un fattore di conversione diverso (come quello suggerito da Persidera pari a 0,6 in luogo dello 0,5) avrebbe determinato "*insormontabili problemi tecnici e fattuali nella redistribuzione delle risorse scarse, quali sono ontologicamente quelle frequenziali*". In ultimo, l'attribuzione del fattore di conversione pari allo 0,6 avrebbe determinato una frammentazione della capacità trasmissiva, e le dedotte perdite relative al fattore di conversione dello 0,5 sarebbero indimostrate.

8.2. Il T.A.R. ha escluso la sussistenza di illegittimità euro-unitarie e costituzionali, ritenendo che spetti al potere legislativo stabilire se determinate frequenze debbano essere assegnate gratuitamente o a pagamento, trattandosi di scelta politica. Le valutazioni compiute dall'Autorità ai fini dell'assegnazione delle nuove reti DVB-T2 sono state, quindi, ritenute adeguatamente motivate, immuni dai vizi logici e di irragionevolezza e - sebbene tecnicamente opinabili - non al "*di fuori della sfera dell'attendibilità*". Né sarebbe dovuto un indennizzo connesso alla perdita di capacità trasmissiva e copertura territoriale derivante dall'applicazione del censurato meccanismo di conversione.

8.3. Il T.A.R. ha poi respinto le censure relative alle delibere di assegnazione dei diritti d'uso di frequenze adottate nei confronti di RAI ed Elettronica Industriale, richiamando le statuizioni della sentenza n. 6910/2019 di questo Consiglio di Stato. Ha, inoltre, ritenuto infondati gli ulteriori motivi, non rilevanti per i quesiti che si intende sottoporre a codesta Corte di Giustizia.

8.4. Il T.A.R. ha respinto il primo e il secondo ricorso per motivi aggiunti richiamando le argomentazioni sopra riassunte. Inoltre, ha ritenuto infondato il motivo relativo alla tempistica di rilascio e attivazione delle frequenze disciplinata

dalla c.d. roadmap ministeriale.

A.4. I RICORSI IN APPELLO DI PERSIDERA DINANZI A QUESTO CONSIGLIO DI STATO.

9. Persidera ha impugnato le due sentenze del T.A.R. per il Lazio dinanzi a questo Consiglio di Stato.

10. Con il ricorso R.G. n. 4251/2021 Persidera ha appellato la sentenza n. 1206/2021 articolando plurimi motivi di impugnazione e, in particolare, deducendo: *i)* l'illegittimità della sentenza per mancato esercizio di un sindacato giurisdizionale effettivo e intrinseco in ordine alle determinazioni giuridiche e alle soluzioni tecniche adottate; *ii)* l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha escluso che vi fosse un vincolo normativo teso ad assicurare il rispetto del rapporto di equivalenza nella conversione delle reti nazionali dal DVB-T al DVB-T2 [da individuarsi, al contrario, nella Decisione UE 2017/899, che impone agli Stati membri di assicurare un modello di transizione al DVB-T2 equo, non discriminatorio e non penalizzante (*consideranda* n. 11 e n. 20 della Decisione UE 2017/899), e, comunque, idoneo a garantire la continuità dei servizi di trasmissione televisiva], nonché nella parte in cui ha escluso la sussistenza di un divieto di modifica e/o revoca dei diritti d'uso prima della scadenza; *iii)* l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto legittima l'adozione della configurazione di rete RPC n. 1 anziché della RPC n. 2 in quanto foriera di perdita di capacità trasmissiva e copertura territoriale; *iv)* la violazione e l'erronea interpretazione del rapporto tra il procedimento di conversione diretta delle reti e la procedura di gara prevista dalla previsione di cui all'art. 1, comma 1030-*bis*, della L. n. 205/2017, che secondo Persidera, avrebbe dovuto interessare solo l'eventuale capacità residua risultante all'esito del processo di conversione, da cui conseguirebbe, in caso di diversa interpretazione, l'illegittimità delle disposizioni di legge per violazione dei principi di certezza e di tutela del legittimo affidamento, nonché per violazione del principio di indipendenza delle Autorità nazionali di regolazione, anche in considerazione di quanto esposto dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 26

luglio 2017, causa C-560-15; v) l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto non necessaria la previsione di un processo omogeneo e armonizzato di transizione al DVB-T2, cruciale per l'operatività del P.N.A.F. 2019; vi) l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha dichiarato illegittimo il ricorso per motivi aggiunti articolato avverso l'allegato 3 alla delibera n. 39/19/CONS, concernente la fissazione di vincoli radioelettrici ingiustificatamente gravosi e non proporzionati, con conseguente disparità di trattamento in capo a Persidera.

11. Con il ricorso R.G. n. 4244/2021 Persidera ha appellato la sentenza n. 1207/2021 articolando, anche in tal caso, plurimi motivi di impugnazione. In particolare, Persidera ha censurato la statuizione di primo grado per le medesime ragioni indicate alle lettere *i*) e *ii*) del precedente punto 10 della presente ordinanza, a cui, pertanto, si rinvia. Persidera ha, inoltre, dedotto: *i*) l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto legittimo il fattore di conversione 0,50, la configurazione di rete RPC n. 1, e non applicabile il diverso fattore di conversione 0,60, suggerito dalla stessa appellante; *ii*) l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto non sussistente la violazione dei diritti acquisiti in forza di quanto attribuito nel 2012 e non necessario un indennizzo economico per il pregiudizio derivante dall'assegnazione di risorse frequenziali non equivalenti; *iii*) l'erroneità della sentenza nella parte relativa alla ritenuta legittimità dell'assegnazione a Rai e Elettronica Industriale s.p.a. di un "*quantum*" di risorse identico a quello destinato a Persidera, nonostante la sentenza n. 5928/2018 di questo Consiglio di Stato, successiva alla sentenza del 26 luglio 2017, causa C-560-15, di codesta Corte di Giustizia; *iv*) l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto necessaria la trasmissione della delibera n. 129/19/Cons alla Commissione europea; *v*) l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto sussistenti le violazioni degli obblighi procedurali di consultazione pubblica; *vi*) l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto non necessaria la previsione di un processo omogeneo e armonizzato di transizione al DVB-T2.

12. Nei giudizi pendenti dinanzi a questo Consiglio si sono costituiti l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Ministero dello Sviluppo Economico, nonché gli altri operatori controinteressati che hanno eccepito l’inammissibilità e l’infondatezza dei ricorsi in appello con argomentazioni che saranno successivamente esposte nei limiti di quanto necessario per la comprensione della causa. E ciò sia in coerenza con quanto previsto al punto 17 delle “*Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*” (2019/C380/01, in G.U.U.E. 8.11.20219), sia in ragione della circostanza che la modificazione della domanda articolata da Persidera (v., *infra*, sezione A.5 della presente ordinanza) non comporta dirette incidenze sulla sfera giuridica degli altri operatori economici controinteressati.

A.5. I SUCCESSIVI SVILUPPI DEL PROCEDIMENTI DI REFARMING E LA MODIFICAZIONE PARZIALE DELLE DOMANDE DI PERSIDERA.

13. Nelle more dei giudizi di appello sono stati adottati ulteriori atti relativi al procedimento di *refarming*.

13.1. In particolare, l’Autorità ha adottato la delibera n. 564/20/CONS, con la quale ha indetto le “*Procedure per l’assegnazione dell’ulteriore capacità trasmissiva disponibile in ambito nazionale e delle frequenze terrestri, ai sensi dell’articolo 1, comma 1031 – bis, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, così come introdotto dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145*”. Tale provvedimento è stato impugnato da Persidera, con ricorso pendente dinanzi al T.A.R. per il Lazio – sede di Roma (R.G. n. 11466/2020, non ancora definito alla data di discussione in camera di consiglio dei presenti ricorsi in appello).

13.2. Il Ministero ha, invece, indetto la procedura competitiva onerosa *ex art. 1, comma 1031-bis* della L. n. 205/2017, finalizzata all’assegnazione di 2 multiplex DVB-T2, e suddivisi in tre lotti (P1, P2 e P3). Tale provvedimento è stato impugnato dinanzi al T.A.R. per il Lazio – sede di Roma (R.G. n. 5956/2021, non ancora definito alla data di discussione in camera di consiglio dei presenti ricorsi in appello).

14. La delibera n. 562/20/CONS dell'Autorità ha definito la procedura competitiva onerosa e dato, altresì, attuazione alle sentenze di questo Consiglio di Stato n. 5928/2018 e n. 6910/2019, rese in giudizi instaurati dalla stessa Persidera e a seguito della pronuncia pregiudiziale del 26 luglio 2017, causa C-560-15, di codesta Corte di Giustizia.

14.1. Persidera ha partecipato alla procedura onerosa, ritenendo insufficiente l'assegnazione di 2,5 multiplex DVB-T2 assegnateli nell'agosto 2019, presentando, quindi, domanda per il lotto P2 al fine di completare il diritto d'uso generico pari a ½ multiplex e di conseguire almeno 3 multiplex nazionali DVB-T2, ritenuti necessari a garantire la continuità del servizio. A tal fine, la stessa ha presentato un'offerta economica pari ad Euro 3.950.000,00, parametrata sul valore minimo (prezzo di riserva) stabilito per il lotto in gara (art. 3, commi 1 e 2 della delibera 564/20/CONS). Il 50% dell'offerta economica (pari a euro 1.975.000,00), accompagnata dalle richieste fidejussioni, è stato versato in sede all'aggiudicazione; il restante importo (euro 1.975.000,00) è stato, invece, oggetto di rateizzazione fino al luglio 2026.

14.2. In esito all'espletamento della suddetta procedura onerosa, Persidera è stata dichiarata aggiudicataria del lotto P2 (prot. MISE/80230390587 del 25 giugno 2021) e, conseguentemente, assegnataria del diritto d'uso specifico relativo alla "*Rete nazionale n. 6*" (prot. 0117123 del 6 agosto 2021), risultando, quindi, titolare di diritti d'uso di frequenze relative a 3 multiplex nazionali in tecnologia DVB-T2 (Reti nazionali "4", "5", "6"). Alla medesima procedura competitiva hanno partecipato anche RAI, Elettronica Industriale e Cairo aggiudicandosi ciascuno un lotto (1/2 multiplex) e completando così il diritto d'uso generico e senza specificazione di frequenza assegnato in conversione diretta.

14.3. All'esito di questo procedimento sono state, quindi, allocate, n. 11 reti nazionali (sulle 12 DVBT2 pianificate dalla delibera 39/19/CONS). In particolare: *i*) RAI è risultata assegnataria delle Reti nazionali "8", "7" e "2"; *ii*)

Elettronica Industriale è risultata assegnataria delle Reti nazionali “1”, “9” e “3”; *iii*) Persidera è risultata assegnataria delle Reti nazionali “4”, “5” e “6”; *iv*) Cairo è risultato assegnatario della Rete nazionale “10”; *v*) 3lettronica e Prima Tv sono risultate assegnatarie, ante gara e in forza di un’intesa, della Rete nazionale “11”.

15. In considerazione dell’assetto *medio tempore* creatosi, e, in particolare, del conseguimento dei 3 multiplex, Persidera ha modificato le conclusioni originariamente rassegnate, chiedendo al Collegio di accertare l’illegittimità degli atti impugnati e di condannare le Amministrazione alla refusione integrale dei costi complessivamente sostenuti per l’assegnazione del ½ multiplex DVBT2 (allo stato attuale complessivamente pari a circa Euro 4.111.000,00), *“ferme e impregiudicate le determine di assegnazione dei diritti d’uso delle frequenze medio tempore adottate e cristallizzatesi in favore dell’appellante e degli altri operatori nazionali che non sono impugate e non possono ritenersi toccate dal presente gravamè”* (corsivo del Collegio), nonché alla corresponsione di un indennizzo per: *i*) la perdita di diritti d’uso frequenziali (2 multiplex) costituenti *“asset”* il cui valore non si esaurisce nella sola capacità trasmissiva; *ii*) la riconfigurazione e dismissione di porzioni di infrastruttura di rete realizzata originariamente per supportare 5 multiplex nazionali fino al 2032 (stante la natura ventennale dei diritti d’uso); *iii*) la mancata tempestiva attivazione del DVB-T2, la perdita di capacità trasmissiva pari al 21% (da 112 Mbps all’incirca a 80 Mbps), la compromissione degli accordi commerciali in essere con i propri clienti (Discovery Italia, ViacomCBS, GM 24, RTL 102.500 Hit Radio, Boing, Canale 27 TV2000 Sportcast: i.e. Canale “Supertennis”, CN Media: i.e. canale “Radio Kiss Kiss TV”, RDS) e conseguente danno d’impresa.

15.1. In sostanza, Persidera ha riparametrato la domanda originaria chiedendo il solo risarcimento dei danni e dei costi sopportati per ottenere i diritti d’uso, nonché il riconoscimento di un indennizzo per le perdite patrimoniali derivanti dai provvedimenti legislativi ed amministrativi adottati dalle Autorità italiane.

A.6. LE ORDINANZE ISTRUTTORIE N. 5778/2023 E N. 5781/2023 DI QUESTO CONSIGLIO DI STATO.

16. Con le ordinanze indicate nell'epigrafe di questo paragrafo la Sezione ha chiesto all'Autorità e al Ministero delle Imprese e del Made in Italy di depositare una relazione illustrativa nella quale indicare: *i)* se e con quali modalità l'Autorità avesse (al di là dell'azione di ottemperanza promossa a suo tempo da Persidera) 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 aveva imposto - 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 fosse avvenuto in sede di redazione del P.N.A.F. attualmente a giudizio o antecedentemente o successivamente; *ii)* se, al contrario, non vi avesse adempiuto, quali fossero le ragioni del mancato adempimento e, inoltre, se erano 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 aveva condotto al criterio di conversione dei MUX nel passaggio dalla tecnologia DVB - T a DVB-T2 pari a 0,5; *iv)* se si fosse tenuto conto in modo differenziato e in che termini dei soggetti che avevano ottenuto una concessione con clausola nel bando del 2014 la quale aveva previsto che, all'atto della liberazione delle frequenze per il programmato "*refarming*", sarebbe stata assicurata una frequenza di analogia copertura e durata; *v)* se si fosse tenuto conto in modo differenziato e in che termini dei soggetti già esercenti in DVB-T2 o se questi erano 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.

17. L'Autorità e il Ministero hanno adempiuto all'ordine istruttorio depositando le relazioni richieste. Le parti hanno depositato memorie finali.

18. All'udienza del 28.9.2023 le cause sono state trattenute in decisione dopo la discussione.

B. RIUNIONE DEI GIUDIZI.

19. Preliminarmente va disposta la riunione la riunione dei giudizi in epigrafe *ex art. 70 c.p.a.* (operante in grado di appello *ex art. 38 c.p.a.*), stante la connessione oggettiva dei giudizi, afferenti al complessivo procedimento di *refarming* e incentrati su questioni in gran parte omologhe.

C. SULLA SUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI PER IL RINVIO PREGIUDIZIALE EX ART. 267 T.F.U.E.

20. Con la sentenza del 6 ottobre 2021, resa a definizione della causa pregiudiziale C-561/19, codesta Corte di Giustizia ha precisato le condizioni che devono sussistere perché, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., il giudice nazionale di ultima istanza possa risolvere la controversia interna senza investire la Corte di Giustizia della soluzione di quesiti pregiudiziali relativi alla corretta interpretazione del diritto unionale.

20.1. In particolare, secondo quanto rilevato dalla Corte, il giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno – quale deve intendersi il Consiglio di Stato italiano, organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa ai sensi dell'art. 6, comma 1, del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il codice del processo amministrativo (v. Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 21 dicembre 2021, in C-497/2020) – quando è chiamato a pronunciarsi su una questione d'interpretazione del diritto dell'Unione, può essere esonerato dall'obbligo di rinvio ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE solo quando abbia constatato che la questione sollevata non è rilevante, o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte, oppure che la corretta interpretazione

del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi (punto 33 della sentenza).

20.2. In primo luogo, la questione pregiudiziale afferente alla corretta interpretazione del diritto unionale deve ritenersi irrilevante nel caso in cui la sua soluzione, qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della controversia (punto 34).

20.3. In secondo luogo, la questione pregiudiziale può ritenersi già oggetto di interpretazione da parte della Corte qualora sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale o nell'ambito del medesimo procedimento nazionale ovvero qualora una giurisprudenza consolidata della Corte risolva il punto di diritto di cui trattasi, quale che sia la natura dei procedimenti che hanno dato luogo a tale giurisprudenza, anche in mancanza di una stretta identità delle questioni controverse (punto 36); trattasi di circostanze idonee ad escludere l'obbligo di rinvio pregiudiziale, ma tali da non impedire al giudice nazionale di esercitare comunque la facoltà di adire la Corte qualora ritenuto opportuno.

20.4. In terzo luogo, l'interpretazione corretta del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi qualora il giudice nazionale maturi il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe altresì ai giudici di ultima istanza degli altri Stati membri e alla Corte (punto 40).

21. Sulla base di tali precisazioni devono ritenersi sussistenti nella specie le condizioni che impongono a questo Consiglio di Stato il rinvio pregiudiziale sui quesiti interpretativi.

21.1. Le questioni di diritto unionale rilevanti nelle presenti controversie riguardano provvedimenti normativi, regolatori ed amministrativi adottati al fine di dare attuazione dalla decisione (UE) 2017/899, del 17 maggio 2017. In particolare, le controversie si inseriscono nell'ambito del complessivo processo di refarming, che ha imposto il rilascio della banda di frequenza 694-790 MHz («dei 700 MHz») per i

servizi mobili di quinta generazione. L'Italia ha dato attuazione alla decisione unionale e, al contempo, ha previsto il passaggio dalla tecnologia DVB-T alla tecnologia DVB-T2, nel processo di riassetto del sistema 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. Pertanto, rilevano nelle presenti controversie sia le disposizioni della decisione (UE) 2017/899, del 17 maggio 2017, che il quadro normativo che fa da cornice alla stessa decisione e che detta regole generali vevoli per la regolazione dei servizi media nei Paesi dell'Unione.

21.2. In secondo luogo, la rilevanza del diritto unionale deve affermarsi in considerazioni sia delle peculiari vicende relative al sistema radio-televisivo italiano che delle pronunce rese da codesta Corte di Giustizia sul tema, tra cui la sentenza di codesta Corte, 26 luglio 2017, causa C-112/16, relativa proprio alla posizione di Persidera.

21.3. In considerazione della novità del procedimento non si registrano pronunce di codesta Corte sul punto e, di conseguenza, le questioni non sono identiche ad altre decise da codesta Corte, né vi è una giurisprudenza consolidata della Corte anche in considerazione della già decretata peculiarità della vicenda.

21.4. In ultimo, i quesiti pregiudiziali in esame pongono problemi interpretativi, in relazione ai quali non sembra possa ritenersi che *“l'interpretazione corretta del diritto dell'Unione s'imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi”*, alla luce dei chiarimenti forniti dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 6 ottobre 2021, citata nei punti iniziali del presente paragrafo.

D. SUI QUESITI RIMESSI A CODESTA CORTE DI GIUSTIZIA.

22. 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.

D.1. PRIMO 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.

23. Con il primo 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*.

D.1.1. LA NORMATIVA UNIONALE RILEVANTE.

24. 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.

25. 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).

25.1. 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);

25.2. 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).

25.3. 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*”;

25.4. 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. [...]*” (v.,

inoltre, artt. 5, 6, 8 e 9 della Direttiva (UE) 2018/1972)

25.5. 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).

25.6. 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).

25.7. 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.

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].

26. 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”.*

26.1. 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”.

D.1.2. IL DIRITTO NAZIONALE RILEVANTE.

27. 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”.

27.1. 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”.

27.2. 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”.

D.1.3. IL QUESITO RIMESSO A CODESTA CORTE DI GIUSTIZIA.

28. 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.

29. 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.

29.1. 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 titolari 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”.

29.2. 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 princìpi 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”.*

29.3. 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.

30. 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.

31. 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.

32. 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).

33. 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).

34. 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.

35. 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.

36. 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”*.

36.1. 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.

D.2. SECONDO 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 E SULLA COMPATIBILITÀ RISPETTO A TALI CONSIDERANDA E A TALI PRINCIPI DELLA NORMATIVA NAZIONALE.

37. 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.

D.3.1. LA NORMATIVA UNIONALE RILEVANTE.

38. In relazione al presente quesito assumono rilievo gli artt. 8 e 9 della direttiva quadro (già esposti ai punti 25.6 e 25.7 della presente ordinanza a cui si invia evitando inutili duplicazioni) e i consideranda n. 11 e 20 della Decisione UE 2017/899 (v. punti 26 e 26.1 della presente ordinanza a cui pure si rinvia). Assumono rilievo, inoltre, le disposizioni di seguito riprodotte.

39. 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”.

39.1. 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].

39.2. 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].

39.3. 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].

39.4. 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].

39.5. 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].

40. 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”.

40.1. 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”.*

D.2.2. LA NORMATIVA NAZIONALE RILEVANTE.

42. Le disposizioni nazionali rilevanti sono quelle contenute nell'art. 1, comma 1030, comma 1031, comma 1031-*bis*, della L. n. 205/2017, già riprodotte ai punti 27-27.2 della presente ordinanza a cui si rinvia. Oltre a tali disposizioni assumono rilievo le seguenti.

42.1 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”*.

42.2. 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”.

D.2.3. IL QUESITO SOTTOPOSTO A CODESTA CORTE DI GIUSTIZIA.

43. 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. 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 da Cairo, 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.

44. 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.

45. 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 Cairo (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.

46. 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.

47. 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”.

48. 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”.

49. 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 come Cairo.

50. 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.

52. 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, abbia, comunque, compreso, nella conversione dalle frequenze DVB-T a quella DVD-T, le risorse e capacità in precedenza concesse.

52. 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.

53. 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.

54. 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.

55. 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.

D.3. 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 EQUITÀ', NON DISCRIMINAZIONE, TUTELA DELLA CONCORRENZA E DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO, NONCHE' DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ' ED ADEGUATEZZA, NONCHE' SUI PRINCIPI AFFERMATI DA CODESTA CORTE DI GIUSTIZIA NELLA SENTENZA 26 LUGLIO 2017, IN C-112/16, E SULLA COMPATIBILITÀ' RISPETTO A TALI CONSIDERANDA E A TALI PRINCIPI DELLA NORMATIVA NAZIONALE, ANCHE ALLA LUCE DELLA PROGRESSIVA EVOLUZIONE DEL SISTEMA AUDIOVISIVO ITALIANO.

56. 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 Cairo (la quale – come esposto in precedenza – 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 concorrenziali nel settore audiovisivo italiano.

57. 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.

D.3.1. LA NORMATIVA UNIONALE RILEVANTE.

58. In relazione al presente quesito assumono rilievo le disposizioni unionali di cui ai punti 38, 39-39.5, 40-40.1, della presente ordinanza a cui si rinvia.

D.3.2. LA NORMATIVA NAZIONALE RILEVANTE.

59. In relazione al presente quesito assumono rilievo le disposizioni nazionali di cui ai punti 40-40.2 della presente ordinanza a cui si rinvia.

D.3.3. IL QUESITO RIMESSO A CODESTA CORTE DI GIUSTIZIA.

D.3.3.1. SULL'EVOLUZIONE DELL'ORDINAMENTO NAZIONALE.

60. Selezionando gli aspetti di maggior interesse non può omettersi di esplicitare a codesta Corte cosa si intende con situazione di anomalia del sistema, già portata all'attenzione della Corte con l'ordinanza di rinvio a cui ha fatto seguito la sentenza nella causa C-112/16.

61. In passato questo Consiglio ha 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”* (v. *infra*). 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”).

62. Questa risalente situazione si è, progressivamente, evoluta nei termini che si provvede, pur sinteticamente, 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 assentibili ai privati] la disciplina del sistema radiotelevisivo era stata innovata dalla legge 31 luglio 1997 n. 249 (c.d. legge Maccanico), 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 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, 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 – secondo quanto chiarito dalla Corte UE – eventuali connotati di un loro esercizio, anche pregresso, irregolare o illegittimo; *viii*) 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).

63. 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).

64. 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*».

65. 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.

65.1. 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*». Il bando è stato pubblicato dal Ministro dello Sviluppo economico l'8 luglio 2011. Sono state ammesse a partecipare alla procedura sia Europa Way che Persidera. Queste due società sono state le uniche offerenti, ciascuna per uno specifico multiplex, tenendo comunque presente che la Persidera aveva concorso per l'assegnazione di tre multiplex. 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, 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.

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

67. Ora, l'incidenza delle criticità indicate nei primi punti di questo paragrafo sulla successiva azione dell'A.N.R. è stata, comunque, evidente. Lo conferma quanto affermato da questo Consiglio secondo cui questo quadro di criticità di fondo si è sostanzialmente perpetrata 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).

68. 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 assensi. Al contrario, era corretto affermare che le reti *“eccedenti”* hanno svolto sì attività conforme alla disciplina transitoria, ma difforme dalle regole *“a 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”.

D.3.3.2. L'INTERVENTO DI CODESTA CORTE DI GIUSTIZIA (SENTENZA DEL 26 LUGLIO 2017, IN C-112/16).

69. Persidera ha, quindi, adito il Giudice nazionale chiedendo, in estrema sintesi, l'annullamento delle delibere adottate dall'A.G.Com. nella fase di passaggio dalle trasmissioni in tecnica analogica a quelle in tecnica digitale.

70. In quel giudizio, questo Consiglio di Stato (ordinanza n. 5709/2015) ha sottoposto a codesta Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali.

71. Con la sentenza del 26 aprile 2017, in causa C-112/16, 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 esercitate, 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 esercitate 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".

D.3.3.3. LE SENTENZE SUCCESSIVE EMESSE DA QUESTO CONSIGLIO DI STATO.

D.3.3.3.1. LA SENTENZA DI QUESTO CONSIGLIO DI STATO N. 5928/2018.

72. Con la sentenza indicata in epigrafe questo Consiglio ha parzialmente accolto il ricorso in appello di Persidera dopo la pronuncia di codesta Corte di Giustizia. In particolare, questo Consiglio ha accolto le doglianze relative alla disparità delle posizioni di partenza dei vari operatori plurirete in analogico e alla mancata considerazione del carattere storicamente "*eccedente*" di alcune delle risorse analogiche di partenza di RAI ed EI (RAI 3 e RETE 4).

72.1. Questo Consiglio ha precisato che l'accoglimento delle censure avrebbe determinato la disapplicazione, in ragione della sua illegittimità comunitaria, dell'art. 8-*novies*, comma 4, del D.L. n. 59 del 2008 convertito con modificazioni, dalla L. n. 101 del 2008 e s.m.i., ed il conseguente annullamento, in *parte qua*, delle delibere 181/2009/CONS e 300/10/CONS. Inoltre, questo Consiglio ha precisato che: *i*) l'effetto conformativo che deriva da tale statuizione si sostanzia nell'obbligo di riconsiderare la pianificazione sotto lo specifico profilo in precedenza non esaminato, emendandola del vizio censurato (corsivo del Collegio); *ii*) è naturalmente rimessa all'autorità competente, nell'esercizio del suo potere discrezionale, l'individuazione di una soluzione bilanciata in grado di realizzare tale effetto conformativo; *iii*) l'invalidazione delle predette delibere (sia pure soltanto nella parte riferita ai criteri di conversione delle frequenze e nei limiti innanzi precisati) ha l'effetto di mettere in discussione, in via derivata, tutte le successive delibere di pianificazione delle frequenze digitali terrestri oltre che le successive assegnazioni dei diritti d'uso agli operatori da parte del MiSE (corsivo del Collegio); *iv*) tuttavia, considerate le circostanze, si ritiene opportuno non estendere l'effetto demolitorio anche ai provvedimenti conseguenti e attuativi delle delibere nn. 181/2009/CONS e 300/10/CONS e, in particolare, agli atti di

assegnazione delle frequenze adottati in applicazione della medesima; v) occorre, quindi, assegnare alla pronuncia, in relazione ai predetti provvedimenti attuativi, unicamente effetti conformativi del successivo esercizio della funzione pubblica, al fine di non determinare un vuoto regolativo retroattivo, in grado di compromettere le attività espletate e i rapporti (anche patrimoniali) nel frattempo instaurati sulla base delle vigenti determinazioni, essendo la pretesa azionata col ricorso di primo grado, nei limiti in cui essa è stata qui accolta, soddisfattibile con una definizione pro futuro di un corretto assetto regolatorio delle condizioni di assegnazione delle frequenze (corsivo del Collegio); vi) una più ampia determinazione caducatoria, estesa anche agli atti conseguenti e attuativi, finirebbe, *a contrario*, per alterare gravemente l'intero assetto del mercato audiovisivo, con un effetto dirompente anche per tutti gli operatori economici in esso coinvolti, oltre che per gli stessi utenti del servizio audiovisivo, e quindi con un generale nocumento per la comunità non proporzionato alla tutela dell'interesse qui dedotto.

72.2. Le limitazioni della portata caducatoria della pronuncia sono state assunte anche in considerazione dell'attività di pianificazione inerente alla definizione dei criteri di conversione dei diritti d'uso delle frequenze esistenti in diritti d'uso di capacità trasmissiva in multiplex nazionali di nuova realizzazione in tecnologia DVB-T2, e del processo di refarming della banda 700Mhz in attuazione alla Decisione (UE) 2017/899 del Parlamento europeo, relativa all'uso della banda di frequenza 470-790 MHz, approvata in data 17 maggio 2017.

D.3.3.3.2. LA SENTENZA N. 6910/2019 DI QUESTO CONSIGLIO DI STATO.

73. La sentenza n. 5928/2018 di questo Consiglio ha, quindi, constatato la mancata considerazione della situazione di disparità che si era creata nel corso del tempo nel sistema televisivo italiano da parte dell'Autorità di Regolazione, imponendo alla stessa di provvedere ad un nuovo e corretto assetto regolatorio delle condizioni di assegnazione delle frequenze nell'ambito della successiva pianificazione, e ritenendo che, in tale nuova pianificazione sarebbe stata suscettibile di

soddisfazione la pretesa di Persidera.

74. L'Autorità ha ritenuto di provvedere nell'ambito del procedimento di *refarming*, oggetto delle controversie principali. In questa fase si è inserita la normativa contenuta nell'art. 1, commi 1030 ss., della L. n. 205/2017.

75. Inoltre, al fine di verificare la corretta attuazione alla sentenza n. 5928/2018, l'Autorità ha chiesto chiarimenti a questo Consiglio di Stato. In particolare, premesso che da tale sentenza derivava l'obbligo di adottare misure volte a riequilibrare la disparità di trattamento delle posizioni degli operatori plurirete, l'Autorità ha richiesto chiarimenti sulle modalità di attuazione del riequilibrio da realizzare tra gli operatori plurirete, nei termini che seguono.

75.1. In particolare, l'Autorità ha chiesto se *“il citato riequilibrio tra gli operatori plurirete debba essere attuato dall'Autorità mediante misure rimediale con effetto compensativo “indiretto”, in quanto volte a limitare la posizione di Rai e Mediaset, e che abbiano dunque l'effetto di avvantaggiare solo indirettamente la parte ricorrente Persidera ovvero, in alternativa, mediante misure rimediale con effetto compensativo “diretto”, che attribuiscono una sorta di “vantaggio-compensativo” in favore di Persidera, al fine di ristabilire lo squilibrio nei rapporti di forza registrato dal giudice amministrativo in relazione ai suoi più diretti concorrenti sul mercato”*. L'Autorità ha evidenziato di ritenere preferibili le misure rimediale indirette a carattere non strutturale (esemplificate con il riferimento ad eventuali obblighi di *must carry* ovvero in vincoli asimmetrici di partecipazione alla procedura onerosa prevista dall'art. 1, comma 1031 bis, della Legge di Bilancio 2018, come modificata dalla Legge di Bilancio 2019).

75.2. Con un secondo quesito l'A.G.Com ha chiesto di delimitare il periodo temporale rilevante.

76. Contestualmente Persidera ha nuovamente adito questo Consiglio di Stato ritenendo che gli atti adottati *medio tempore* dall'Autorità per l'attuazione della sentenza fossero, in realtà, in contrasto con il giudicato.

77. Questo Consiglio ha, quindi, esaminato sia la richiesta di chiarimenti

dell'Autorità che il ricorso per l'ottemperanza proposto da Persidera osservando quanto segue.

78. In primo luogo questo Consiglio ha evidenziato come fosse intervenuto il legislatore nazionale per regolare il procedimento volto 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, e 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.

79. Ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento il Consiglio di Stato ha dichiarato infondata la domanda di Persidera tesa ad ottenere il riconoscimento di un diritto all'assegnazione di mezzo multiplex di nuova generazione, aggiuntivo rispetto ai 2,5 spettanti in forza del fattore di conversione 0,5, ritenendo tale obbligo non prescritto dalla sentenza n. 5928/2020 di questo Consiglio di Stato che aveva, comunque, indicato la necessità di tener conto delle rete c.d. "eccedenti", prendendo in considerazione la regolarità della loro genesi e del loro successivo consolidamento nel mercato, ed operando "una analisi "diacronica" ed "evolutiva" del mercato e delle posizioni concorrenziali in esso determinatesi" e delle "modalità" attraverso le quali dette posizioni erano state conseguite.

80. Pertanto, questo Consiglio ha imposto all'Autorità di: *i*) effettuare un'istruttoria in ordine alla genesi della posizione dei vari operatori e al loro consolidamento sul mercato; *ii*) considerare anche la possibilità di non adottare misure di carattere strutturali - ove non tecnologicamente e concretamente accessibili, o comunque oggettivamente impraticabili o insoddisfacenti, o ancora, manifestamente sproporzionate in relazione allo svantaggio da compensare - adottando misure di carattere diverso purché in grado di determinare un riequilibrio delle posizioni. In particolare, secondo questo Consiglio sarebbe stato possibile differenziare la

posizione di Persidera dai due competitor, nell'ambito della successiva fase della gara onerosa per l'aggiudicazione di 4 lotti da ½ multiplex, prevista dall'art. 1, comma 1031-*bis*, della L. n. 205/2017.

D.3.3.4. LE SCELTE ADOTTATE DALLE AUTORITÀ NAZIONALI DOPO LE SENTENZE DI QUESTO CONSIGLIO.

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

82. 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.

82.1. 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.

82.2. Inoltre, 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.

82.3. 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).

82.4. 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*.

83. 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).

83.1. 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.

83.2. In sostanza, nell'ottemperare alle sentenze di questo Consiglio di Stato e nel dare attuazione alla previsione di legge (articolo 1, comma 1031 *-bis*, della legge 27 dicembre 2017, n. 205), l'Autorità ha previsto che Persidera potesse concorrere (a differenza di RAI e Mediaset) anche per l'assegnazione del lotto P2 oltre al lotto P3 (ma non per il lotto P1 riservato a nuovi entranti e operatori monorete), nell'ottica di compensare il vantaggio competitivo illegittimamente accumulato dalle emittenti storiche (RAI e Mediaset) in sede di "*switch off*" dall'analogico al digitale conclusosi nel 2012.

D.3.3.5. LA COMPATIBILITA' DELLA NORMATIVA NAZIONALE E DELLE DECISIONE DELL'A.N.R. CON LA SENTENZA "PERSIDERA" E CON LE REGOLE E I PRINCIPI UNIONALI.

84. 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. per dare esecuzione alla sentenza "*Persidera*". Pur nei limiti della domanda come modificata dall'appellante (e, quindi, della richiesta di condanna ad un risarcimento del danno e ad un indennizzo, senza, quindi, possibilità per il Collegio di incidere sulle posizioni acquisite da Persidera e dagli altri operatori), per il Collegio è, comunque, necessario, al fine di delibare tale domanda, valutare la conformità al diritto unionale delle regole e delle misure adottate, e ciò sia in relazione alla mancanza adozione di scelte di carattere "*strutturale*" sia in relazione all'adeguatezza e proporzionalità delle misure non strutturali adottate.

85. Codesta Corte di Giustizia ha già affermato, con la sentenza del 26 aprile 2017, in causa C-112/16, 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).

85.1. 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).

85.2. 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; di conseguenza, nel caso già esaminato da codesta Corte, Persidera, che eserciva due reti analogiche, si sarebbe vista assegnare una rete digitale, mentre la RAI e Mediaset, che esercivano tre reti analogiche ciascuna, avrebbero entrambe ricevuto due reti digitali; in altri termini, mentre queste ultime hanno beneficiato di un rapporto di conversione del 66,67%, avendo ciascuna ottenuto due reti digitali a fronte di tre reti analogiche, tale rapporto di conversione è stato soltanto del 50% nel caso di Persidera, avendo quest'ultima ottenuto una sola rete digitale per le sue due reti analogiche; l'applicazione della medesima misura di soppressione di una rete analogica all'atto della conversione digitale si era, dunque, tradotta nell'applicazione di tassi di conversione divergenti che hanno pregiudicato maggiormente la Persidera rispetto alla RAI e a Mediaset (punto 48); di conseguenza vi è stata una differenza di trattamento tra operatori posti però in una

situazione paragonabile (punto 49).

85.3. 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 nel primo dei sotto-paragrafi della presente parte, 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.

85.4. 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 utilizzata la sola procedura onerosa come misura di riequilibrio delle varie posizioni, articolando regole asimmetriche che hanno consentito a Persidera di ottenere “ristoro” dello storico disequilibrio creatosi, solo sostenendo costi ulteriori e senza indennità per quanto in precedenza acquisito. A parere del Collegio, il diritto unionale indicato nel quesito che verrà articolato e i principi affermati da codesta Corte di Giustizia sembrano, invero, ostativi ad una normativa come quella esaminata che si è, in sostanza, tradotta in misure non strutturali e, comunque, onerose per una parte storicamente svantaggiata nella complessiva evoluzione del sistema radiotelevisivo.

E. I QUESITI RIMESSI A CODESTA CORTE DI GIUSTIZIA.

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

1) 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*;

2) 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;

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, 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, debba essere interpretato nel senso che osta ad un sistema del tipo di quello introdotto nella Repubblica Italiana dall'art. 1, commi 1101-1108 Legge di Bilancio 2019, dall'art. 1, commi 1030, 1031, 1031-bis, 1031quater, 1032, 1033, 1034 e 1037 Legge di Bilancio 2018, dalle Delibere AGCOM 39/19/CONS (PNAF), 128/19/CONS e 129/19/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 – e pur in presenza di misure compensative e/o di riequilibrio non strutturali - per ristorare la situazione di disparità in precedenza determinatasi preveda una procedura onerosa che impone all'operatore ulteriori costi ed oneri e se tale diritto unionale, alla luce in particolare dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, nonché dei principi affermati dalla sentenza Persidera, osta ad un sistema come quello indicato, anche in ragione della complessiva evoluzione del sistema e delle “*anomalie*” e “*criticità*” e “*irregolarità*” dello stesso, riscontrate dalla giurisprudenza interna e sovranazionale indicate nella parte motiva della presente ordinanza o se invece le misure non strutturali adottate dall'Autorità per il riequilibrio del sistema siano sufficienti.

87. 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;
- le sentenze del T.a.r. Lazio, sede di Roma, appellate;
- gli appelli proposti dalla parte ricorrente;
- tutte le memorie difensive depositate dalle parti nei giudizi di appello riuniti;
- la presente ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

88. 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):

- i)* riunisce i ricorsi in appello in epigrafe;
- ii)* rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione;
- iii)* ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente ordinanza, nonché copia integrale degli atti indicati in motivazione e del fascicolo di causa;
- iv)* sospende il processo nelle more della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

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

Giancarlo Montedoro, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Lorenzo Cordi'

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO