

Osservazioni sul disegno di legge sulla disciplina del settore televisivo nella fase di transizione alla tecnologia digitale¹

di Ernesto Apa

1. Il disegno di legge Gentiloni, «*Disposizioni per la disciplina del settore televisivo nella fase di transizione alla tecnologia digitale*»² contiene diverse norme che meritano consenso: ad esempio, le previsioni dell'articolo 6, comma 1, lettere a) e d), che escludono la *pay per view* dal novero dei servizi alla società dell'informazione.

Il Testo Unico della Radiotelevisione³, nel riprodurre la definizione di «*fornitore di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato*» contenuta nella legge Gasparri⁴, ha infatti inopinatamente inserito all'interno di detta definizione un inciso, «*compresa la pay per view*»⁵, assente nella precedente formulazione⁶.

In tal modo, mediante l'interpolazione di queste poche parole, la *pay per view* è stata qualificata come servizio della società dell'informazione, ottenendo il duplice effetto di elevare in modo indiretto il limite alle concentrazioni di cui all'articolo 43 del Testo Unico e di sottrarre la *pay per view* alla disciplina dei servizi radiotelevisivi.

1.1. Il primo effetto sortito dal pur breve inciso consiste infatti nell'evitare che i canali (*rectius*: programmi) utilizzati per la *pay per view* siano computati ai fini del calcolo del numero massimo di programmi che possono essere eserciti da ciascun fornitore di contenuti (tetto pari al 20% del totale dei programmi televisivi)⁷.

¹ E' una rielaborazione dell'intervento svolto il 3 maggio 2007 nel corso del seminario di ASTRID sul disegno di legge sulla disciplina del settore televisivo nella fase di transizione alla tecnologia digitale.

² AC 1825, presentato il 16 ottobre 2006 dal Ministro delle Comunicazioni, on. Paolo Gentiloni Silveri.

Per un primo commento al d.d.l. Gentiloni sia consentito rinviare, sia pure con i limiti propri di un articolo destinato a lettori non italiani, a F. PORTOLANO – E. APA, *Gentiloni Bill: What is the Future of Italian DTT?*, in *Entertainment Law Review*, vol. 18, issue 3, 2007, 116 ss. Si veda inoltre F. SANDON, *Il ddl Gentiloni: un'altra occasione mancata?*, in *Costituzionalismo.it*, 20/12/2006.

³ Decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177.

⁴ Legge 3 maggio 2004, n. 112.

⁵ Testo Unico della Radiotelevisione, articolo 2, comma 1, lettera h); cfr. anche l'articolo 31, comma 1, del medesimo Testo Unico.

⁶ Cfr. l'articolo 2, comma 1, lettera h), della legge Gasparri.

⁷ Testo Unico della Radiotelevisione, articolo 43, commi 7 e 8, che riproducono il contenuto normativo degli articoli 15, comma 1, e 25, comma 8, della legge Gasparri. Si ricorda che, sino allo *switch off* analogico, concorrono a formare la

In tal modo, il Testo Unico ha spianato la strada ad un ulteriore potenziamento degli operatori maggiori, i quali possono beneficiare così di una soglia anticoncentrazione scarsamente efficace per tre ordini di ragioni:

- (i) un limite come quello fissato dalla legge Gasparri, pari al 20% dei programmi irradiabili, è, *in se*, assolutamente inadeguato in ambiente digitale, a causa dell'ampia base di calcolo.

Per il momento lascio questa affermazione allo stato apodittico, ma mi propongo di tornare sul punto per chiarirlo nel prosieguo di questo intervento (*infra*, § 6.1);

- (ii) la già ampia base di calcolo in relazione alla quale viene determinato il tetto alle concentrazioni è ulteriormente allargata in forza della norma – anch'essa destinata ad una opportuna abrogazione qualora il d.d.l. Gentiloni fosse approvato nella sua attuale versione⁸ - che computa in detta base di calcolo anche i programmi digitali con copertura pari al 50% della popolazione⁹.

In questo modo si equiparano programmi (canali) analogici e programmi digitali, in una fase in cui tale equiparazione è manifestamente irragionevole.

Ad oggi, infatti, trascorsi ben tre anni dall'entrata in vigore della legge Gasparri, sono stati venduti appena 5 milioni di ricevitori per il digitale terrestre¹⁰; si calcola inoltre che circa la metà di detti ricevitori resti normalmente inutilizzato da parte dei possessori, che apparentemente continuano a fruire della televisione in tecnica analogica.

Anche prescindendo dal blando requisito in termini di copertura della popolazione richiesta, che di per sé solo basterebbe a ritenere inappropriata l'equiparazione tra programmi analogici e programmi digitali, è di palmare evidenza l'irragionevolezza della norma che pone un canale analogico che raggiunge 23 milioni di famiglie¹¹ (e oltre 34 milioni di apparecchi televisivi¹²) alla stessa stregua di un programma digitale che ha

base di calcolo i programmi irradiati in tecnica analogica ed i programmi in tecnica digitale che raggiungano una copertura pari al 50% della popolazione; quest'ultima previsione è discussa nel testo.

⁸ D.d.l. Gentiloni, articolo 2, comma 6.

⁹ Tale equiparazione è stata da più parti criticata: cfr., per tutti, A. PACE, *Legge Gasparri e Corte costituzionale*, Relazione introduttiva all'Incontro di studi su «*Il sistema radiotelevisivo italiano e la legalità europea*», tenuto a Napoli il 2 luglio 2004, 31 s., che ricorda come analoghi precedenti siano stati censurati dalla Corte costituzionale.

¹⁰ Dati tratti dall'indagine effettuata nei primi mesi del 2007 da GFK su incarico dell'associazione DGTVi.

¹¹ Il censimento ISTAT del 2001 rileva che in Italia sono presenti 21.810.676 nuclei familiari, saliti a 22.876.102 al 31 dicembre 2003.

¹² Si fa riferimento alla stima è stata effettuata dall'on. Carla Mazzuca Poggiolini la quale, prendendo la parola alla Camera dei Deputati, nella seduta dell'Assemblea n. 612 del 14 aprile 2005, ha rilevato quanto segue: “*Per stima prudenziale, si attribuisce alle famiglie italiane il numero di 1,5 apparecchi televisivi posseduti. Ovviamente, le cose non stanno così, perché di solito ogni famiglia ne possiede due, tre o addirittura quattro, mentre solo pochissime famiglie non possiedono alcun apparecchio televisivo. Quindi, pur ipotizzando tale valore, si ottiene un risultato*

un bacino d'utenza enormemente inferiore, essendo captato, a tutto concedere, da 5 milioni di televisori (in realtà 2,5 milioni circa, per quello che si è detto sullo scarso impiego dei set top box digitali da parte degli utenti che pure ne hanno acquistato uno).

Va ricordato che è proprio sulla base della condivisione dei rilievi critici sopra accennati che, durante i lavori preparatori della legge Gasparri, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM"), allora presieduta dal prof. Tesauro, aveva avanzato la proposta di riformulare l'articolo 25, comma 7, della legge sostituendo il parametro della "copertura" della popolazione con quello della "*effettiva ricezione da parte degli utenti del segnale televisivo digitale*"¹³;

- (iii) i "canali" trasmessi in modalità *pay per view* (es.: i canali Mediaset Premium o La7 Carta Più), per effetto della formulazione dell'articolo 2, comma 1, lettera h), del Testo Unico della Radiotelevisione (formulazione che il d.d.l. Gentiloni si propone di cambiare, eliminando l'inciso "*compresa la pay per view*"), non sono computati ai fini del calcolo del tetto del 20%. Pertanto, anche qualora un operatore televisivo, nella sua veste di fornitore di contenuti, avesse saturato il limite del 20% dei programmi, potrebbe nondimeno, nei panni del fornitore di servizi, continuare a aumentare il numero di canali in *pay per view*, i quali non sono, per l'appunto, considerati programmi televisivi e non soggiacciono quindi ad alcun limite fissato *ex ante*.

1.2. Il secondo effetto che si deve alla riformulazione della definizione di fornitore di servizi posta in essere dal Testo Unico della Radiotelevisione mediante l'inserimento dell'inciso "*compresa la pay per view*", consiste nell'aver attratto la *pay per view* nella sfera dei servizi della società dell'informazione, sottraendola quindi all'ambito di applicazione della più stringente disciplina dell'attività radiotelevisiva.

Infatti, sulla scorta della qualificazione della *pay per view* come servizio della società dell'informazione, si dovrebbe coerentemente ritenere non applicabile ai contenuti trasmessi in *pay per view* la disciplina relativa ai contenuti radiotelevisivi (norme in materia di tutela dei minori, in materia di pubblicità, etc.), rivolta ai soli fornitori di contenuti e non anche ai fornitori di servizi.

Ora, la scelta di attenuare il rigore della regolamentazione della *pay per view* potrebbe anche essere condivisibile, ove fosse realizzata in modo trasparente e legittimo.

Invece, l'interpolazione nella definizione di fornitore di servizi dell'inciso più volte ricordato

minimo di 34.341.153 televisori posseduti dalle famiglie italiane al 31 dicembre 2003" (cfr. pag. 2 del resoconto stenografico).

¹³ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Nota del 10 settembre 2003 sul d.d.l. n. 3184*, 7 ss.

- (a) da un lato viola la delega legislativa rilasciata al Governo, limitata al solo fine di coordinare le norme vigenti “*apportando alle medesime le integrazioni, modificazioni e abrogazioni necessarie al loro coordinamento*”¹⁴, laddove l’inserimento dell’inciso in questione costituisce certamente una radicale novità, e non di poco momento,
- (b) dall’altro viola la legalità comunitaria, ponendosi in stridente contrasto con la giurisprudenza alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee¹⁵ la quale, nella sentenza *Mediakabel*¹⁶, ha chiarito in modo inequivocabile che la *pay per view*, lungi dal costituire un servizio della società dell’informazione, rientra nella nozione di trasmissione televisiva di cui all’articolo 1, lettera a), della direttiva TV Senza Frontiere¹⁷.

2. Oltre a quella sopra esaminata, l’articolato normativo presentato dal ministro Gentiloni, oggetto della odierna discussione, contiene diverse altre previsioni apprezzabili, di seguito indicate e brevemente discusse.

2.1. Vengono abrogate le disposizioni della legge Gasparri relative alla privatizzazione della RAI¹⁸.

Le norme relative alla privatizzazione della RAI contenute nella legge Gasparri sono infatti rimaste lettera morta, nonostante siano ampiamente spirati i termini che il legislatore indicava per l’attuazione delle medesime, per cui, al di là del giudizio di merito sulla scelta di privatizzare della Rai e sulle modalità con cui tale privatizzazione veniva disciplinata, l’abrogazione proposta dal d.d.l. Gentiloni merita consenso.

¹⁴ Legge Gasparri, art. 16, comma 1.

¹⁵ Cfr. O. GRANDINETTI, *Il Testo Unico sulla radiotelevisione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2006, 126, che ricostruisce le vicende che hanno portato all’inserimento del famoso inciso e sottolinea come il Ministero delle Comunicazioni, a fronte dei rilievi critici mossi dal Consiglio di Stato e dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, abbia addotto a giustificazione dell’inclusione della *pay per view* nel novero dei servizi della società dell’informazione un supposto orientamento della Commissione europea emerso proprio nel corso della causa *Mediakabel*, laddove in realtà nel giudizio in discorso la Commissione, i Governi intervenuti e l’Avvocato Generale Tizzano “*avevano tutti concluso ritenendo che soltanto un vero e proprio servizio video on demand avrebbe potuto inquadarsi tra i «servizi della società dell’informazione» (piuttosto che tra le «trasmissioni televisive»), mentre tutte le altre trasmissioni ad accesso condizionato (pay tv, pay per view e video on demand) dovevano rientrare de plano nella nozione di trasmissione televisiva*”.

¹⁶ CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sentenza 2 giugno 2005, nella causa C-89/04, *Mediakabel BV/Commissariaat voor de Media*.

¹⁷ Direttiva del Consiglio 3 ottobre 1989, 89/552/CEE, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 30 giugno 1997, 97/36/CE.

¹⁸ D.d.l. Gentiloni, articolo 6, comma 6.

2.2. Viene posposta la data dello *switch off* analogico, sostituita finalmente (per la prima volta da quando si è iniziato, nel 2001, a legiferare sulla transizione al digitale) con una deadline realistica (ancorché meno facile da rispettare di quanto *prima facie* possa sembrare).

Il d.d.l. Gentiloni, infatti, indica nel 30 novembre 2012 la data entro la quale dovrà perfezionarsi lo “spegnimento analogico”¹⁹, inizialmente fissato in modo utopistico al 31 dicembre 2006²⁰ e attualmente previsto, velleitariamente, per il 31 dicembre 2008²¹.

2.3. Viene eliminata l’asimmetria di trattamento realizzata dalla norma che impedisce a Telecom Italia di raccogliere risorse in misura superiore al 10% del c.d. SIC (Sistema Integrato delle Comunicazioni), laddove a tutti gli altri operatori nel settore delle comunicazioni (inclusi gli *incumbents* del mercato televisivo) si applica un tetto del 20% delle risorse del SIC.

Attualmente, infatti, l’articolo 43 del Testo Unico della Radiotelevisione stabilisce la regola generale secondo cui i soggetti tenuti all’iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione non possono conseguire ricavi superiori al 20% del SIC; il comma 11 dello stesso articolo 43 prevede poi, con regola ben più rigorosa, che “*le imprese [...] i cui ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche [...] sono superiori al 40 per cento dei ricavi complessivi di quel settore [vulgo: Telecom Italia], non possono conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni ricavi superiori al 10 per cento del sistema medesimo*”.

Il d.d.l. Gentiloni si propone di rimuovere questa ingiustificata disparità di trattamento²², applicando il medesimo tetto anticoncentrazione a tutti gli operatori del settore delle comunicazioni ed introducendo, quale opportuno correttivo, il divieto di collegamento tra l’operatore storico del settore delle tlc e soggetti in posizione dominante nel mercato televisivo²³.

¹⁹ D.d.l. Gentiloni, articolo 1, comma 1. Il termine del 30 novembre 2012 è da ritenersi perentorio; contra, per la natura ordinatoria del termine in parola, F. SANDON, *Il ddl Gentiloni: un’altra occasione mancata?*, in *Costituzionalismo.it*, 20/12/2006.

²⁰ Art 2-*bis*, comma 5, del decreto legge 23 gennaio 2001, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 gennaio 2001, n. 66.

²¹ Articolo 19 del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51.

²² Criticata anche dall’allora presidente dell’AGCM, prof. Giuseppe Tesauo, nella segnalazione AS 247 del 19 dicembre 2002, inviata ai Presidenti delle Camere, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro delle Comunicazioni ai sensi dell’articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287. L’asimmetria in discorso è criticata anche in dottrina: cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il nuovo assetto della radiotelevisione*, in S. SICA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell’informazione e della comunicazione*, CEDAM, Padova, 2007, 116.

²³ D.d.l. Gentiloni, articolo 6, comma 3.

2.4. L'attività di rilevazione degli indici di ascolto viene qualificata come servizio pubblico di interesse generale a garanzia del pluralismo e della concorrenza²⁴ e viene delegata al Governo l'adozione di un decreto legislativo che definisca le modalità attraverso cui l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ("AGCOM") curerà dette rilevazioni.

Viene al contempo ribadito quanto disposto dall'articolo 1, comma 6, lettera b), n. 11), della legge Maccanico²⁵, secondo cui l'AGCOM *"cura le rilevazioni degli indici di ascolto e di diffusione dei diversi mezzi di comunicazione; vigila sulla correttezza delle indagini sugli indici di ascolto e di diffusione dei diversi mezzi di comunicazione rilevati da altri soggetti, effettuando verifiche sulla congruità delle metodologie utilizzate e riscontri sulla veridicità dei dati pubblicati, nonché sui monitoraggi delle trasmissioni televisive e sull'operato delle imprese che svolgono le indagini [...]; laddove la rilevazione degli indici di ascolto non risponda a criteri universalistici del campionamento rispetto alla popolazione o ai mezzi interessati, l'Autorità può provvedere ad effettuare le rilevazioni necessarie"*.

Si prevede inoltre l'attribuzione all'AGCOM delle risorse economiche necessarie ad attendere a tale compito (si consideri che al momento la carenza di risorse rende di fatto impossibile all'Autorità l'esercizio della propria prerogativa di provvedere direttamente alle rilevazioni ove non siano disponibili sul mercato dati attendibili).

Alla luce del ruolo fondamentale svolto dall'attività di rilevazione dei dati di ascolto ai fini della determinazione della struttura concorrenziale del mercato della raccolta pubblicitaria²⁶, la connotazione di detta attività in termini di servizio pubblico di interesse generale sembra corretta, così come sembra corretto dedicare la dovuta attenzione a questo tema, anche a seguito dell'animato dibattito relativo all'adeguatezza del "sistema Auditel"²⁷, che non accenna a sopirsi nonostante le recenti delibere AGCOM in materia²⁸.

Le principali critiche che vengono mosse al sistema Auditel sono collegate al fatto che esso è stato concepito per la sola televisione analogica terrestre, in una congiuntura che vedeva sostanzialmente due soli operatori confrontarsi nel mercato televisivo. Si sostiene infatti che, se un

²⁴ D.d.l. Gentiloni, articolo 4.

²⁵ Legge 31 luglio 1997, n. 249. Per un commento organico a questa legge, si veda N. LIPARI – E. BOCCHINI – S. STAMMATI, *Sistema radiotelevisivo e Autorità per le telecomunicazioni*, CEDAM, Padova, 2000.

²⁶ Cfr. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva sul settore televisivo: la raccolta pubblicitaria*, provvedimento 16 novembre 2004 n. 13770, IC 23.

²⁷ Giova ricordare l'ordinanza cautelare del 12-19 aprile 2005 della Corte d'Appello di Milano, Prima Sezione Civile, Giudice Designato dott. Filippo Lamanna, con la quale si inibiva ad Auditel la pubblicazione dei dati di ascolto disaggregati dei canali satellitari, nonché le posizioni di aperta critica nei confronti della governance e della metodologia di rilevazione di Auditel espresse da diversi operatori televisivi nel corso del recente procedimento condotto dall'AGCOM sulla rilevazione degli indici di ascolto (si veda AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, delibera 55/07/CSP).

²⁸ Cfr. AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, delibere 85/06/CSP e 55/07/CSP.

tempo il sistema in discorso era in grado di soddisfare le condizioni per assicurare il dispiegarsi di una leale competizione tra operatori televisivi, esso presenta oggi evidenti crepe prodotte dall'evoluzione dell'offerta televisiva.

L'ordinanza cautelare del Tribunale di Roma del 13 luglio 1985, che fu alla base dell'adozione del sistema di rilevazione degli ascolti incentrato su Auditel, inibì a RAI e Fininvest la divulgazione di indici di ascolto rilevati con modalità che non offrivano sufficienti garanzie di attendibilità, anche nel caso di indagini svolte da un soggetto indipendente. Secondo il Tribunale di Roma, il sistema di rilevazione dati doveva necessariamente possedere cumulativamente i seguenti requisiti: (i) indipendenza della società di rilevazione; (ii) trasparenza e accessibilità dell'indagine; (iii) rispondenza a corretti canoni statistici del campione utilizzato; (iv) precisione nella misurazione di tutte le frequenze (oggi, *mutatis mutandis*, potrebbe dirsi completa rappresentazione del panorama dell'offerta televisiva, non limitato alla televisione analogica terrestre); (v) corretta applicazione in concreto di tutti i criteri nella rilevazione.

Pare lecito dubitare che il sistema di rilevazione oggi disponibile, allo stato attuale e con particolare riferimento alle nuove piattaforme digitali (satellite, digitale terrestre, IPTV), rispetti tutti i requisiti indicati dalla storica ordinanza del Tribunale di Roma sopra citata, le cui valutazioni, nonostante il tempo trascorso, paiono di straordinaria attualità, tanto da essere sostanzialmente confermate dalle recenti decisioni dell'AGCOM²⁹.

In particolare, alla luce della circostanza che vede Auditel soggetta al controllo congiunto di RAI e Mediaset (i quali posseggono ben oltre la maggioranza del capitale sociale), ossia dei due operatori storici del settore analogico terrestre, pare difficile sostenere che l'attuale assetto garantisca la necessaria neutralità di chi effettua le rilevazioni rispetto agli interessi degli operatori che di tali rilevazioni sono oggetto.

2.5. Soprattutto, il d.d.l. cerca di porre rimedio all'annoso problema della gestione dello spettro frequenziale, peccato originale da cui il sistema radiotelevisivo italiano non riesce ad affrancarsi.

In ordine alla gestione delle frequenze, l'articolo 3 del d.d.l. Gentiloni introduce una disciplina la quale, pur suscitando alcuni dubbi che verranno esaminati *infra*, al §5 (né sarebbe possibile attendersi una soluzione assolutamente impeccabile ad un problema di tale complessità), rappresenta il primo serio tentativo di affrontare una questione antica quanto cruciale.

2.6. Etc.

²⁹ Si rimanda alle delibere citate nella nota 27.

3. Dopo aver accennato, sia pure solo per grandi linee, alle disposizioni condivisibili del d.d.l. Gentiloni, sembra opportuno soffermarsi brevemente su quelle rispetto alle quali ho qualche perplessità o qualche dubbio, che confido in questa sede possano trovare un chiarimento.

Le prime perplessità sono suscitate dalla norma in base alla quale il conseguimento di oltre il 45% dei ricavi pubblicitari dell'intero settore televisivo (analogico terrestre, digitale terrestre, cavo e satellite) importa l'applicazione di una misura di riequilibrio costituita da un abbassamento del tetto orario di affollamento pubblicitario (con applicazione di un limite del 16% anziché del 18%)³⁰.

Gli argomenti che avrei voluto articolare in proposito sono già stati esposti dal professor Mastroianni. Aggiungo pertanto solo due brevissime considerazioni.

In primo luogo, è evidente che, data l'attuale struttura di mercato, l'unico soggetto a cui può applicarsi detta norma è Mediaset. Mediaset è infatti l'unico operatore che è in grado di conseguire ricavi pubblicitari superiori al 45% del totale; per esser franchi, anzi, è chiaro a tutti sin da ora che i ricavi pubblicitari di Mediaset si collocano attualmente - e si collocheranno nel prossimo futuro - abbondantemente oltre detto limite.

Misuriamoci quindi con questo dato per saggiare l'efficacia della norma rispetto agli obiettivi perseguiti (che sono, con tutta evidenza, obiettivi di deconcentrazione del mercato).

In primo luogo, il d.d.l. dispone che la riduzione del tetto di affollamento orario al 16% non si applica *“ai soggetti che abbiano trasferito su una diversa piattaforma trasmissiva una o più emittenti già operanti su frequenze terrestri in tecnica analogica”*.

Ora, qualcuno potrebbe osservare che Mediaset (che abbiamo visto essere l'unica potenziale destinataria della misura correttiva) ha già trasferito sul digitale terrestre (*“su una diversa piattaforma trasmissiva”*) un'emittente che prima era diffusa in analogico (*“già operant[e] su frequenze terrestri in tecnica analogica”*), cioè l'attuale Mediashopping. Mediashopping (precedentemente denominata Canale d e prima ancora Home Shopping Europe e Rete Mia) è infatti un'emittente nazionale di televendite che Mediaset ha acquistato nel 2005; a seguito dell'acquisizione, Mediashopping ha cessato le trasmissioni in tecnica analogica ed è stata trasferita sulla piattaforma digitale, essendo state le sue frequenze impiegate per costituire un multiplex.

Già sulla base di questa circostanza, la norma in esame non si applicherebbe a Mediaset, e quindi non si applicherebbe a nessuno, non essendovi in concreto altri operatori che possano superare il tetto del 45%.

In secondo luogo, occorre tenere in considerazione la tempistica e l'interazione delle diverse norme del d.d.l.

³⁰ D.d.l. Gentiloni, articolo 2.

Come ha esposto il professor Cheli nella sua relazione di introduzione a questo dibattito, il d.d.l. Gentiloni stabilisce che entro 15 mesi dall'entrata in vigore della legge i soggetti titolari di più di due emittenti nazionali su frequenze terrestri in tecnica analogica devono trasferire su una piattaforma digitale i palinsesti delle emittenti eccedenti la seconda³¹.

E' interessante vedere come questa migrazione obbligatoria (ed opportuna) al digitale delle emittenti che eccedono la seconda vada ad interferire con l'applicazione del limite relativo alle risorse pubblicitarie.

Per essere più chiaro utilizzerò un esempio. Ipotizziamo quindi che la proposta Gentiloni fosse approvata e la relativa legge entrasse in vigore il 1° gennaio 2008; in tal caso, il rimedio della riduzione al 16% del limite orario alla pubblicità sarebbe applicabile esclusivamente dal 1° Gennaio 2010 (in base al congegno disegnato dalla proposta Gentiloni il superamento avvenuto nel 2008 sarebbe accertato dall'AGCOM entro il 31 ottobre del 2009 e la misura di riduzione del tetto pubblicitario si applicherebbe dal 1° gennaio 2010).

A questo punto, però, sarebbero trascorsi abbondantemente i 15 mesi entro cui Mediaset deve digitalizzare il terzo canale, digitalizzazione che paralizza l'applicabilità della misura di contenimento della pubblicità.

Ecco dimostrato ancora una volta che, fatta salva l'ipotesi di mancata attuazione di una parte del disegno di legge, il rimedio al superamento del tetto del 45% - che tanto ha fatto discutere sulla stampa - è destinato a non trovare applicazione.

4. Un discorso a parte merita l'articolo 3 del d.d.l. che, come si è detto sopra, affronta meritoriamente il problema delle frequenze, il quale rappresenta una sorta di "congenita" tara del nostro sistema radiotelevisivo, tanto che per rintracciare le radici del problema occorre risalire agli anni '70.

Nel 1976, alla vigilia della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 202/1976³², Giuliano Amato, esponendo le ragioni che lo inducevano a difendere il monopolio

³¹ D.d.l. Gentiloni, articolo 3.

³² CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 15 luglio 1976, n. 202, in *Giur. cost.*, 1976, 1408 ss.

Tra i moltissimi commenti relativi a questa storica sentenza si ricordano almeno quelli di G. AMATO, G. AMATO, *Monopolio e pluralismo: un dilemma che non doveva proporsi*, in *DRT*, 1976, 1 ss. e F. BASSANINI, *Riserva allo Stato del servizio radiotelevisivo e impianti «locali»*, in *DRT*, 1976, 9 ss., entrambi scritti mentre la q.l.c. era ancora pendente; P. CARETTI, *Monopolio pubblico e radio-tv «libere» dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 202 del 1976*, in *DRT*, 1976, 248 ss.; C. CHIOLA, *Il pluralismo spontaneo per la radiotelevisione locale*, in *Giur. cost.*, 1976, 1418 ss.; F. D'ONOFRIO, *Groviglio nell'etere: la Corte «apre» ai privati «locali»*, in *Giur. cost.*, 1976, 1424 ss.; F. GABRIELE, *Riserva allo Stato e privatizzazione condizionata a livello locale in materia di diffusione radiofonica e televisiva via etere: una coesistenza (costituzionalmente) compatibile*, in *Giur. cost.*, 1976, 1489 ss.; G. AZZARITI, *La temporaneità perpetua, ovvero la giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva (rassegna critica)*, in *Giur. cost.*, 1995, 3046 ss.; R. ZACCARIA, *La Corte cambia strada: il monopolio radiotelevisivo è legittimo solo a metà*, in *DRT*, 1976,

della Rai, conio una metafora di formidabile forza icastica, che a tal punto si attagliava ai fatti che di lì a poco sarebbero accaduti da indurre tutti coloro che successivamente si cimentarono nella loro descrizione a prenderla in prestito. In quel famoso intervento, Amato descrive il *Far West* come il luogo “*in cui tutti sono liberi ed eguali nello spartirsi le immense praterie*”, ma l’epilogo è l’oppressione dei forti sui deboli; la metafora poi lentamente trascolora e lascia il posto alla realtà: compiutosi tale epilogo, sarebbe tardivo ogni intervento e vano ogni tentativo di porre sotto controllo il processo di concentrazione oligopolistica ormai perfezionatosi³³.

Amato è stato buon profeta: a quasi vent’anni di distanza, si è levata infatti la voce di Livio Paladin a bollare la tv come “*regno dell’effettività*”³⁴; e ancora nel 2002 la Corte costituzionale osservava che “*la formazione dell’esistente sistema televisivo italiano privato in ambito nazionale ed in tecnica analogica trae origine da situazioni di mera occupazione di fatto delle frequenze, al di fuori di ogni logica di incremento del pluralismo*”³⁵.

La breve digressione consente di cogliere le dimensioni di un problema che si trascina da 30 anni e a cui non si è mai riusciti a trovare una soluzione, se pure la si è cercata.

E’ quindi di tutta evidenza che affrontare un simile problema è quantomeno arduo. Tuttavia, negli ultimi tempi si sta lavorando nella direzione giusta: penso ad esempio al catasto delle frequenze approntato da AGCOM e Ministero delle Comunicazioni, che costituisce il necessario presupposto di ogni seria politica di gestione dello spettro hertziano.

In ordine al problema delle frequenze, il d.d.l. Gentiloni adotta un approccio condivisibile: impone la digitalizzazione delle reti eccedentarie entro 15 mesi (in modo da imprimere un’accelerazione al processo di transizione al digitale) e dispone che le frequenze liberate a seguito di tale digitalizzazione rientrino nella disponibilità del Ministero delle Comunicazioni, che le riassegna attraverso procedure pubbliche.

Tuttavia, la sorte delle frequenze liberate non si esaurisce nella retrocessione delle stesse in capo al Ministero, che sarebbe finalmente in grado di assolvere a quei compiti di amministrazione del bene pubblico etere di cui è stato di fatto spogliato.

Ai sensi del d.d.l., opera infatti un doppio binario: alcune frequenze dovrebbero tornare al Ministero, mentre altre frequenze - quelle che sono state acquistate con lo *spectrum trading* ai sensi

288 ss.; ID., *Radiotelevisione e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1977, 101 ss.; A. PACE, *La radiotelevisione in Italia con particolare riguardo all’emittenza privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 623 ss.

³³ Cfr. G. AMATO, *Monopolio e pluralismo: un dilemma che non doveva proporsi*, in *DRT*, 1976, 3.

³⁴ L. PALADIN, *Perché i costituzionalisti si occupano di televisione*, in P. BARILE- R. ZACCARIA (a cura di), *Rapporto ’93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia*, Giappichelli, Torino, 1994, 389.

³⁵ CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 20 novembre 2002, n. 466, in *Foro it.*, 2003, I, 370 ss., con osservazioni di R. PARDOLESI e nota di E. APA, *Incostituzionalità continua: il duopolio televisivo riceve una nuova condanna, ma guadagna tempo*, in *Foro it.*, 2003, I, 712.

della legge 66/2001³⁶ - dovrebbero essere cedute a terzi a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, in conformità a criteri e modalità stabiliti con decreto del Ministero delle Comunicazioni, di intesa con l'AGCOM.

Rispetto a tali ultime frequenze rivive quindi quella logica proprietaria che era stata poco fa censurata dal professore Elia.

Va tuttavia osservato che l'assoggettamento delle frequenze ad una logica privatistica è conseguenza di una scelta operata dal legislatore del 2001, allorché è stata consentita la creazione di un mercato secondario delle frequenze (*rectius*: degli impianti trasmissivi e, mediamente, delle frequenze su cui tali impianti operano) in una cornice di regole incerte. Una volta consentita la compravendita delle frequenze, spogliare i legittimi acquirenti costituirebbe un esproprio.

Allo stesso modo, va osservato che lo *spectrum trading* è stato consentito dal legislatore solo in vista della costituzione di reti digitali: chiunque acquistasse delle frequenze, doveva quindi necessariamente procedere alla digitalizzazione delle stesse.

Ne consegue che a seguito della digitalizzazione delle reti eccedentarie (cioè superiori alla seconda) non dovrebbero liberarsi frequenze di cui alla legge 66/2001, perché in base a tale legge, chiunque acquistasse delle frequenze doveva necessariamente procedere alla digitalizzazione delle stesse, quindi tutte le frequenze *de quibus* dovrebbero essere già digitali.

Se invece alcune di quelle frequenze acquistate *ex* legge 66/2001 sono ancora utilizzate in tecnica analogica, vorrebbe dire che non è stato rispettato il vincolo di destinazione indicato dalla stessa legge, e quindi non si dovrebbe consentire agli operatori che detengono tali frequenze di realizzare margini di profitto dall'alienazione delle stesse.

Tra l'altro, il d.d.l. Gentiloni menziona solo le frequenze acquisite ai sensi della legge 66/2001, mentre non si menzionano le frequenze acquisite in base al comma 3 dell'articolo 23 della legge Gasparri, che pure consentiva lo *spectrum trading*, ma in termini diversi da quelli di cui alla legge 66/2001 (in base alla legge Gasparri si potevano acquistare frequenze anche da emittenti nazionali, mentre ai sensi della legge 66/2001 erano acquistabili solo frequenze "locali")

Qual è quindi la sorte di eventuali frequenze acquisite ai sensi dell'articolo 23 della legge Gasparri e non digitalizzate?

5. Quanto al sistema dei limiti anticoncentrazione, l'impianto del d.d.l. Gentiloni, complessivamente considerato, si mostra piuttosto mite al riguardo.

³⁶ Decreto legge 23 gennaio 2001, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 gennaio 2001, n. 66.

5.1. Il principale limite *ex ante* contenuto nella disciplina radiotelevisiva attualmente vigente è quello, visto all'inizio di questo intervento, che impedisce ad un fornitore di contenuti di controllare più del 20% dei programmi disponibili.

Il d.d.l. Gentiloni lascia invariato questo tetto fissato dalla legge Gasparri che pure, come si è già cercato di dimostrare in altra sede con maggiore dovizia di argomenti, in ambiente digitale è, *in se*, assolutamente inadeguato, a causa dell'ampia base di calcolo³⁷.

E' opportuno ricordare che la nota sentenza della Corte costituzionale n. 420/1994³⁸, nell'accogliere la questione di legittimità costituzionale che investiva l'art. 15, comma 4, della legge Mammi³⁹ - il quale consentiva ad uno stesso soggetto di essere titolare del 25% delle concessioni (canali) nazionali disponibili - ha ritenuto inadeguato l'allora vigente tetto anticoncentrazione rilevando che la legge Mammi, "*anziché muoversi nella direzione di contenere le posizioni dominanti già esistenti così da ampliare, ancorché gradualmente, la concreta attuazione del pluralismo*", aveva "*sottodimensionato il limite alle concentrazioni essendone conseguito l'effetto di stabilizzare quella posizione dominante esistente*"⁴⁰.

Il limite alle concentrazioni monomediali contenuto nella legge Gasparri (e quindi nel Testo Unico della Radiotelevisione) replica i vizi del limite monomediale di cui alla legge Mammi, censurato dalla Corte per i motivi appena ricordati.

Infatti, il tetto anticoncentrazione attualmente in vigore è pari al 20% (quindi più basso di quello censurato dalla Corte nel 1994), ma, dato l'enorme numero di programmi irradiabili in tecnica digitale su frequenze terrestri, il 20% in parola corrisponde, in valore assoluto, ad un

³⁷ Sia consentito rinviare a E. APA, *Il nodo di Gordio: informazione televisiva, pluralismo e Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2004, 335 ss. In quella occasione, sulla scorta di autorevole dottrina (cfr. R. PARDOLESI, *Pluralismo esterno (non più d'una rete a testa?) per l'etere privato*, in *Foro it.*, 1995, I, 7; V. ONIDA, *Relazione*, in AA.VV., *La televisione tra autonomia e controlli. Atti del convegno di Genova 7-8 aprile 1995*, CEDAM, Padova, 1995, 85), si sosteneva che il sentiero obbligato fosse consentire ad ogni operatore il controllo di una sola rete televisiva. A distanza di tempo, sembra opportuno modulare quell'opinione: la soluzione "non più di una rete a testa" rappresenta(va), alla luce della giurisprudenza della Consulta, la scelta costituzionalmente necessitata nel contesto analogico, ma è forse eccessivamente rigida rispetto alla realtà digitale, intessuta di operatori che trasmettono una molteplicità di canali tematici i quali si rivolgono a segmenti di pubblico piuttosto piccoli.

³⁸ CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 7 dicembre 1994, n. 420, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 3716 ss. Per i commenti a tale sentenza, si vedano R. ZACCARIA, *La Corte costituzionale applica direttamente il principio pluralistico in materia radiotelevisiva e ... <<non fa il vuoto>>*, in *Giur. cost.*, 1994, 3748 ss.; O. GRANDINETTI, *Risorse pubblicitarie, stampa, emittenza locale e <<pay-tv>>: le grandi assenti nella decisione che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 15 comma 4 l.n. 223 del 1990*, in *Giur. cost.*, 1994, 3758 ss.; ID., *Il futuro assetto della televisione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/1995, 43; R. PARDOLESI, *Pluralismo esterno (non più d'una rete a testa?) per l'etere privato*, in *Foro it.*, 1995, I, 5 ss.; G. VOTANO, *Concentrazioni televisive: cronaca di una incostituzionalità annunciata*, in *Dir. inform.*, 1995, 316 ss.; A. CONTALDO - L. VESPIGNANI, *La concentrazione delle televisioni nazionali e la libertà di <<informazione>>*, in *Dir. inform.*, 1995, 330 ss.; G. AZZARITI, *La temporaneità perpetua, ovvero la giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva (rassegna critica)*, in *Giur. cost.*, 1995, 3077 ss. Si veda inoltre, sulla stampa quotidiana, il commento "a caldo" di P. BARILE, *Una sentenza di libertà*, in *la Repubblica*, 8 dicembre 1994, 1.

³⁹ Legge 6 agosto 1990, n. 223, su cui si veda il commentario E. ROPPO - R. ZACCARIA, *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 1991.

⁴⁰ CORTE COSTITUZIONALE, sentenza n. 420/1994, numero 14.4 del considerato in diritto.

numero elevatissimo di programmi, che consente ai duopolisti Rai e Mediaset persino di accrescere la propria offerta (cosa puntualmente avvenuta all'indomani dell'entrata in vigore della legge Gasparri).

Chi parla sostiene da ben prima dell'approvazione della legge Gasparri⁴¹ che un tetto anticoncentrazione che mirasse a diluire le posizioni dominanti (*rectius*: la posizione di dominanza congiunta) nel *mare magnum* dei canali digitali - come per l'appunto fa la legge Gasparri servendosi dell'aumento delle risorse tecniche rese disponibili dalla tecnologia digitale -, lungi dal contenere la posizione egemone del duopolio, sarebbe (è) bensì funzionale ad una stabilizzazione, se non un potenziamento, di tale posizione egemone, così come in passato il tetto fissato dalla legge Mammi⁴².

Non è un caso, del resto, che all'indomani della pubblicazione della sopra richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 420 del 1994 il presidente di Mediaset Fedele Confalonieri abbia sostenuto la tesi - poi ripresa e realizzata dalla legge Gasparri - secondo cui il rapporto tra programmi (canali) esercibili da un unico soggetto e numero complessivo di programmi disponibili poteva essere ridotto intervenendo sul denominatore anziché sul numeratore⁴³.

5.2. Quanto ai limiti multimediali, il d.d.l. Gentiloni ridimensiona il SIC, che viene ribattezzato “*settore delle comunicazioni*”.

Non giova soffermarsi sulle numerose critiche che sono state mosse al SIC, non solo in dottrina⁴⁴, ma anche dall'AGCM⁴⁵ e dall'AGCOM⁴⁶.

⁴¹ Sia lecito richiamare E. APA, *Incostituzionalità continua: il duopolio televisivo riceve una nuova condanna, ma guadagna tempo*, in *Foro it.*, 2003, I, 712.

⁴² Cfr. R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, CEDAM, Padova, 2004, 237.

⁴³ Cfr. F. CONFALONIERI, *Le tv vanno aumentate, non tagliate*, intervista resa ad Antonio Calabrò, in *la Repubblica*, 8 dicembre 1994, 11; ID., *Intervento*, in P. BARILE, *Idee per il Governo. Il sistema radiotelevisivo*, Laterza, Roma-Bari, 1995, 59. In dottrina, sulle medesime posizioni, A. FRIGNANI – G. ROSSI, *Radiotelevisione* (ad vocem), in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, 1997, 249 e da A. CONTALDO, *Profili giuridici dei nuovi media*, CEDAM, Padova, 1999, 45. Si veda anche, sulla stampa quotidiana, la ricostruzione di M. MELE-D. STASIO “*Illegittimo l'oligopolio tv. La parola va alle camere*”, su *Il sole 24 ore* di giovedì 8 dicembre 1994.

⁴⁴ Cfr., *ex plurimis*, le critiche mosse da A. PACE, *Legge Gasparri e Corte costituzionale*, Relazione introduttiva all'Incontro di studi su «*Il sistema radiotelevisivo italiano e la legalità europea*», tenuto a Napoli il 2 luglio 2004, 31 s., e da R. MASTROIANNI, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2004, 62 ss.; *contra*, sostanzialmente in difesa del SIC, A. FRIGNANI, *La concorrenza*, in A. FRIGNANI – E. PODDIGHE – V. ZENOVICH (a cura di), *La televisione digitale: temi e problemi*, Giuffrè, Milano, 2006, 272 ss.

⁴⁵ Cfr. la segnalazione AS 247 del 19 dicembre 2002 dell'allora presidente dell'AGCM, prof. Giuseppe Tesauo, ai Presidenti delle Camere, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro delle Comunicazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

⁴⁶ Cfr. l'audizione del 12 dicembre 2002 dell'allora presidente dell'AGCOM, prof. Enzo Cheli, davanti alle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati.

Il d.d.l. Gentiloni riduce il perimetro del SIC, che passa da 22 miliardi di euro a 18,5 miliardi circa⁴⁷. Va tuttavia evidenziato che, pur così “asciugato”, il SIC resta un coacervo enorme quanto eterogeneo, assolutamente inidoneo ad assolvere alla funzione di parametro per l’applicazione di limiti *ex ante* volti al contenimento delle dimensioni economiche degli operatori.

Inoltre, il mantenimento del SIC, sia pure in versione ridotta e con altro nome, fa sì che non vengano superate le criticità di carattere sistematico – soprattutto rispetto alla disciplina antitrust - che l’introduzione dello stesso SIC ha importato.

5.3. Il primo strumento di deconcentrazione del mercato introdotto *ex novo* dal d.d.l. Gentiloni è quello del 45% dei ricavi pubblicitari, il quale, così come è disegnato attualmente, è destinato a non trovare applicazione, come si è sopra dimostrato.

5.4. Altro limite introdotto dal d.d.l. Gentiloni è quello che, a partire dallo *switch off*, vieta ai fornitori di contenuti in ambito nazionale di utilizzare più del 20% della capacità trasmissiva complessiva, “*quale risultante [...] dal prodotto della capacità di trasporto espressa in megabit/secondo, per la popolazione effettivamente servita, espressa in milioni di utenti*”⁴⁸.

La norma è opportuna, in quanto corregge un difetto che è proprio del limite anticoncentrazione calcolato sul numero dei programmi.

Non tutti i programmi infatti impegnano lo stesso numero di risorse frequenziali: un programma trasmesso in alta definizione può occupare un intero multiplex digitale; in alternativa, quello stesso mux può essere utilizzato per ospitare 4 o 5 programmi di qualità normale.

Immaginiamo che due fornitori di contenuti, X e Y, trasmettano lo stesso numero di programmi, pari al 20% del totale; X trasmette solo programmi in alta definizione, mentre nessuno dei programmi di Y è ad alta definizione. Nel nostro esempio, sia X che Y rientrerebbero nei limiti attualmente in vigore, ma X occuperebbe il quadruplo delle risorse trasmissive di Y.

Il d.d.l. Gentiloni, pertanto, computando il limite in termini di capacità trasmissiva, introduce una norma migliore di quella attualmente in vigore (che peraltro non verrebbe abrogata): tuttavia, certamente non si tratta di una norma idonea a scalfire il duopolio, ma solo a prevenire un’ulteriore divaricazione della forbice che separa i grandi operatori dai piccoli.

⁴⁷ Per i calcoli relativi alle dimensioni del SIC, cfr. AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, delibera 341/06/CONS.

⁴⁸ D.d.l. Gentiloni, articolo 3, comma 8.

5.5. Nel loro complesso, le misure anticoncentrazione introdotte dal d.d.l. Gentiloni non colmano le ampie lacune del sistema di limiti attualmente vigente.

Si moltiplicano i tetti (a quelli attualmente vigenti relativi al numero di programmi e alle risorse del SIC si aggiungono nuovi limiti relativi alla raccolta di risorse pubblicitarie e capacità trasmissiva utilizzata), a volte realizzando delle sovrapposizioni (è, almeno in parte, il caso del limite al numero dei programmi e di quello relativo alla capacità trasmissiva), ma alla sovrabbondanza di limiti *ex ante* non corrisponde un efficace contenimento delle posizioni potenzialmente lesive del pluralismo.

Il sistema dei limiti è, insomma, pletorico ma inefficace, per cui richiederebbe una razionalizzazione che ruoti intorno a tetti concernenti: (i) il numero di mux che un operatore di rete può controllare (una simile previsione è contenuta all'articolo 6 della proposta di legge Beltrandi e altri⁴⁹), (ii) l'*audience* che un fornitore di contenuti può conseguire (detto limite non dovrebbe però applicarsi al fornitore di contenuti che esercisce un solo programma), (iii) la raccolta di risorse economiche del settore televisivo.

In ordine al primo punto, è utile richiamare quanto rilevato, nella più volte citata segnalazione del 2002, dall'AGCM: *“la mancata previsione di una soglia in capo agli operatori di rete permette che si determini il trasferimento dell'attuale duopolio nel mercato nazionale televisivo in tecnica analogica al futuro mercato della fornitura di reti per la trasmissione di programmi in tecnica digitale. Inoltre, i due operatori incumbent, rimanendo liberi di acquisire una posizione di dominanza nel mercato delle infrastrutture trasmissive, potranno controllare, nonostante il limite del 20% sulla fornitura di contenuti televisivi, la futura evoluzione della struttura competitiva del settore. [...]. In altri termini, si corre il rischio che un operatore in posizione dominante nel mercato delle infrastrutture trasmissive, essendo in grado di condizionare l'accesso al mercato a valle della fornitura di contenuti, possa indirizzare l'evoluzione della struttura competitiva di tale secondo mercato, riproponendo questioni e problematiche tipiche del settore delle telecomunicazioni fisse”*⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. AC 2077, proposta di legge d'iniziativa dei deputati Beltrandi, Capezzone, D'Elia, Mellano, Mancini, Nucara, Poretti, Turco, «Nuove norme in materia di concorrenza e mercato nel settore delle comunicazioni sonore e televisive e delega al Governo in materia di uso efficiente dello spettro elettromagnetico», presentata il 18 dicembre 2006.

⁵⁰ Cfr. segnalazione AS 247 del 19 dicembre 2002 dell'allora presidente dell'AGCM, prof. Giuseppe Tesaro, ai Presidenti delle Camere, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro delle Comunicazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287; nello stesso senso, AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Nota del 10 settembre 2003 sul d.d.l. n. 3184*, 15.

L'introduzione di limiti agli operatori di rete, da più parti auspicata⁵¹, è ancor più necessaria alla luce della circostanza che l'AGCOM sembra orientata a negare, sulla base di argomenti ben poco persuasivi, l'esistenza di una posizione dominante nel settore della televisione digitale terrestre⁵².

Quanto alle criticità che l'introduzione di detti limiti potrebbe presentare sotto il profilo comunitario ove prescindesse dalle risultanze di un'analisi di mercato condotta dalla competente autorità di regolazione, si segnala la tesi dottrinarica secondo cui il diritto comunitario non osta all'imposizione di limiti agli operatori di rete ove tali limiti, anziché assolvere ad una funzione proconcorrenziale, siano posti a tutela del pluralismo, anche in assenza di situazioni di significativo potere di mercato⁵³.

⁵¹ Cfr. A. PACE – M. MANETTI, *Rapporti civili – La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2006, 706 ss.

⁵² Va evidenziato che l'AGCOM, nell'analisi del c.d. mercato 18 (servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali), non ancora conclusa, sembra orientata ad "individuare RAI-Radiotelevisione Italiana S.p.A e Reti Televisive Italiane S.p.A. [cioè Mediaset] quali operatori in posizione dominante [congiunta] nel mercato nazionale dei servizi di diffusione televisiva in tecnica analogica su rete terrestre" e, sorprendentemente, a "ritenere che allo stato nessun operatore detenga individualmente o congiuntamente ad altri una posizione dominante nel mercato nazionale dei servizi di diffusione televisiva in tecnica digitale su rete terrestre" (cfr. AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, delibera n. 61/06/CONS). L'analisi svolta dall'Autorità individua le innumerevoli analogie esistenti tra le posizioni detenute da Rai e Mediaset nel mercato analogico e quelle detenute dai medesimi soggetti nel settore del digitale terrestre. Tuttavia, l'Autorità è provvisoriamente giunta ad una conclusione differente nell'analisi dei due mercati in parola, sulla base di considerazioni che non paiono persuasive: infatti, a fronte di indici puntuali che avrebbero dovuto condurre l'AGCOM ad assimilare la situazione del mercato digitale terrestre a quella riscontrata nel mercato analogico, gli argomenti utilizzati per evitare tale assimilazione sono stati vaghi e generici. Secondo la sommessa opinione di chi scrive, l'analisi del mercato digitale terrestre non può essere svincolata da una proiezione dinamica delle posizioni che in tale mercato verranno assunte dagli operatori storici del mercato analogico: infatti, i due mercati sono strettamente connessi, posto che l'analogico è in fase di estinzione e si convertirà in digitale, per cui è agevole prevedere che le criticità che caratterizzano il "vecchio" mercato si trasferiranno in larga misura nel "nuovo". Giova riportare inoltre quanto disposto dall' art. 17, comma 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche (decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259), laddove stabilisce che "se un'impresa dispone di un significativo potere su un mercato specifico, si presume che essa abbia un significativo potere in un mercato strettamente connesso, qualora le connessioni tra i due mercati siano tali da consentire che il potere detenuto in un mercato sia fatto valere nell'altro, rafforzando in tal modo il potere di mercato complessivo dell'impresa in questione". In base al Codice delle comunicazioni elettroniche, quindi, una volta individuata la posizione dominante nel mercato analogico, avrebbe dovuto operare una presunzione (sia pure *iuris tantum*) di dominanza anche sul mercato digitale; alla luce di tale presunzione, è lecito sostenere che l'AGCOM, nell'escludere che esistano operatori dotati di significativo potere di mercato nel settore digitale terrestre, non abbia assolto all'onere argomentativo che su di essa incombeva.

⁵³ In questo senso, O. GRANDINETTI, *Profili radiotelevisivi del codice delle comunicazioni elettroniche*, in M. CLARCH – G.F.- CARTEI, *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004, 499 e 502, che, sia pure denunciando un deficit di chiarezza delle norme comunitarie sul punto, argomenta dal considerando 5 e dall'articolo 6 della Direttiva Quadro (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2002/21/CE del 7 marzo 2002, «Quadro normativo comune per i servizi di comunicazione elettronica»). Cfr. in tema di derogabilità, da parte degli Stati, della disciplina comunitaria sui mezzi di trasmissione, PACE – M. MANETTI, *Rapporti civili – La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2006, 671. Particolare sensibilità per questi temi – con specifico riferimento ai contenuti - dimostra P. STANCATI, *La inclusione della materia «ordinamento della comunicazione» nell'art. 117, comma 3° Cost.: aspetti problematici*, in *Giur. Cost.*, 2005, 730 ss. e ID., *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi (Parte I)*, in *Politica del diritto*, 2/2005, 171 ss.

Quanto al limite anticoncentrazione calibrato sui parametri dell'*audience* (impiegato nella proposta di legge De Zulueta⁵⁴), si tratta di una soluzione che ha trovato applicazione in alcuni dei più importanti Paesi europei⁵⁵ e che da tempo viene indicata come opportuna da autorevole dottrina⁵⁶, pur non avendo mai trovato riscontro negli interventi del legislatore.

Infine, il limite relativo alla raccolta pubblicitaria (o di risorse economiche in generale) è l'unico attualmente esistente, ma, come si è cercato di argomentare *supra*, al §6.2, andrebbe profondamente rimeditato, sagomando la base di calcolo secondo un perimetro più rispondente a ragionevoli criteri economico-giuridici e introducendo limiti alle concessionarie di pubblicità⁵⁷.

Un siffatto sistema di limiti sembra opportuno *hic et nunc*, anche alla luce dell'esigenza di riequilibrare gli assetti del settore radiotelevisivo e di favorire l'emergere di voci nuove. Ove, con il tempo, il quadro di riferimento dovesse mutare, anche i limiti in discorso potrebbero/dovrebbero essere riconsiderati, ridotti quanto al numero e alla pervasività, onde evitare qualsivoglia compressione delle libertà degli operatori televisivi che non sia necessaria in vista dell'attuazione di preminenti valori costituzionali.

6. Altre osservazioni attengono a piccole sviste o difetti di coordinamento, che non possono mancare in un d.d.l. che affronta una materia così intricata:

- (i) l'obbligo di separazione societaria tra operatore di rete e fornitore dei contenuti in ambito nazionale contenuto nel d.d.l. Gentiloni⁵⁸ già è previsto dalla normativa attualmente in vigore⁵⁹, la quale però esclude da tale obbligo i soggetti che diffondono esclusivamente via cavo o via satellite. Non è chiaro se il d.d.l. Gentiloni intenda estendere l'obbligo di separazione societaria anche al cavo ed al satellite, nel qual caso sarebbe opportuno abrogare espressamente l'esenzione contenuta nel Testo Unico della Radiotelevisione, o invece intenda dettare una previsione limitata al digitale terrestre (come fa supporre il fatto che l'applicazione della norma sia rinviata allo *switch off*), nel

⁵⁴ Cfr. AC 2502, proposta di legge d'iniziativa dell'on. Tana De Zulueta, «Nuove norme in materia di pluralismo informativo, di contenuti audiovisivi ed emittenti in tecnica digitale, nonché di riassetto del sistema nazionale delle frequenze», presentata il 4 aprile 2007. Si vedano, in particolare, i commi 2, 3 e 4 dell'articolo 2 dell'articolato.

⁵⁵ Cfr. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Nota del 10 settembre 2003 sul d.d.l. n. 3184*, 13 ss.

⁵⁶ Cfr. A. PACE, *La tutela giurisdizionale dell'utente radiotelevisivo*, in *Dir. informazione e informatica*, 1995, 570, con vasto seguito in dottrina. Tale indicazione non sembra però ripetuta negli scritti più recenti dell'Autore.

⁵⁷ Come suggerito, sulla base di diffuse argomentazioni, da A. PACE – M. MANETTI, *Rapporti civili – La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2006, 716 ss.

⁵⁸ D.d.l. Gentiloni, articolo 3, comma 7.

⁵⁹ Testo Unico della Radiotelevisione, articolo 5, comma 1, lettera g), n. 2).

- qual caso l'unico effetto – si direbbe involontario - della previsione in parola sarebbe quello di posticipare l'applicazione di detto obbligo di separazione;
- (ii) il comma 9 dell'articolo 3, secondo cui “*la capacità trasmissiva eccedenti i limiti previsti dal comma 8 è ceduta da parte del fornitore di contenuti*”, riferisce la disponibilità della capacità trasmissiva al fornitore di contenuti anziché all'operatore di rete. Tuttavia, non sembra sufficiente la correzione del *lapsus calami* a chiarire il significato della norma: essa, unitamente al comma 8 del medesimo articolo, sembra diretta a porre un limite al fornitore di contenuti, ma, in concreto, agisce sull'operatore di rete. La disposizione in parola è di non perspicua interpretazione, per cui è auspicabile una riformulazione che ne chiarisca in modo univoco scopi e modalità di attuazione;
 - (iii) in alcuni casi si abrogano disposizioni della legge Gasparri senza abrogare le corrispondenti disposizioni del Testo Unico della Radiotelevisione⁶⁰, in altri casi si abrogano disposizioni del Testo Unico riprodotte di norme della legge Gasparri che non solo non vengono abrogate, ma alle quali anzi il d.d.l. fa espresso rinvio⁶¹;
 - (iv) continua l'uso improprio della locuzione “posizione dominante” (riferita al superamento del tetto pari al 45% del totale dei ricavi pubblicitari del settore televisivo)⁶², segnalato in sede di lavori preparatori dal presidente dell'AGCM⁶³, nonché ripetutamente denunciato in dottrina⁶⁴ con riferimento ad impieghi analoghi della medesima locuzione contenuti nella legislazione in materia televisiva;
 - (v) etc.

⁶⁰ Cfr. d.d.l. Gentiloni, art. 6, comma 6.

⁶¹ E' il caso dell'articolo 27, comma 3, del Testo Unico della Radiotelevisione, che viene abrogato dall'articolo 6, comma 1, lettera c) del d.d.l. Gentiloni. Detto articolo del testo Unico riproduce l'articolo 23, comma 3, della legge Gasparri, al quale fa espresso rinvio l'articolo 3, comma 6, del citato d.d.l.

⁶² D.d.l. Gentiloni, articolo 2, comma 1.

⁶³ Cfr. atti parlamentari relativi all'audizione del presidente dell'AGCM Antonio Catricalà durante la seduta della IX Commissione permanente della Camera di martedì 30 gennaio 2007. In particolare, il presidente Catricalà ha riferito una “*notazione di carattere terminologico, con riferimento all'articolo 2 del disegno di legge in esame: il soggetto che supera il limite normativamente previsto è considerato in «posizione dominante»*. [...]. *Senonché, questa espressione, mutuata dal diritto della concorrenza, in realtà nel contesto del disegno di legge in esame, come in quello del testo unico, ha un significato e una funzione completamente diversi*. [...] *Non appare comunque opportuna, in un'ottica antitrust, una definizione di posizione dominante normativamente stabilita, alla luce delle rigidità che potrebbero derivarne in sede applicativa*” (pagg 16 s. degli atti parlamentari).

⁶⁴ Cfr., *ex multis*, F. DONATI, *Il pluralismo informativo*, in G. MORBIDELLI – F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Giappichelli, Torino, 2003, 88, e A. FRIGNANI, *La concorrenza*, in A. FRIGNANI – E. PODDIGHE – V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La televisione digitale: temi e problemi*, Giuffrè, Milano, 2006, 275.