

## LA VICENDA “EUROPA 7”

di **RICCARDO GOTTI TEDESCHI**

Senior Fellow Centro Studi e Documentazione Tocqueville-Acton

*La Corte di Giustizia Europea, il 31 Gennaio scorso, ha condannato il regime italiano di assegnazione delle frequenze per le attività di trasmissione televisiva, nella sentenza che opponeva la rete privata Europa 7 al Ministero delle Comunicazioni. Il regime di assegnazione non rispetterebbe i criteri di selezione obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati.*

### **La vicenda, dal 1999 fino alla sentenza della Corte di Giustizia Europea**

Quando nel 1999 Francesco Di Stefano decide di cedere una piccola emittente romana (la TVR Voxson) e di intraprendere un progetto di creazione di un polo televisivo di portata nazionale, probabilmente sperava di poter essere protagonista di una nuova storia italiana, magari sulla falsariga dei migliori self-made men, ma di certo non avrebbe immaginato di essere protagonista di un film di tal fatta.

Tant'è, nell'estate di quell'anno egli partecipa, con Europa 7, ad una gara per l'assegnazione di frequenze televisive nazionali<sup>1</sup>, e ad esito di essa si aggiudica una concessione per la radiodiffusione televisiva come sancito da apposito decreto ministeriale del 28 luglio dello stesso anno. Quello che avviene in questo momento è sostanzialmente un'anomalia, in quanto il piano nazionale di assegnazione delle frequenze non viene attuato, ed Europa 7 non si vede assegnare alcuna frequenza. Contestualmente, una serie di leggi e decisioni giudiziarie successive consentono ad operatori già presenti (due dei quali non avevano superato la gara d'appalto) di proseguire la loro attività di trasmissione a discapito dell'esito della stessa gara d'appalto.

Nel 2002 interviene la Corte Costituzionale<sup>2</sup> (investita della questione in merito, con particolare riferimento ad alcuni aspetti della Legge n. 249), che sancisce curiosamente un limite strutturale alla gestione delle frequenze televisive, ovvero che nessun privato può

---

<sup>1</sup> La gara è prevista dalla Legge 31 luglio 1997, n. 249 (o “legge Maccanico”). In relazione ad essa, il “Piano nazionale di assegnazione delle frequenze per la radiodiffusione televisiva” aveva individuato 51 bande utilizzabili (45 UHF, 6 della gamma VHF).

<sup>2</sup> Sent. Corte Cost. n. 466 del 20 novembre 2002

possedere più di 2 frequenze televisive e che le reti eccedenti debbano cessare la trasmissione in via analogica terrestre. La Corte denuncia l'accentramento di reti, fissa poi un limite improrogabile (31 dicembre 2003) per il passaggio esclusivo al satellite e/o al cavo, così consentendo agli operatori che eccedono di continuare a trasmettere in analogico, ma non entra nello specifico del caso di Europa 7, che rimane regolare assegnataria delle frequenze "occupate" da altri.

La vicenda continua con l'approvazione della Legge Gasparri nel dicembre 2003, che riordina il sistema radiotelevisivo, ed introduce la trasmissione digitale terrestre. La legge consente alle vecchie emittenti di usare ancora frequenze per reti eccedenti il limite antitrust (le 2 reti sopradette, oltre che la soglia del 20% stabilita dalla "legge Maccanico") così da bloccare il rilascio delle stesse per le nuove emittenti e sospendere l'attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze per la televisione digitale, ed escludendo in tal modo Europa 7.

Il Presidente della Repubblica si rifiuta di firmare la legge e la rinvia alle Camere, facendo esplicito riferimento al concetto di un termine certo per il regime transitorio introdotto dalla sentenza della Corte Costituzionale. La legge viene in seguito approvata, definitivamente, nell'aprile 2004.

Trascorso senza esito il termine di 24 mesi dalla notifica della concessione, Europa 7 propone ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio al fine di far dichiarare il suo diritto ad ottenere l'assegnazione delle frequenze, oltre che il risarcimento del danno subito. Il ricorso viene respinto<sup>3</sup>, sull'assunto che la ricorrente non avrebbe avuto un diritto soggettivo all'assegnazione di frequenze specifiche.

Da qui l'appello di Europa 7 al Consiglio di Stato, che a sua volta ha investito la Corte di Giustizia Europea con una lunga serie di questioni pregiudiziali (ben dieci quesiti).

E' bene ricordare che il ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea, disciplinato dall'art. 234 del Trattato CE, è uno strumento essenziale per l'armonizzazione del diritto interno di ciascun stato membro con il diritto comunitario. Con tale ricorso la Corte è chiamata a rispondere su una questione concernente l'interpretazione del diritto comunitario, con una sentenza che è giuridicamente vincolante non solo per lo stato membro de quo, bensì anche per tutti gli altri stati membri. Si tratta pertanto di una

<sup>3</sup> Sentenza del TAR del Lazio del 16 settembre 2004

sentenza ufficiale generalmente applicabile all'interno della comunità europea, a tutto vantaggio di un maggiore allineamento delle legislazioni interne con il diritto comunitario.

### **Background normativo**

Prima di analizzare i punti salienti della sentenza, è opportuno avere percezione del contesto normativo nel quale la stessa sentenza si va a collocare, per comprenderne la valenza e l'importanza. Il quadro normativo comune per i servizi di comunicazione elettronica, per le reti di comunicazione elettronica e per le risorse e i servizi correlati, si compone della direttiva «quadro» (Direttiva 2002/21/CE) e di quattro direttive specifiche, tra cui la direttiva «autorizzazioni» (Direttiva 2002/20/CE), completate dalla direttiva «concorrenza» (Direttiva 2002/77/CE).

L'art. 8 della direttiva “quadro” richiede agli stati membri che le rispettive autorità nazionali di regolamentazione adottino “...tutte le ragionevoli misure intese a conseguire gli obiettivi...”, sottolineando come tali misure debbano essere “...proporzionate a tali obiettivi”. Gli obiettivi, in sintesi, sono il raggiungimento di un mercato delle radiofrequenze che sia aperto, accessibile, trasparente, e gestito con criteri di efficienza.

La direttiva “autorizzazioni”, d'altra parte, s'inserisce nel quadro di principi delineato dalla direttiva “quadro”, richiamando gli stati membri ad una politica di concessione di diritti individuali d'uso delle frequenze ad ogni impresa che fornisca o utilizzi reti o servizi in forza di un'autorizzazione generale. L'articolo 5 della direttiva stabilisce che “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...”.

Infine, la direttiva “concorrenza” insiste sulla necessità che (i) gli Stati membri si astengano dal concedere diritti esclusivi o speciali di uso di frequenze radio per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica fissa; e che (ii) la stessa attribuzione delle frequenze radio si fondi su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati.

In sostanza, si può notare che l'impianto normativo europeo mira chiaramente ad una liberalizzazione del mercato delle frequenze, pur tuttavia lasciando immutato il potere concessorio in capo allo Stato.

Tuttavia, a proposito di direttive comunitarie, va ricordato gli stati membri sono vincolati per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza e la piena

discrezionalità degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi per la migliore attuazione di esse. Del resto, come puntuale caratteristica di gran parte delle direttive, il testo delle direttive in esame è sufficientemente ampio in termini di interpretazione, lasciando dunque spazio a manovre arbitrarie, pur nel rispetto delle finalità, beninteso.

In sintesi, tra le diverse questioni sottoposte dal Consiglio di Stato alla Corte, quella sulla quale focalizzare è la seguente: se le disposizioni delle direttive comunitarie riguardanti la trasparenza, la proporzionalità e la non discriminatorietà nelle procedure pubbliche, siano in contrasto con un regime di “assentimento” (quello presunto della legge Gasparri), che avrebbe consentito la prosecuzione delle “reti eccedenti” non selezionate a mezzo di gara, così andando a ledere i diritti di imprese che pur vincitrici di procedure di gara, si siano vista preclusa la possibilità di operare.

### **La sentenza della CGE**

La sentenza della Corte, inizialmente attesa per Maggio 2007, è stata più volte rimandata. Il 12 settembre dello stesso anno le conclusioni dell'Avvocato Generale Poiares Maduro hanno evidenziato un approccio alquanto pragmatico e risolutivo della questione: l'art. 49 del Trattato imporrebbe che l'assegnazione di un numero limitato di concessioni per la radiodiffusione televisiva in ambito nazionale, ed a favore di operatori privati, si svolga nel rispetto di procedure selettive trasparenti e non discriminatorie e che, soprattutto, venga data piena attuazione al loro esito.

E' compito dei giudici nazionali - sottolinea l'Avvocato Generale - “esaminare attentamente le ragioni addotte da uno Stato membro per ritardare l'assegnazione di frequenze ad un operatore che così ha ottenuto diritti di radiodiffusione televisiva in ambito nazionale e, se necessario, ordinare rimedi appropriati per garantire che tali diritti non rimangano illusori”<sup>4</sup>.

Nella sentenza del 31 gennaio la Corte chiarisce anzitutto che – data la premessa che la fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica può essere assoggettata soltanto ad un'autorizzazione generale - la libera prestazione di servizi nel settore delle trasmissioni

---

<sup>4</sup> Vedi Causa C-380/05, conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro, presentate il 12 settembre 2007

televisive esige che alla concessione d'autorizzazioni alla trasmissione, segua necessariamente l'assegnazione di frequenze di trasmissione<sup>5</sup>.

In relazione all'ingiustizia subita con la mancata assegnazione delle frequenze, il giudice del rinvio (il Consiglio di Stato) interroga la Corte sui criteri attuati dalla Legge Gasparri per la concessione dei diritti ad operare sul mercato della trasmissione digitale e dell'analogica, solo nei limiti in cui tali criteri hanno "consolidato" il regime transitorio a favore delle reti esistenti, così ostacolando l'assegnazione di frequenze radio ad operatori provvisti di regolare concessione per trasmettere in tecnica analogica.

La Corte, in sintesi, riconosce:

- l'effetto restrittivo, nel mercato de quo, prodotto dalla Legge Gasparri, che avrebbe limitato il numero di operatori a danno di new comers con apposita autorizzazione;
- che in questo modo il mercato nazionale della trasmissione televisiva si sarebbe ingessato, proteggendo la posizione delle reti trasmittenti già attive su detto mercato, in palese divergenza rispetto alla libera prestazione di servizi ex art. 49 del Trattato, oltre che delle direttive "quadro", "autorizzazioni" e "concorrenza" (sopra menzionate)<sup>6</sup>;
- che un tale sistema di concessioni – secondo la giurisprudenza della Corte – può essere giustificato soltanto laddove esistano "obiettivi di interesse generale", purché "le restrizioni che ne derivano siano appropriate e non vadano oltre quanto necessario per il raggiungimento di detti obiettivi", nel rispetto di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati;
- che il regime italiano – in una sua valutazione complessiva – non risponde a questi criteri, in quanto avrebbe attribuito agli operatori esistenti un diritto prioritario ed esclusivo ad ottenere le frequenze, "senza limiti di tempo alla situazione di privilegio così creata e senza prevedere un obbligo di restituzione delle frequenze eccedenti dopo la transizione alla trasmissione televisiva in tecnica digitale";
- che ad Europa 7, a seguito della violazione del diritto comunitario di cui sopra, debba essere riconosciuto un risarcimento dei danni sofferti a causa dell'impossibilità di trasmettere.

### **Commento e conclusioni**

---

<sup>5</sup> Sent. 31 gennaio 2008, C-380/05, vedi sul sito web <http://curia.europa.eu/jurisp/>

<sup>6</sup> Sent. cit., par. 98

Il tema sollevato dalla vicenda in esame impone un'analisi che prescindenda da una visione anzitutto politica ed ideologica delle questioni. Si sono sprecati i commenti da parte di una fazione del Parlamento e dell'opinione pubblica, che ha colto l'occasione per attaccare qualche leader politico con interessi nel campo delle televisioni. Questi signori, commentatori dell'ultima ora (nonchè liberali dell'ultima ora...) hanno evidentemente sprecato un'altra occasione per mantenere un dignitoso silenzio.

Quella che è necessaria, al riguardo, è una valutazione di merito e di mercato, perché di mercato stiamo parlando, esente da qualunque connotazione politica.

Anzitutto bisogna evidenziare che Europa 7 era – ed è ancora - un operatore con mezzi propri per trasmettere in diffusione nazionale. Nella misura in cui la medesima non aveva bisogno di sussidi statali, o di accesso ad infrastrutture (se non le cd. essential facilities), allora l'atteggiamento protezionistico e conservativo dello Stato è stato certamente ingiustificato.

Leggi e provvedimenti di diritto interno che limitano il numero di operatori in un settore di mercato possono infatti risultare restrittive della libera prestazione di servizi (art. 49 Trattato CE), in quanto rischiano di solidificare le strutture del mercato nazionale e di proteggere gli operatori che abbiano acquisito in tale settore una posizione di forza.

Tuttavia, il limite imposto dalla legge Maccanico (il limite antitrust del 20%) può essere ritenuto troppo vincolante per un mercato che deve dilatarsi anche per mano dei leaders, affinché i cd. followers possano trovare spazio, e maggiore concorrenza può solo beneficiare in questo senso.

E' vero che la direttiva "autorizzazioni" enuncia che «qualora sia necessario concedere i diritti d'uso delle frequenze radio solo in numero limitato, gli Stati membri ne effettuano l'assegnazione in base a criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori», ma allora sorge un interrogativo spontaneo. Perché si deve presupporre la necessità di una limitazione "a monte", definendola come necessaria per giustificare una limitazione "a valle" solo se supportata motivi di ordine pubblico etc.?

Mentre infatti è più che comprensibile, oltre che logica, quest'ultima limitazione, sarebbe utile verificare l'arbitrarietà della limitazione che viene data per presupposta. Nel caso di specie, essa avrebbe impedito (se non fossero entrate in vigore le norme successive sul regime transitorio) alle reti cd. "eccedenti" di non partecipare ad alcuna gara e pertanto di

non trasmettere, per il solo motivo di essere riconducibili ad un medesimo proprietario (un “ultimate controlling individual”)

Il pluralismo dovrebbe garantire accesso a qualunque operatore, senza per questa ragione impedire ad operatori leaders del mercato di essere limitati nell’esercizio del business per una semplice ragione quantitativa. L’offerta è sì positiva quando è plurima, ma rischia di non essere pluralista proprio nel momento in cui limita chi già opera: per questo motivo il rimprovero mosso ad una rete eccedente, di “occupazione indebita” di spazi trasmissivi, è pretestuosa perché viziata da una limitazione intrinseca. Limitazione intrinseca che la Corte lambisce riferendosi ad “obiettivi di interesse generale”<sup>7</sup> che la giustificerebbero, ma che non vengono approfonditi e lasciano un inevitabile gap di incertezza sul tema.

Va tuttavia rilevato che la sentenza della Corte ha richiamato ad un’evidente maggiore attenzione a quelle misure restrittive che nel paese impediscono l’esercizio della libertà di fare impresa.

I risvolti culturali della problematica sollevata da Europa 7 si rispecchiano anche e purtroppo in una scarsa attenzione, nel nostro paese, al merito ed alla responsabilità personale-individuale. E’ certamente desiderabile una maggiore apertura, uno snellimento delle procedure di gara e di regolazione delle concessioni, che in generale agevolino una libertà d’impresa nel campo delle telecomunicazioni, così da creare maggiore offerta per i consumatori stessi. Prendere ad esempio, con un poco di umiltà e lungimiranza, il mercato americano, sarebbe in questo caso consigliabile ed opportuno.

---

<sup>7</sup> Vedi sent. cit., par. 100



## CHI SIAMO

Il Centro Studi e Documentazione Tocqueville-Acton nasce dalla collaborazione tra la **Fondazione Novae Terrae** ed il **Centro Cattolico Liberale** al fine di favorire l'incontro tra studiosi dell'intellettuale francese Alexis de Tocqueville e dello storico inglese Lord Acton, nonché di cultori ed accademici interessati alle tematiche filosofiche, storiografiche, epistemologiche, politiche, economiche, giuridiche e culturali, avendo come riferimento la prospettiva antropologica ed i principi della Dottrina Sociale della Chiesa.

## PERCHÈ TOCQUEVILLE E LORD ACTON

Il riferimento a Tocqueville e Lord Acton non è casuale. Entrambi intellettuali cattolici, hanno perseguito per tutta la vita la possibilità di avviare un fecondo confronto con quella componente del liberalismo che, rinunciando agli eccessi di razionalismo, utilitarismo e materialismo, ha evidenziato la contiguità delle proprie posizioni con quelle tipiche del pensiero occidentale ed in particolar modo con la tradizione ebraico-cristiana.

## MISSION

Il Centro, oltre ad offrire uno spazio dove poter raccogliere e divulgare documentazione sulla vita, il pensiero e le opere di Tocqueville e Lord Acton, vuole favorire e promuovere una discussione pubblica più consapevole ed informata sui temi della concorrenza, dello sviluppo economico, dell'ambiente e dell'energia, delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni, della fiscalità e dei conti pubblici, dell'informazione e dei media, dell'innovazione tecnologica, del welfare e delle riforme politico-istituzionali. A tal fine, il Centro invita chiunque fosse interessato a fornire materiale di riflessione che sarà inserito nelle rispettive aree tematiche del Centro.

Oltre all'attività di ricerca ed approfondimento, al fine di promuovere l'aggiornamento della cultura italiana e l'elaborazione di public policies, il Centro organizza seminari, conferenze e corsi di formazione politica, favorendo l'incontro tra il mondo accademico, quello professionale-imprenditoriale e quello politico-istituzionale.