Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
presentate il 30 marzo 2017 [1]

Causa C-560/15

Europa Way Srl
e
Persidera SpA
contro
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e altri

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato (Italia)]

«Domanda di pronuncia pregiudiziale – Reti e servizi di comunicazione elettronica – Direttive 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/77/CE – Passaggio dalla televisione analogica a quella digitale – Assegnazione di frequenze digitali agli operatori di rete – Nuove frequenze digitali ("dividendo digitale") – Annullamento di una procedura di assegnazione in corso e sua sostituzione con una nuova procedura di gara onerosa combinata con un'asta – Obbligo di eseguire una previa consultazione pubblica – Autorità nazionale di regolamentazione indipendente – Intervento del legislatore nazionale in un procedimento pendente dinanzi all'autorità di regolamentazione»

I. Introduzione

1. Il passaggio dalla televisione analogica a quella digitale ha rappresentato un salto di qualità tecnologico compiuto senza grandi difficoltà nella maggior parte delle famiglie europee. Più problematici sono invece stati, in alcuni luoghi, gli aspetti giuridici di tale trasformazione per gli operatori di rete. In particolare la situazione in Italia ha dato ripetutamente luogo a critiche, sotto il profilo del diritto dell'Unione, con riferimento al pluralismo dei mezzi di informazione e alla concorrenza sul mercato televisivo – critiche che hanno già portato ad un procedimento per inadempimento nei confronti della Repubblica italiana [2] e ad una pronuncia pregiudiziale della Corte [3].

2. Il caso in esame verte non sull'assegnazione di *tutte* le frequenze oggetto di aggiudicazione in occasione del passaggio dalla televisione analogica a quella digitale, bensì unicamente sulla ripartizione di quelle frequenze che erano venute ad aggiungersi in forza del progresso tecnologico e che non erano riservate ex ante agli operatori di rete già attivi sul mercato. Due operatori di rete italiani, la Europa

1 Lingua originale: il tedesco.

2 Procedimento per inadempimento n. 2005/5086 (v. al riguardo i comunicati stampa della Commissione IP/06/1019 del 19 luglio 2006 e IP/07/1114 del 18 luglio 2007); tale procedimento, nell'ambito del quale la Commissione ha emesso, nel luglio del 2007, un parere motivato ai sensi dell'articolo 258, paragrafo 1, TFUE (ex articolo 226, paragrafo 1, CE), non è ad oggi ancora stato concluso.

3 Sentenza del 31 gennaio 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

Way e la Persidera [4], si oppongono in giudizio al fatto che la procedura nazionale di ripartizione di tale «dividendo digitale» [5] sia stata in un primo momento sospesa per ordine del Ministero italiano per lo Sviluppo economico [6], sia stata poi annullata dal legislatore italiano e, infine, sia stata eseguita ex novo a condizioni modificate in maniera sostanziale.

3. La Corte è adesso chiamata a chiarire se e in che misura tali operazioni abbiano costituito un'ingerenza nelle competenze e nell'indipendenza dell'autorità nazionale di regolamentazione dell'Italia, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni [7] (AGCOM). Occorre inoltre esaminare se la nuova procedura di assegnazione, a carattere oneroso, abbia soddisfatto i requisiti del diritto dell'Unione e se nelle imprese interessate fosse sorto, in forza della prima procedura, che non era stata portata a termine, un legittimo affidamento quanto ad un determinato esito del procedimento, il quale è stato disatteso dall'intervento del Ministero e del legislatore.

4. Determinanti ai fini della valutazione di tale problematica sono il «nuovo quadro normativo comune», in vigore dal 2002, composto da diverse direttive del legislatore dell'Unione, nonché i principi generali del diritto dell'Unione.

5. Il presente procedimento nella causa C-560/15 è strettamente connesso al procedimento pregiudiziale nella causa C-112/16, in cui presento parimenti le mie conclusioni in data odierna. È vero che le questioni di diritto sollevate in tale secondo procedimento si riferiscono sostanzialmente alle stesse disposizioni e agli stessi principi di diritto dell'Unione: esse non riguardano tuttavia il dividendo digitale e sollevano per il resto problemi giuridici chiaramente diversi.

II. Contesto normativo

6. Il contesto normativo dell'Unione rilevante per il presente caso è costituito da tre direttive del 2002 sulle reti ed i servizi di comunicazione elettronica, le quali fanno parte tutte del nuovo quadro normativo comune per i servizi di comunicazione elettronica, per le reti di comunicazione elettronica e per le risorse e i servizi correlati: la direttiva quadro (direttiva 2002/21/CE) [8], la direttiva autorizzazioni (direttiva 2002/20/CE) [9] e la direttiva concorrenza (direttiva 2002/77/CE) [10]. Le prime due direttive si applicano nella versione risultante dalla direttiva 2009/140.

4 La Persidera è succeduta alla Telecom Italia Media Broadcasting (TIMB). Prima del passaggio definitivo alla televisione digitale, la TIMB gestiva in Italia due canali televisivi analogici («La 7» e «MTV») e due digitali («TIMB1» e «MBONE»).

5 Sulla nozione di dividendo digitale v. il considerando 26 della direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (GU 2009, L 337, pag. 37, rettifica in GU 2013, L 241, pag. 8); v. inoltre il punto 1 della comunicazione della Commissione europea del 13 novembre 2007, «Trarre il massimo beneficio dal dividendo digitale in Europa: un approccio comune all'uso dello spettro liberato dal passaggio al digitale», COM(2007) 700 definitivo.

6 MiSE.

7 [Nota irrilevante per la versione italiana].

8 Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro) (GU 2002, L 108, pag. 33).

9 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) (GU 2002, L 108, pag. 21).

10 Direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (GU 2002, L 249, pag. 21).

A. Direttiva quadro (direttiva 2002/21)

7. A titolo introduttivo, occorre richiamare per estratto i considerando 6 e 21 della direttiva 2002/21, che così recitano:

«(6) La politica audiovisiva e la regolamentazione dei contenuti perseguono obiettivi di interesse generale, quali la libertà di espressione, il pluralismo dei mezzi di informazione, l'imparzialità, la diversità culturale e linguistica, l'inclusione sociale, la protezione dei consumatori e la tutela dei minori. (…)

(…)

(21) 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 (…)».

8. A titolo integrativo, occorre fare riferimento al considerando 13 della direttiva 2009/140, con il quale è stata modificata, inter alia, la direttiva 2002/21. Tale considerando così recita:

«(13) È opportuno rafforzare l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione 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'autorità nazionale di regolamentazione 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 autorità nazionale di regolamentazione (…)».

9. Secondo la definizione contenuta all'articolo 2, lettera g) della direttiva 2002/21, ai fini di tale direttiva 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».

10. L'articolo 3 della direttiva 2002/21, rubricato «Autorità nazionali di regolamentazione», così recita per estratto:

«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 (…)

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.

(…)».

11. L'articolo 6 della direttiva 2002/21, intitolato «Meccanismo di consultazione e di trasparenza», stabilisce quanto segue:

«Fatti salvi i casi che rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 7, paragrafo 9, e degli articoli 20 o 21, gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione, quando intendono adottare misure in applicazione della presente direttiva o delle direttive particolari o quando intendono imporre limitazioni conformemente all'articolo 9, paragrafi 3 e 4, che abbiano un impatto rilevante sul relativo mercato, diano alle parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misura entro un termine ragionevole.

Le autorità nazionali di regolamentazione rendono pubbliche le procedure che applicano ai fini della consultazione.

Gli Stati membri garantiscono la creazione di un unico punto d'informazione attraverso il quale si possa accedere a tutte le consultazioni in corso.

Il risultato della procedura di consultazione deve essere reso pubblicamente disponibile attraverso l'autorità di regolamentazione nazionale, salvo nel caso di un'informazione riservata, nel rispetto della legislazione comunitaria e nazionale sulla riservatezza in campo commerciale».

12. L'articolo 8 della direttiva 2002/21, intitolato «Obiettivi generali e principi dell'attività di regolamentazione», ai paragrafi 1 e 2, stabilisce, inter alia, quanto segue:

«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.

(…)

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:

(…)

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».

13. Infine, l'articolo 9 della direttiva 2002/21 contiene le seguenti disposizioni sulla «Gestione delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica»:

«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.

(…)

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;

(…)

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.

(…)».

B. Direttiva autorizzazioni (direttiva 2002/20)

14. L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/20 disciplina nei seguenti termini l'«Autorizzazione generale per le reti e i servizi di comunicazione elettronica»:

«Gli Stati membri garantiscono la libertà di fornire reti e servizi di comunicazione elettronica, fatte salve le condizioni stabilite nella presente direttiva (…)».

15. L'articolo 5 della direttiva 2002/20 contiene, inter alia, le seguenti disposizioni in materia di «Diritti d'uso delle radiofrequenze e dei numeri»:

«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.

(…)

4. (…)

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 (…)».

16. In ordine alla «Procedura per limitare il numero dei diritti d'uso da concedere per le frequenze radio», l'articolo 7 della direttiva 2002/20 dispone quanto segue:

«1. 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:

(…)

b) [c]oncede 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);

(…)

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.

(…)».

C. Direttiva concorrenza (direttiva 2002/77)

17. L'articolo 2 della direttiva 2002/77 è rubricato «Diritti esclusivi e speciali relativi alle reti di comunicazione elettronica e ai servizi di comunicazione elettronica» e contiene, inter alia, le seguenti disposizioni:

«(…)

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.

(…)

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.

(…)».

18. Infine, all'articolo 4 della direttiva 2002/77, figurano le seguenti disposizioni in ordine ai «Diritti relativi all'uso di frequenze»:

«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:

(…)

2) l'attribuzione delle frequenze radio per i servizi di comunicazione elettronica si fonda su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati».

III. Fatti e procedimento principale

19. Il passaggio dalla televisione analogica a quella digitale in Italia ha reso necessaria una procedura di assegnazione delle nuove frequenze di trasmissione digitali, le quali sono caratterizzate da una potenza più elevata rispetto a quelle analogiche [11]. A tal fine, il 7 aprile 2009, la AGCOM ha adottato la delibera 181/09/CONS [12], nella quale ha fissato i criteri per la digitalizzazione completa delle reti terrestri e, al contempo, un meccanismo per l'aggiudicazione delle relative frequenze da assegnare. Tale delibera è stata emessa nella pendenza di un procedimento per inadempimento [13], con il quale la Commissione europea ingiungeva all'Italia di non privilegiare, in sede di assegnazione delle sue frequenze digitali, i fornitori di canali televisivi analogici già attivi sul mercato.

20. Veniva da quel momento prevista l'assegnazione di frequenze digitali sotto forma di 21 cosiddetti multiplex ai fini della trasmissione terrestre a livello nazionale [14]. Un multiplex consente la combinazione di diversi segnali audio, video e di dati in un flusso di dati comune, tramite il quale viene ottimizzato lo sfruttamento delle frequenze e delle linee a disposizione.

21. Al fine di garantire un'equa ripartizione di questi multiplex digitali, la quale prendesse in considerazione non solo gli operatori che fino a quel momento avevano gestito canali televisivi analogici, bensì anche coloro che già in precedenza avevano investito nella creazione di reti digitali, nonché, inoltre, coloro che intendevano entrare in tale mercato, le 21 unità sono state suddivise in tre gruppi, con criteri di assegnazione diversi. Oltre a ciò, quale soglia massima, veniva stabilito che nessun operatore di rete potesse disporre da solo, complessivamente, di più di cinque multiplex: un siffatto numero massimo di cinque multiplex era stato sollecitato anche dalla Commissione nel procedimento per inadempimento.

22. In concreto, l'assegnazione dei suddetti 21 multiplex doveva essere effettuata come segue:

– In un *primo gruppo*, otto multiplex erano riservati alla trasformazione delle reti televisive analogiche esistenti in reti televisive digitali. Ciò doveva avvenire sulla base di un'equa assegnazione, la quale avrebbe dovuto tenere conto della continuità dell'offerta televisiva. Ad ogni fornitore di televisione analogica operante fino a tale momento doveva pertanto essere assegnato perlomeno un multiplex, ma i fornitori con più canali analogici dovevano ricevere ciascuno un multiplex in meno rispetto al numero dei loro canali analogici. In tal modo, inter alia, la Rai e Mediaset, ognuna delle quali fino a quel momento avevano gestito tre canali televisivi analogici, ricevevano due multiplex ciascuna, mentre la TIMB, che fino a quel momento aveva detenuto due canali televisivi analogici, otteneva, da parte sua, un multiplex; Rete A e altri due operatori di rete ricevevano parimenti un multiplex ciascuno.

– In un *secondo gruppo*, otto multiplex dovevano essere assegnati a quegli operatori di rete che avevano investito nella creazione di reti digitali. La Rai, Mediaset e la TIMB ricevevano pertanto due ulteriori multiplex ciascuna, mentre Rete A e un altro operatore di rete ottenevano un multiplex ciascuno.

11 Uno dei grandi vantaggi della televisione digitale risiede nel fatto che – diversamente che nel caso della televisione analogica – su una stessa frequenza possono essere trasmessi più canali.

12 Tale delibera ha acquistato forza di legge tramite il decreto legge n. 59/2008 e la legge n. 101/2008.

13 V. supra, nota 2.

14 Talune parti nel procedimento parlano di un totale di 22 multiplex e il giudice del rinvio, nella sua quarta questione (v.. infra, paragrafo 29 delle presenti conclusioni), fa addirittura riferimento a 25 o, rispettivamente, a 22 «reti». Tali divergenze possono tuttavia essere accantonate ai fini del presente procedimento pregiudiziale. Non da ultimo per ragioni di coerenza con i fatti, quali comunicati dalla Corte nella causa C-112/16, continuo a riferirmi, nelle presenti considerazioni, alla cifra 21.

– In un *terzo gruppo* i restanti cinque multiplex, denominati anche «dividendo digitale» [15], dovevano infine essere assegnati, quali nuove frequenze supplementari, sulla scorta di criteri oggettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori.

23. Nel caso in esame, la controversia di cui al procedimento principale riguarda soltanto una parte di tali multiplex, e segnatamente quelli del terzo gruppo. Essi dovevano essere originariamente assegnati gratuitamente e tramite una procedura di gara, il cosiddetto «*beauty contest*» [16], agli operatori più idonei. Le regole di tale procedura di gara venivano approvate definitivamente dall'AGCOM, a seguito di consultazione pubblica, con la delibera 497/10/CONS del 22 settembre 2010.

24. La procedura di gara vera e propria iniziava con la pubblicazione del bando in data 8 luglio 2011 e prevedeva un termine con scadenza il 7 settembre 2011 per la presentazione delle domande. La Europa Way presentava domanda per un multiplex, per il quale, oltre ad essa, nessun'altra impresa aveva fatto domanda. La Persidera (già TIMB), da parte sua, faceva domanda, da sola o in concorso con altri operatori [17], per un totale di tre multiplex.

25. Tuttavia, ancor prima dell'attribuzione delle licenze, il Ministero italiano dello Sviluppo economico, con decreto del 20 gennaio 2012, sospendeva tale procedura di gara non onerosa. Successivamente veniva emesso il decreto legge n. 16/2012 [18], il cui articolo 3 quinquies [19], da un lato, annullava la gara non onerosa già sospesa e, dall'altro, prevedeva una nuova assegnazione delle frequenze tramite una gara pubblica onerosa sulla base di un procedimento che l'AGCOM avrebbe dovuto organizzare entro i 120 giorni successivi. Ai partecipanti alla procedura di gara non onerosa che non era stata portata a termine veniva inoltre riconosciuto un indennizzo.

26. L'11 aprile 2013, pertanto, l'AGCOM – ancora una volta a seguito di consultazione pubblica e dopo aver consultato la Commissione europea – adottava la delibera 277/13/CONS, che prevedeva le regole per la nuova procedura di gara. In tale delibera veniva fissato, inter alia, a tre il numero dei multiplex digitali da assegnare, e veniva sancita l'esclusione dalla gara degli operatori di rete già in possesso di tre o più multiplex.

27. La nuova procedura veniva infine avviata con la pubblicazione del bando del 12 febbraio 2014. Ad essa partecipava un unico operatore del mercato, la Cairo Network [20], al quale, il 31 luglio 2014, veniva aggiudicato un multiplex. Né la Europa Way né la Persidera partecipavano alla nuova gara. Come risulta dal fascicolo, ciò era dovuto, nel caso della Persidera, al fatto che tale impresa deteneva comunque già più di tre multiplex.

28. La Europa Way e la Persidera hanno impugnato il provvedimento che aveva annullato la prima procedura di gara dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio [21] (TAR), tuttavia senza successo [22]. La controversia è attualmente pendente dinanzi al Consiglio di Stato [23], giudice del rinvio, a seguito di appello proposto dalla Europa Way e dalla Persidera.

15 Sulla nozione di dividendo digitale v. supra, nota 5.

16 [Lett.:] «Concorso di bellezza».

17 Come risulta dal fascicolo, la Persidera ha presentato domande congiunte rispettivamente con la Rai e con la Elettronica Industriale (Mediaset) per due lotti nell'ambito della gara.

18 Tale decreto legge è stato convertito in legge con la legge n. 44/2012.

19 In particolare la disposizione di cui all'articolo 3 quinquies è stata introdotta dal Parlamento italiano stesso, segnatamente nell'ambito di procedimento di conversione in legge di tale decreto legge.

20 La Cairo Network gestisce attualmente in Italia il canale televisivo «La 7».

21 [Nota irrilevante per la versione italiana].

22 V., al riguardo, le sentenze n. 9981/2014 e n. 9982/2014 del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio del 25 settembre 2014.

23 [Nota irrilevante per la versione italiana].

IV. Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

29. Con ordinanza dell'11 giugno 2015, pervenuta alla Corte il 30 ottobre 2015, il Consiglio di Stato ha sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali ai sensi dell'articolo 267 TFUE:

1) Se l'intervento normativo contestato e i conseguenti atti applicativi hanno o meno violato le regole secondo le quali le funzioni di regolamentazione del mercato televisivo spettano ad una autorità amministrativa indipendente (articoli 3 ed 8 della [direttiva 2002/21], come modificata dalla [direttiva 2009/140]);

2) se l'intervento normativo contestato e i conseguenti atti applicativi hanno o meno violato le disposizioni (articolo 7 della [direttiva 2002/20], e articolo 6 della [direttiva 2002/21]) che prevedono il previo svolgimento di una consultazione pubblica da parte dell'Autorità indipendente nazionale di regolamentazione del settore;

3) se il diritto dell'Unione europea, in particolare, l'articolo 56 TFUE, l'articolo 9 della [direttiva 2002/21], gli articoli 3, 5 e 7 della [direttiva 2002/20], e gli articoli 2 e 4 della [direttiva 2002/77], nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità, effettività e pluralismo dell'informazione, osta all'annullamento della procedura di *beauty contest* – che era stata indetta per rimediare, nel sistema dell'assegnazione delle frequenze digitali televisive, all'illegittima esclusione di operatori del mercato e per consentire l'accesso degli operatori minori – ed alla sua sostituzione con altra procedura di gara onerosa, laddove ha previsto l'imposizione ai partecipanti di requisiti ed obblighi non richiesti in precedenza agli *incumbents*, rendendo oneroso e diseconomico il confronto concorrenziale;

4) se il diritto dell'Unione europea, in particolare, l'articolo 56 TFUE, l'articolo 9 della [direttiva 2002/21], gli articoli 3, 5 e 7 della [direttiva 2002/20], gli articoli 2 e 4 della [direttiva 2002/77], e l'articolo 258 del TFUE, nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità, effettività e pluralismo dell'informazione, osta alla riconfigurazione del Piano di assegnazione delle frequenze, con la riduzione delle reti nazionali da 25 a 22 (e la conservazione agli *incumbents* della stessa disponibilità di mux), la riduzione dei lotti di gara a 3 mux, l'assegnazione di frequenze in banda VHF-III a rischio di forti interferenze;

5) se la tutela del principio del legittimo affidamento, così come elaborato dalla Corte di giustizia, sia compatibile con l'annullamento della procedura di *beauty contest* che non ha consentito alle appellanti, già ammesse alla procedura gratuita, di risultare sicure aggiudicatarie di alcuni dei lotti oggetto della gara;

6) se la normativa dell'Unione in materia di assegnazione dei diritti di uso delle frequenze (articoli 8 e 9 della [direttiva 2002/21], articoli 5 e 7 della [direttiva 2002/20], articoli 2 e 4 della [direttiva 2002/77]) sia compatibile con l'emanazione di una disposizione, come quella di cui all'articolo 3 quinquies del d.l. n. 16 del 2012, che è distonica rispetto alle caratteristiche proprie del mercato radiotelevisivo.

30. La Europa Way, la Persidera, la Rai, la Elettronica Industriale [24], la Cairo Network, il governo italiano e la Commissione europea hanno partecipato alla fase scritta del procedimento dinanzi alla Corte. Le medesime parti erano rappresentate anche all'udienza del 2 febbraio 2017, la quale ha avuto luogo immediatamente prima di quella nella causa C-112/16.

24 La Elettronica Industriale fa parte del gruppo Mediaset. L'impresa ha presentato osservazioni dinanzi alla Corte unicamente in relazione alla seconda, alla terza e alla quarta questione pregiudiziale.

V. Valutazione

A. Ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

31. Per quanto attiene alla ricevibilità della presente domanda di pronuncia pregiudiziale, non occorre esaminare in dettaglio la critica mossa dalla Elettronica Industriale, secondo la quale il giudice del rinvio ha investito la Corte direttamente di questioni concernenti la compatibilità del diritto nazionale – e in particolare dell'articolo 3 quinquies del decreto legge n. 16/2012 – con il diritto dell'Unione. Al riguardo, è sufficiente osservare che la Corte non è effettivamente competente a pronunciarsi, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, sulla compatibilità di una normativa nazionale con il diritto dell'Unione, né a interpretare disposizioni legislative o regolamentari nazionali. Tuttavia, nulla le impedisce, in presenza di questioni pregiudiziali così formulate, di fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi utili per l'interpretazione del diritto dell'Unione, che consentano a quest'ultimo di statuire sulla causa principale [25].

32. Nel prosieguo procederò ad esaminare alcune ulteriori eccezioni di irricevibilità sollevate dalle parti nel procedimento. Tutte tali eccezioni riguardano le informazioni che è legittimo attendersi da un giudice del rinvio nella sua ordinanza di rinvio.

33. A norma dell'articolo 94 del regolamento di procedura della Corte [26], la domanda di pronuncia pregiudiziale contiene, oltre al testo della questione sottoposta, le indicazioni necessarie sul contesto di fatto e di diritto della controversia principale. Il giudice del rinvio deve inoltre illustrare il collegamento che sussiste tra le disposizioni di diritto dell'Unione da interpretare e la controversia principale e indicare i motivi che lo inducono a interrogarsi sull'interpretazione o la validità delle disposizioni di cui trattasi. In base alla giurisprudenza, le indicazioni sul contesto di fatto e di diritto assumono particolare importanza nell'ambito dei procedimenti vertenti sul diritto in materia di concorrenza [27].

1. Irrilevanza delle disposizioni di diritto primario

34. Anzitutto, la domanda di pronuncia pregiudiziale non contiene, nel caso in esame, alcuna precisazione che consenta di stabilire in che misura le disposizioni del diritto primario di cui agli articoli 56 e 258 TFUE siano rilevanti ai fini della soluzione della controversia principale.

35. In particolare in relazione all'articolo 56 TFUE occorre osservare che tutti gli elementi della controversia principale sono circoscritti al territorio di un solo Stato membro, e che nel caso in esame il giudice del rinvio non intende fare ricorso – diversamente che a suo tempo nella causa Centro Europa 7 – al divieto di discriminazione a danno di cittadini nazionali figurante nella Costituzione italiana [28]. Non è dunque chiaro in che termini la Corte possa contribuire, con la richiesta interpretazione dell'articolo 56 TFUE, alla soluzione della controversia di cui al procedimento principale.

25 Giurisprudenza costante; v., ex multis, sentenza del 31 gennaio 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, punti da 49 a 51).

26 La Corte ha sottolineato la necessità di rispettare l'articolo 94 del regolamento di procedura, ad esempio, nell'ordinanza del 12 maggio 2016, Security Service e a. (da C-692/15 a C-694/15, EU:C:2016:344, punto 18). Già in precedenza, in una giurisprudenza costante, sono state formulate, per le domande di pronuncia pregiudiziale, condizioni di ricevibilità analoghe nel contenuto; v., ex multis, sentenze del 24 aprile 2012, Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, punto 42), e del 21 dicembre 2016, Vervloet e a. (C-76/15, EU:C:2016:975, punti 56 e 57).

27 In tal senso l'ordinanza dell'8 ottobre 2002, Viacom (C-190/02, EU:C:2002:569, punti 21 e 22), nonché le sentenze del 26 gennaio 1993, Telemarsicabruzzo e a. (da C-320/90 a C-322/90, EU:C:1993:26, punto 7); del 31 gennaio 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, punto 58); del 21 novembre 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, punto 20), e del 13 febbraio 2014, Airport Shuttle Express e a. (C-162/12 e C-163/12, EU:C:2014:74, punto 38).

28 Sentenza del 31 gennaio 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, punti da 64 a 71, in particolare punto 69).

36. In relazione all'articolo 258 TFUE, è sufficiente rilevare che si tratta di una mera disposizione procedurale applicabile ai procedimenti per inadempimento svolti in seno alla Commissione e dinanzi alla Corte, dalla quale non sono desumibili prescrizioni di natura procedurale o sostanziale in relazione all'assegnazione di frequenze televisive da parte di autorità nazionali. Potrebbe teoricamente essere rilevante l'obbligo, incombente agli Stati membri, di dare esecuzione alle sentenze della Corte in un procedimento per inadempimento ai sensi dell'articolo 260, paragrafo 1, TFUE; tuttavia, in relazione all'assegnazione delle frequenze televisive in Italia non è ancora stata emessa una siffatta sentenza per inadempimento.

37. La Corte può esaminare in maniera sufficiente, nell'ambito delle proprie considerazioni relative alle tre direttive 2002/20, 2002/21 e 2002/77, eventuali obblighi della Repubblica italiana di creare una situazione conforme al diritto dell'Unione sul mercato televisivo alla luce della sentenza Centro Europa 7 [29], nella misura in cui il giudice del rinvio, menzionando l'articolo 258 TFUE, fa riferimento a tali obblighi [30]; un'interpretazione separata dell'articolo 258 o dell'articolo 260 TFUE non è al riguardo necessaria.

38. Di conseguenza, la terza e la quarta questione pregiudiziale devono essere dichiarate irricevibili, nella misura in cui sono intese all'interpretazione degli articoli 56 e 258 TFUE.

2. Indicazioni insufficienti in relazione a singole questioni pregiudiziali

39. Resta inoltre da verificare se la domanda di pronuncia pregiudiziale debba eventualmente essere dichiarata irricevibile in quanto essa contiene indicazioni insufficienti sul contesto di fatto e di diritto, nonché sulla rilevanza di alcune delle questioni sottoposte dal giudice del rinvio. Secondo l'Italia, siffatte indicazioni difettano in relazione alla terza, alla quarta e alla sesta questione. L'Elettronica Industriale, da parte sua, ritiene che siano la seconda, la terza e la quarta questione a non essere chiarite in maniera sufficiente.

40. Mi sembra opportuno, in relazione a tali censure di irricevibilità, un approccio sfumato.

41. Da un lato, è chiaro che il Consiglio di Stato è tenuto a valutare, nella controversia di cui al procedimento principale, la legittimità dell'intervento del legislatore italiano in un procedimento in corso dell'AGCOM inteso alla ripartizione del dividendo digitale sul mercato televisivo. Tale problematica viene esposta nell'ordinanza di rinvio in maniera comprensibile; in particolare viene illustrato al riguardo, con sufficiente precisione, il contesto di fatto e di diritto, ed è pacifica anche la rilevanza delle questioni pregiudiziali ad esso riferite (questioni dalla prima alla quinta). Di conseguenza, la Corte può offrire al giudice del rinvio, in tal caso, tutte le indicazioni utili che consentano a quest'ultimo di risolvere, sotto il profilo del diritto dell'Unione, la controversia di cui al procedimento principale.

42. Dall'altro lato, nelle questioni pregiudiziali vengono menzionate circostanze in relazione alle quali la Corte non può validamente esprimere, neanche alla più benevola delle letture, il suo punto di vista, in quanto la domanda di pronuncia pregiudiziale è priva al riguardo delle benché minime precisazioni. Si tratta, da un lato, del rinvio del Consiglio di Stato all'«assegnazione di frequenze in banda VHF-III a rischio di forti interferenze» (quarta questione), e, dall'altro, della sua valutazione per cui il contenuto dell'articolo 3 quinquies del decreto legge n. 16/2012 sarebbe «distonic[o] rispetto alle caratteristiche proprie del mercato radiotelevisivo» (sesta questione).

29 Sentenza del 31 gennaio 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

30 Un procedimento per inadempimento pendente della Commissione (v. al riguardo supra, nota 2) non determina ancora, in quanto tale, il sorgere di un obbligo giuridico dello Stato membro di adottare misure nazionali, fintantoché la Corte non abbia dichiarato con sentenza un inadempimento o non abbia adottato con ordinanza provvedimenti provvisori.

43. In tali circostanze, ritengo che la quarta questione sia parzialmente irricevibile e che la sesta questione sia irricevibile in toto.

3. Conclusione intermedia

44. Alla luce di quanto precede, la terza e la quarta questione sono parzialmente irricevibili; inoltre, la sesta questione è irricevibile in toto. Per il resto, la domanda di pronuncia pregiudiziale deve essere considerata ricevibile.

B. Valutazione nel merito delle questioni pregiudiziali

45. L'ampia serie di questioni sollevate dal Consiglio di Stato ruota in sostanza intorno ad un'unica tematica: occorre chiarire se l'intervento del Ministero dello Sviluppo economico e del legislatore italiano in un procedimento pendente dinanzi all'autorità nazionale di regolamentazione e inteso all'assegnazione gratuita di frequenze televisive, accompagnato dall'ordine di eseguire una nuova procedura di assegnazione onerosa, fosse compatibile con il diritto dell'Unione. In sostanza, il giudice del rinvio chiede se il legislatore italiano abbia violato diversi requisiti procedurali e sostanziali del nuovo quadro normativo comune, e in particolare il principio dell'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione sancito dal diritto dell'Unione e il principio di tutela del legittimo affidamento.

46. In primo luogo, esaminerò la problematica dell'intervento delle autorità statali in un procedimento in corso, sulla quale era focalizzato l'interesse tanto nella fase scritta quanto nella fase orale del procedimento dinanzi alla Corte (v. al riguardo infra, sezione 1). In secondo luogo, mi dedicherò ad alcune ulteriori questioni procedurali sollevate dal giudice del rinvio e dalle parti nel procedimento (v. al riguardo più avanti, sezione 2). In terzo ed ultimo luogo, analizzerò infine i requisiti sostanziali relativi alla seconda gara (v. al riguardo in fine, sezione 3).

1. Sull'intervento delle autorità statali in un procedimento in corso dell'autorità nazionale di regolamentazione (prima e quinta questione pregiudiziale)

47. Sulla problematica dell'intervento delle autorità statali in un procedimento in corso dell'autorità nazionale di regolamentazione AGCOM vertono due questioni sollevate dal giudice del rinvio: da un lato, la quinta questione, concernente il principio di tutela del legittimo affidamento (v. al riguardo più avanti, sezione b) e, dall'altro, la prima questione, concernente le competenze di un'autorità nazionale di regolamentazione (v. infra, sezione a). Premetto che il modus operandi del Ministro italiano per lo Sviluppo economico e del legislatore italiano nel caso di specie è censurabile non tanto sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento, quanto piuttosto con riguardo all'indipendenza dell'autorità nazionale di regolamentazione garantita dal diritto dell'Unione.

a) La violazione dell'indipendenza dell'autorità nazionale di regolamentazione (prima questione)

48. Il principio dell'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione, richiamato dal giudice del rinvio nella sua prima questione, riveste un'importanza fondamentale nel nuovo quadro normativo comune, in particolare a seguito delle modifiche dei testi normativi dell'Unione apportate con la direttiva 2009/140. L'istituzione di autorità di regolamentazione indipendenti è intesa infatti ad assicurare la realizzazione duratura, nel settore delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, di un autentico mercato interno, nel quale vengano garantite l'apertura del mercato e la leale concorrenza e venga rafforzato, quale uno dei valori fondamentali per la convivenza in una società democratica, il pluralismo dei mezzi di informazione (v. anche articolo 11, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali).

49. Di conseguenza, gli Stati membri sono espressamente obbligati a garantire l'indipendenza delle loro autorità nazionali di regolamentazione [31] (articolo 3, paragrafo 2, e 3 bis della direttiva 2002/21, nonché considerando 13 della direttiva 2009/140). Espressione di siffatta indipendenza è, non da ultimo, il fatto che le autorità nazionali di regolamentazione, pur potendo essere assoggettate a supervisione (articolo 3, paragrafo 3 bis, seconda frase), non possono tuttavia accettare istruzioni nell'esercizio dei compiti loro affidati (articolo 3, paragrafo 3 bis, prima frase) e le loro decisioni possono essere sospese o confutate, a seguito di un concreto ricorso, solo dagli organi di ricorso competenti (articolo 3, paragrafo 3 bis, terza frase, della direttiva 2002/21).

50. Con la sospensione, disposta dal Ministero per lo Sviluppo economico, della prima procedura di assegnazione delle frequenze, gratuita, della AGCOM, e con il successivo annullamento di detta procedura da parte del legislatore italiano tramite l'articolo 3 quinquies del decreto legge n. 16/2012, due autorità statali, prive di legittimazione al riguardo in forza del nuovo quadro normativo comune, sono intervenute in un procedimento in corso dell'autorità nazionale di regolamentazione. In particolare, né il Ministero né il legislatore hanno agito, nel caso in esame, quali autorità competenti preposte alla supervisione (articolo 3, paragrafo 3 bis, seconda frase, della direttiva 2002/21) oppure quali organi di ricorso competenti su un concreto ricorso (articolo 3, paragrafo 3 bis, terza frase, della direttiva 2002/21). Piuttosto, entrambe le autorità hanno influito sul corso del procedimento dall'esterno e, per quanto è dato vedere, sulla scorta di mere considerazioni di natura politica. Tuttavia, l'attività di un'autorità nazionale di regolamentazione deve essere tutelata, secondo lo spirito del nuovo quadro normativo comune, proprio rispetto ad un siffatto intervento per motivi politici di soggetti esterni (v. al riguardo, ancora, la seconda frase del considerando 13 della direttiva 2009/140).

51. Segnalo, soltanto a margine, che il caso in esame non è in alcun modo equiparabile alle cause in cui la Corte ha riconosciuto la possibilità di revocare una procedura di gara, senza che tale possibilità sia limitata a casi eccezionali o debba essere fondata su motivi gravi [32]. Infatti, in quelle sentenze, che riguardano tutte il settore degli appalti pubblici, le procedure di gara controverse erano state ogni volta revocate dall'amministrazione aggiudicatrice stessa, vale a dire proprio dall'autorità che aveva condotto sotto la propria responsabilità il procedimento di cui trattasi e non – come nel caso di specie – da un altro organismo, esterno.

52. In sintesi, un modus operandi come quello del Ministero italiano per lo Sviluppo economico e del legislatore italiano, con il quale un procedimento in corso dell'autorità nazionale di regolamentazione viene in un primo momento sospeso e successivamente annullato, comporta dunque una violazione dell'indipendenza di tale autorità di regolamentazione.

b) Il principio di tutela del legittimo affidamento sancito dal diritto dell'Unione (quinta questione)

53. A titolo integrativo rispetto alla prima questione, testé analizzata, la quinta questione è volta a chiarire se lo Stato italiano, con l'annullamento della prima procedura, non portata a termine, intesa ad assegnare le frequenze televisive del dividendo digitale, abbia violato il principio di tutela del legittimo affidamento, sancito dal diritto dell'Unione.

31 La portata di tale indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione viene indicata in modo esemplare dalla sentenza del 3 dicembre 2009, Commissione/Germania (C-424/07, EU:C:2009:749, in particolare punti 83, 91, 94, 99 e 106), nella quale la Corte sottolinea più volte il potere discrezionale di tali autorità e la loro competenza a ponderare i diversi obiettivi della regolamentazione.

32 Sentenze del 16 settembre 1999, Fracasso e Leitschutz (C-27/98, EU:C:1999:420, punto 25); del 18 giugno 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punto 40), e dell'11 dicembre 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, punto 31).

54. Come già sottolineato a più riprese dalla Corte, il principio di tutela del legittimo affidamento fa parte dei principi fondamentali dell'Unione [33]. Il diritto di avvalersi utilmente di tale principio spetta tuttavia unicamente a colui al quale sono state fornite rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili [34].

55. Una situazione del genere non ricorre manifestamente nella specie. Ai partecipanti alla prima gara, successivamente annullata, non è infatti stata fornita alcuna assicurazione, da parte delle autorità italiane competenti, da cui si potesse desumere che a tali imprese sarebbero state assegnate determinate frequenze televisive provenienti dal dividendo digitale. In particolare, la mera circostanza che l'offerta di un partecipante sia stata dichiarata ammissibile, non costituisce ancora, contrariamente ad un parere espresso in udienza, un'affermazione affidabile sulla possibilità di tale partecipante di risultare aggiudicatario alla fine del procedimento.

56. È possibile che alcuni degli interessati – in particolare l'Europa Way, l'unica ad essersi candidata per uno dei multiplex di cui trattasi – abbiano seriamente nutrito a loro tempo speranze in un'aggiudicazione. Tuttavia, fino alla conclusione della procedura di gara e all'assegnazione delle frequenze, tali mere speranze non potevano assurgere ad una legittima aspettativa quanto ad un determinato esito del procedimento. La partecipazione ad un procedimento, infatti, non costituisce ancora, di per sé, alcuna garanzia e non fonda un legittimo affidamento sul fatto di uscire vittorioso dal medesimo.

57. Di conseguenza, in un caso come quello in esame, non possono essere utilmente invocate eventuali censure fondate sul principio di tutela del legittimo affidamento sancito dal diritto dell'Unione.

2. Su taluni ulteriori problemi procedurali (seconda questione pregiudiziale)

58. La seconda questione, ma anche determinati aspetti della prima questione del Consiglio di Stato, affrontano taluni requisiti procedurali del nuovo quadro normativo comune. Esse sono intese a chiarire se, con una misura legislativa come l'articolo 3 quinquies del decreto legge n. 16/2012 sia stato violato il requisito, previsto dal diritto dell'Unione, del previo svolgimento di una consultazione pubblica (v. al riguardo infra, sezione a), nonché se il legislatore italiano, in tale occasione, abbia svolto funzioni di regolamentazione riservate, nel nuovo quadro normativo comune, alle autorità nazionali di regolamentazione (v. al riguardo di seguito alla sezione b).

a) Il requisito della previa consultazione pubblica

59. La consultazione pubblica cui fa riferimento il Consiglio di Stato nella seconda questione pregiudiziale è prevista ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera b) della direttiva 2002/20 in combinato disposto con l'articolo 6 della direttiva 2002/21 per il caso in cui uno Stato membro valuti se limitare il numero dei diritti d'uso da concedere per le radiofrequenze. Devono essere consultate tutte le parti interessate, compresi gli utenti e i consumatori.

33 Sentenze del 5 maggio 1981, Dürbeck (112/80, EU:C:1981:94, punto 48), e del 24 marzo 2011, ISD Polska e a. (C-369/09 P, EU:C:2011:175, punto 122).

34 Sentenze del 14 giugno 2016, Marchiani/Parlamento (C-566/14 P, EU:C:2016:437, punto 77), e del 19 luglio 2016, Kotnik e a. (C-526/14, EU:C:2016:570, punto 62); v. inoltre sentenze del 22 giugno 2006, Belgio e Forum 187/Commissione (C-182/03 e C-217/03, EU:C:2006:416, punto 147), e del 16 dicembre 2008, Masdar (UK)/Commissione (C-47/07 P, EU:C:2008:726, punti 81 e 86).

60. È pacifico che la seconda, nuova gara aveva in definitiva ad oggetto, rispetto alla prima gara, annullata, un numero inferiore di frequenze televisive, e segnatamente solo tre multiplex digitali invece dei cinque originariamente banditi. Ha pertanto avuto luogo una limitazione del numero dei diritti d'uso da concedere per le frequenze radio ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2002/20, che ha reso necessaria una consultazione pubblica ai sensi dell'articolo 6 della direttiva 2002/21.

61. Tuttavia, come risulta dal fascicolo e come è stato confermato in udienza, tale limitazione numerica dei multiplex di cui era prevista l'assegnazione è stata posta in essere non dal legislatore italiano stesso, tramite l'articolo 3 quinquies del decreto legge n. 16/2012, bensì dall'AGCOM al momento della concreta esecuzione della seconda procedura di gara.

62. Diversamente da quanto sembra ritenere la Commissione, neanche nell'imposizione, da parte del legislatore, dell'onerosità della nuova assegnazione di frequenze è ravvisabile una limitazione del *numero* delle frequenze disponibili, sola ipotesi in relazione alla quale l'articolo 7, paragrafo 1, lettera b) della direttiva 2002/20 prevede un obbligo di consultazione ai sensi dell'articolo 6 della direttiva 2002/21.

63. Di conseguenza, nella specie, l'obbligo di consultazione ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera b) della direttiva 2002/20 in combinato disposto con l'articolo 6 della direttiva 2002/21 incombe non al legislatore, bensì unicamente all'AGCOM, la quale – stando a quanto emerge dall'esposizione dei fatti contenuta nell'ordinanza di rinvio – ha assolto a tale obbligo prima di adottare la delibera 277/13/CONS [35].

64. Pertanto, non vi è nulla che indichi una violazione del suddetto obbligo di consultazione sancito dal diritto dell'Unione.

b) Il presunto esercizio di funzioni di regolamentazione da parte del legislatore nazionale

65. In relazione alla prima questione pregiudiziale, occorre inoltre verificare se il legislatore italiano, ordinando una nuova procedura di gara, onerosa, abbia svolto esso stesso le funzioni di un'attività nazionale di regolamentazione.

66. Un siffatto modus operandi sarebbe ammesso solo entro limiti molto ristretti, come evidenziato dalla Corte nella sentenza Base e a. [36]. Ancora più ridotto, se non addirittura inesistente, dovrebbe essere il potere discrezionale previsto dal diritto dell'Unione per l'esercizio delle funzioni di regolamentazione da parte del legislatore dell'Unione a partire dall'entrata in vigore della direttiva di modifica 2009/140, nel cui preambolo viene chiarito che ad «un organo legislativo nazionale [è impedito] deliberare in quanto autorità nazionale di regolamentazione», sussistendo altrimenti il rischio di una pressione politica e di un intervento esterno sull'esercizio delle funzioni di regolamentazione [37].

35 V. al riguardo supra, paragrafo 26 delle presenti conclusioni.

36 V., al riguardo, la sentenza del 6 ottobre 2010, Base e a. (C-389/08, EU:C:2010:584, punti da 26 a 30).

37 Considerando 13, terza frase, della direttiva 2009/140.

67. La nozione di *funzioni di regolamentazione* che devono essere svolte dall'autorità o dalle autorità nazionali di regolamentazione [v. articolo 2, lettera g), della direttiva 2002/21] [38], non è definita in termini generali in nessun punto delle direttive del nuovo quadro normativo comune. È tuttavia chiaro che in nessun modo *tutti* i compiti e gli obblighi che devono essere assolti in forza di tale quadro normativo a livello nazionale debbano essere necessariamente trasferiti alle autorità di regolamentazione.

68. È vero che nelle direttive sono ravvisabili numerose disposizioni che hanno ad oggetto in maniera specifica l'attività delle autorità nazionali di regolamentazione e le funzioni loro riservate (v., ex multis, articolo 3, paragrafi 1, 3 e 3 bis, articolo 6, paragrafo 1 e articolo 8, paragrafo 1, ultimo comma e paragrafo 2 della direttiva 2002/21). Un numero perlomeno pari di disposizioni è tuttavia rivolto in generale agli «Stati membri», i quali, nell'ambito della loro autonomia istituzionale [39] possono decidere essi stessi a quali autorità nazionali trasferire l'esecuzione delle funzioni di cui trattasi.

69. Una menzione particolare merita, in tale contesto, l'articolo 9, paragrafo 1, prima frase, della direttiva 2002/21, il quale incarica in via del tutto generale gli *Stati membri* – e non specificamente le *autorità nazionali di regolamentazione* oppure le *autorità nazionali competenti* – di provvedere alla gestione efficiente delle radiofrequenze, tenendo debito conto del fatto che esse sono un bene pubblico dotato di un importante valore sociale, culturale ed economico (v. anche il considerando 21 della direttiva 2002/21).

70. Mentre il legislatore nazionale è tenuto a definire, nel rispetto di tutte le disposizioni del diritto dell'Unione, il quadro generale per la realizzazione e la gestione di reti e servizi di comunicazione elettronica, incombe alle autorità nazionali di regolamentazione, nell'ambito di tale quadro, adottare decisioni individuali, dirimere controversie e, attraverso la regolamentazione ex ante, stabilire i dettagli del funzionamento di tali reti e servizi (v. in tal senso anche articolo 3, paragrafo 3 bis, della direttiva 2002/21, nonché la seconda frase del considerando 13 della direttiva 2009/140).

71. L'accertamento se in uno Stato membro le frequenze televisive digitali debbano essere assegnate gratuitamente o a pagamento non costituisce tuttavia una siffatta decisione individuale e neanche un dettaglio del funzionamento delle reti e dei servizi di comunicazione di cui trattasi, quanto piuttosto una decisione di principio di natura politica, in relazione alla quale le autorità nazionali devono tenere debito conto, non da ultimo, dell'importante valore economico di tali frequenze (v. articolo 9, paragrafo 1, prima frase e considerando 21 della direttiva 2002/21).

72. Come sottolineato correttamente dal governo italiano e dalla Cairo Network, una siffatta decisione di principio non rientra nelle funzioni di regolamentazione ai sensi dell'articolo 2, lettera g) della direttiva 2002/21. Essa poteva pertanto essere adottata dal legislatore nazionale e non doveva necessariamente restare riservata all'autorità nazionale di regolamentazione AGCOM.

3. I requisiti sostanziali relativi alla seconda gara (terza, quarta e sesta questione pregiudiziale)

73. Con la terza, la quarta e la sesta questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'annullamento della prima gara da parte del legislatore italiano, e in particolare la successiva esecuzione di una seconda gara, a condizioni modificate in maniera sostanziale, fossero compatibili con diverse disposizioni di diritto sostanziale e principi del diritto dell'Unione.

38 Sulla possibilità del trasferimento di funzioni di regolamentazione a più autorità nazionali nell'ambito dell'autonomia istituzionale degli Stati membri v. sentenze del 6 marzo 2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (C-82/07, EU:C:2008:143, punti 18, 19 e 24); del 6 ottobre 2010, Base e a. (C-389/08, EU:C:2010:584, punto 26); del 17 settembre 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, punto 53), e del 19 ottobre 2016, Ormaetxea Garai e Lorenzo Almendros (C-424/15, EU:C:2016:780, punto 30).

39 Sull'autonomia istituzionale degli Stati membri v. il considerando 11 della direttiva 2002/21.

74. Alcune di tali questioni sono, come rilevato supra [40], in tutto o in parte irricevibili. Pertanto, le analizzerò nel prosieguo solo in subordine. Ritengo inoltre opportuno, alla luce delle numerose sovrapposizioni di contenuto fra le predette questioni, esaminarle congiuntamente e concentrare la loro analisi sugli elementi essenziali delle problematiche giuridiche sollevate.

75. Il Consiglio di Stato chiede, in sostanza, se lo Stato italiano abbia violato le summenzionate disposizioni allorché, al fine di ripartire il dividendo digitale, ha eseguito una nuova procedura di gara, onerosa, riducendo da cinque a tre il numero dei multiplex digitali da assegnare rispetto alla tornata di gara originaria annullata.

76. Prescrizioni sostanziali per l'assegnazione di frequenze televisive provengono, in primo luogo, da diverse disposizioni di diritto derivato del nuovo quadro normativo comune, e segnatamente dagli articoli 8 e 9 della direttiva 2002/21, dagli articoli 3, 5 e 7 della direttiva 2002/20, nonché dagli articoli 2 e 4 della direttiva 2002/77. Tutte queste disposizioni evidenziano congiuntamente il fatto che gli Stati membri godono di un certo potere discrezionale in sede di assegnazione delle frequenze, che tuttavia devono esercitare nel rispetto dei principi generali di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità sanciti dal diritto dell'Unione; al riguardo, essi devono inoltre osservare una gestione e un uso efficienti delle frequenze, nonché tenere debitamente conto dei principi della concorrenza e del pluralismo dei mezzi di informazione.

a) Sul carattere oneroso dell'assegnazione nell'ambito della seconda gara

77. Al centro della controversia fra le parti nel procedimento si trova la questione, affrontata con la terza e con la sesta questione pregiudiziale, del carattere oneroso dell'assegnazione delle frequenze nell'ambito della nuova, seconda gara, dopo che il legislatore italiano aveva annullato la precedente prima gara, ancor prima che la stessa potesse essere portata a termine. Mentre la Europa Way e la Persidera ritengono che l'attuale assegnazione onerosa delle frequenze televisive sia contraria al diritto dell'Unione, tutte le altre parti nel procedimento sostengono la tesi opposta.

– Assenza, in linea di principio, del requisito del carattere gratuito nel diritto dell'Unione

78. Come sottolineato correttamente in particolare dalla Commissione, nessuna delle disposizioni del nuovo quadro normativo comune prescrive in maniera vincolante che l'assegnazione delle frequenze televisive debba avvenire a titolo gratuito e unicamente sulla base dell'idoneità dei candidati (ad esempio tramite una procedura di «beauty contest»). Piuttosto, il riferimento a «procedure di selezione competitiva o comparativa» all'articolo 5, paragrafo 4 e all'articolo 7, paragrafo 4 della direttiva 2002/20, è formulato in maniera sufficientemente aperta, in modo da poter ricomprendere modelli di assegnazione sia a titolo gratuito sia a titolo oneroso.

79. Un'assegnazione di frequenze *a titolo oneroso* non è affatto una possibilità remota, qualora si tenga presente, inoltre, la prescrizione di diritto dell'Unione risultante dall'articolo 9, paragrafo 1, prima frase, della direttiva 2002/21, ai sensi del quale gli Stati membri devono tenere debito conto del fatto che le radiofrequenze sono un bene pubblico dotato di un importante valore sociale, culturale *ed economico* [41].

80. È vero che, nel configurare le condizioni di fondo per un'assegnazione delle frequenze a titolo oneroso occorre prendere in considerazione gli altri valori propugnati dal legislatore dell'Unione, e in particolare i principi della concorrenza. Tra gli obiettivi fondamentali del nuovo quadro normativo comune rientrano infatti la promozione della concorrenza [v. in particolare l'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2002/20, nonché l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2002/21] [42] e la

40 V. supra, paragrafi da 33 a 44 delle presenti conclusioni.

41 In tal senso, sentenza del 10 marzo 2011, Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, punto 27).

42 V. anche sentenza del 23 aprile 2015, Commissione/Bulgaria (C-376/13, EU:C:2015:266, punto 69).

prevenzione di distorsioni della concorrenza nel settore delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica [v. in particolare articolo 5, paragrafo 6, della direttiva 2002/20 e articolo 8, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2002/21], unite all'impegno diretto a promuovere il pluralismo dei mezzi di informazione [v. al riguardo l'articolo 8, paragrafo 1, terzo comma, nonché l'articolo 9, paragrafo 4, secondo comma, lettera d), e il considerando 6 della direttiva 2002/21, oltre all'articolo 11, paragrafo 2 della Carta dei diritti fondamentali]. I principi della concorrenza e il pluralismo dei mezzi di informazione si riflettono in concreto nella libertà, garantita dal diritto dell'Unione, di fornire reti e servizi di comunicazione elettronica (articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/20 e articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 2002/77).

81. In tali circostanze, il corrispettivo per l'assegnazione di frequenze televisive digitali, come anche un'eventuale offerta minima in caso di vendita all'asta di siffatte frequenze, deve essere moderato, affinché alle imprese già operanti sul mercato televisivo e a quelle che intendono entrare in tale mercato, restino, indipendentemente dalle loro dimensioni, risorse finanziarie sufficienti per investimenti nelle necessarie tecnologie e per la fornitura di contenuti di qualità [43]. Inoltre, l'autorità nazionale di regolamentazione deve garantire che ad una siffatta procedura di assegnazione partecipino unicamente le imprese che – sulla scorta di criteri oggettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati – assicurino di essere operatori di reti di comunicazione elettronica idonei e affidabili su un mercato dei mezzi di comunicazione caratterizzato da concorrenza e pluralismo.

82. Non si può tuttavia assumere che la concorrenza e il pluralismo sul mercato televisivo possano essere garantiti unicamente nel caso di un'assegnazione gratuita delle frequenze [44].

83. In particolare, dal nuovo quadro normativo comune non è desumibile alcun *obbligo* dell'Italia di rinunciare ad un corrispettivo per l'assegnazione di frequenze digitali. Non conduce ad una conclusione diversa la circostanza, evidenziata dal giudice nazionale e da diverse parti nel procedimento, che la ripartizione del dividendo digitale controversa ponga in definitiva rimedio, nel caso di specie, a situazioni contrarie al diritto dell'Unione in Italia, come denunciate dalla Corte nella sentenza Centro Europa 7 [45] nonché dalla Commissione nel procedimento per inadempimento ancora pendente [46]. Nell'esecuzione dell'obbligo loro incombente di eliminare la situazione contraria al diritto dell'Unione [47], infatti, alle autorità competenti in Italia è stato conferito un potere discrezionale [48], il quale comprendeva più di un'unica possibilità di azione, e dunque anche opzioni diverse dall'assegnazione gratuita delle frequenze.

43 V., in tal senso, sentenze del 10 marzo 2011, Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, punto 28), e del 21 marzo 2013, Belgacom e a. (C-375/11, EU:C:2013:185, punti 50 e 51).

44 V., al riguardo, anche la sentenza del 10 marzo 2011, Telefónica Móviles España (C-85/10, EU:C:2011:141, punto 29), secondo la quale un livello che sottovaluti l'importo dei diritti rischia di nuocere all'uso efficiente di frequenze radio quali risorse rare.

45 Sentenza del 31 gennaio 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

46 In relazione a tale procedimento per inadempimento v. supra, note 2 e 30 delle presenti conclusioni.

47 Sentenza del 21 giugno 2007, Jonkman e a. (da C-231/06 a C-233/06, EU:C:2007:373, punti 37 e 38).

48 Come statuito dalla Corte in relazione alle concessioni per i giochi d'azzardo, tanto la revoca e la ridistribuzione delle precedenti concessioni, quanto la messa a concorso di un numero adeguato di nuove concessioni possono essere soluzioni appropriate al fine di rimediare, quanto meno per il futuro, all'esclusione illegittima di alcuni operatori; v. sentenze del 6 marzo 2007, Placanica (C-338/04, C-359/04 e C-360/04, EU:C:2007:133, punto 63); del 16 febbraio 2012, Costa (C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, punto 52), e del 22 gennaio 2015, Stanley International Betting e Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, punto 35).

– Assenza di discriminazione dei nuovi operatori rispetto ai vecchi operatori

84. Il giudice del rinvio esprime inoltre la preoccupazione che la riscossione di un corrispettivo specificamente per le frequenze televisive del terzo gruppo di multiplex digitali, controverse nel caso di specie [49], possa discriminare i nuovi operatori di rete rispetto alle imprese già operanti sul mercato (i cosiddetti «*incumbents*»), e in particolare rispetto ai due leader del mercato, ossia la Rai e Mediaset. Questi ultimi, infatti, come sottolineato anche dalla Europa Way e dalla Persidera, hanno ottenuto le loro frequenze televisive dal primo e dal secondo gruppo, senza fornire, al momento dell'acquisizione di tali diritti d'uso, una controprestazione economica.

85. Il principio di parità di trattamento o di non discriminazione sancito dal diritto dell'Unione [50], che nel frattempo è stato anche inserito negli articoli 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali e si riflette inoltre nel nuovo quadro normativo comune in numerosi punti [51], impone, secondo una giurisprudenza costante, che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato [52].

86. La comparabilità delle situazioni deve essere valutata, inter alia, alla luce dell'oggetto e dello scopo del rispettivo atto. Devono al riguardo essere presi in considerazione i principi e gli obiettivi del settore cui si riferisce l'atto in parola [53].

87. Nel caso in esame, l'assegnazione gratuita di frequenze televisive digitali del primo e del secondo gruppo alla Rai e a Mediaset perseguiva il duplice obiettivo di assicurare la continuità dell'offerta televisiva in Italia e di valorizzare gli investimenti già effettuati nella tecnologia digitale [54]. Con riferimento a tale obiettivo, le imprese già attive sul mercato televisivo e le imprese che entrano per la prima volta in tale mercato non si trovano in una situazione analoga.

88. Ciò premesso, non sussistono elementi sufficienti che depongano nel senso della sussistenza di una discriminazione fra questi due gruppi di imprese, perlomeno sulla base delle informazioni a disposizione della Corte.

89. Aggiungo che non da ultimo la garanzia della continuità dell'offerta televisiva costituisce inoltre un obiettivo di interesse generale che sembra idoneo, in linea di principio, a giustificare un'eventuale disparità di trattamento, sempreché tale disparità di trattamento resti rigorosamente limitata a quanto è indispensabile, alla luce dei principi della concorrenza e del pluralismo dei mezzi di informazione, al fine di conseguire il predetto obiettivo in modo coerente e sistematico [55].

90. In tale contesto, riveste interesse il fatto che in Italia vengano riscossi annualmente canoni sull'uso di *tutte* le frequenze televisive digitali [56]. Pertanto, anche le imprese operanti sul mercato già prima del passaggio alla televisione digitale (gli «*incumbents*») non possono in realtà utilizzare gratuitamente le loro frequenze digitali, bensì effettuano periodicamente a tal fine pagamenti a favore dello Stato.

49 Sulla suddivisione in tre gruppi di multiplex digitali delle frequenze da assegnare v. supra, paragrafo 22 delle presenti conclusioni.

50 Su tale terminologia v., ad esempio, sentenza del 12 settembre 2006, Eman e Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545, punto 57).

51 V., in particolare, articolo 9, paragrafo 1, prima frase, e considerando 19 della direttiva 2002/21, articolo 5, paragrafo 2, secondo comma, e articolo 7, paragrafo 3 della direttiva 2002/20, nonché articolo 2, paragrafo 4 e articolo 4, punto 2 della direttiva 2002/77.

52 Sentenze del 16 dicembre 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e a. (C-127/07, EU:C:2008:728, punto 23); del 14 settembre 2010, Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals/Commissione (C-550/07 P, EU:C:2010:512, punti 54 e 55), e del 21 dicembre 2016, Vervloet e a. (C-76/15, EU:C:2016:975, punto 74).

53 Sentenze del 16 dicembre 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e a. (C-127/07, EU:C:2008:728, punti 25 e 26); del 1° marzo 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats e a. (C-236/09, EU:C:2011:100, punto 29); dell'11 luglio 2013, Ziegler/Commissione (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punto 167), e del 6 novembre 2014, Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, punto 51).

54 V. al riguardo supra, paragrafo 22 delle presenti conclusioni. Anche in udienza, tale circostanza è stata sottolineata da diverse parti.

55 Tale problematica è oggetto di un esame più dettagliato nelle conclusioni da me presentate in data odierna nella causa parallela Persidera (C-112/16, paragrafi da 63 a 72).

56 Tale circostanza è stata sottolineata da diverse parti tanto nella fase scritta quanto nella fase orale del procedimento dinanzi alla Corte, senza essere oggetto di contestazioni da parte della Europa Way e della Persidera.

Viceversa, il corrispettivo versato da un operatore di rete che ha ottenuto all'asta nuove frequenze digitali del terzo gruppo – il dividendo digitale – viene detratto dai suoi canoni dell'anno successivo [57]. In presenza di circostanze del genere è lecito ritenere che il carattere oneroso dell'assegnazione delle frequenze televisive digitali del terzo gruppo non pregiudichi oltremisura i principi della concorrenza o il pluralismo dei mezzi di informazione.

b) Sulla limitazione del numero di frequenze digitali da assegnare

91. Oltre all'onerosità dell'assegnazione delle frequenze, nel procedimento dinanzi alla Corte è stata analizzata, a margine, anche la circostanza che nella seconda tornata di gara erano previsti meno multiplex digitali da attribuire rispetto alla prima tornata, poi annullata, e segnatamente solo tre invece dei cinque originari. A tale aspetto il giudice del rinvio accenna con la quarta questione.

92. Una limitazione delle frequenze messe a disposizione è ammissibile sempreché essa sia necessaria ai fini dell'uso efficiente dello spettro di frequenze, avvenga sulla base di criteri obiettivi e trasparenti, e soddisfi inoltre i principi di non discriminazione e di proporzionalità (v. in particolare l'articolo 9, paragrafo 3, secondo comma, e paragrafo 4 della direttiva 2002/21, nonché l'articolo 5, paragrafo 4, secondo comma, paragrafo 5 e paragrafo 6, oltre all'articolo 7, paragrafo 3 della direttiva 2002/20 [58]).

93. Secondo le informazioni concordanti di diverse parti nel procedimento, nel caso in esame la riduzione delle frequenze da assegnare del dividendo digitale – due multiplex in meno, che passavano quindi a tre – è dovuta ad una duplice circostanza: da un lato, determinate frequenze, in forza di consultazioni nell'ambito dell'Unione internazionale delle telecomunicazioni (UIT) non dovevano più, d'ora in avanti, essere a disposizione della televisione, bensì dovevano essere riservate alla telecomunicazione. Dall'altro, determinate frequenze presentavano un serio rischio di interferenze dannose [59].

94. Non spetta alla Corte bensì al giudice del rinvio verificare se tali affermazioni siano corrette e se i principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità siano stati rispettati, allorché proprio nel terzo gruppo delle frequenze televisive da assegnare, controverso nella specie, – ossia specificamente nell'ambito del dividendo digitale – si è proceduto ad una riduzione da cinque a tre dei multiplex digitali disponibili.

95. Ai fini del presente procedimento pregiudiziale è sufficiente la constatazione che le summenzionate esigenze (considerazione delle consultazioni dell'UIT e prevenzione di interferenze dannose) rispondono all'interesse generale e possono giustificare una riduzione dell'offerta di frequenze televisive digitali (v. anche articolo 9, paragrafo 1, secondo comma, e paragrafo 4, della direttiva 2002/21, nonché articolo 5, paragrafo 1, primo trattino, della direttiva 2002/20), a condizione che le frequenze del dividendo digitale ancora disponibili siano sufficienti a soddisfare i principi della concorrenza e il pluralismo dei mezzi di informazione, nonché a consentire in misura significativa nuovi ingressi nel mercato.

96. In sede di verifica della proporzionalità delle misure intese a ridurre da cinque a tre i multiplex digitali disponibili, il giudice del rinvio sarà tenuto ad esaminare in maniera approfondita se, invece di una riduzione del dividendo digitale (ossia delle frequenze digitali del terzo gruppo, controverse nel caso di specie [60]), la fissazione di un numero inferiore di multiplex da assegnare in altri ambiti (ossia delle frequenze digitali del primo o del secondo gruppo) sarebbe stata parimenti – se non addirittura

57 In tal senso la difesa del governo italiano nell'udienza dinanzi alla Corte: il giudice del rinvio sarà tenuto a verificare la correttezza di tali affermazioni.

58 V. anche sentenza del 31 gennaio 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, punto 100).

59 Anche la Slovenia ha insistito sulla problematica di siffatte interferenze nella sua presa di posizione nella causa C-112/16.

60 Sulla suddivisione in tre gruppi di multiplex digitali delle frequenze da assegnare v. ancora una volta supra, paragrafo 22 delle presenti conclusioni.

maggiormente – idonea a tenere conto delle consultazioni dell'UIT e a prevenire interferenze dannose. Come espongo in maniera più dettagliata nella causa C-112/16 [61], non si può infatti affatto escludere che, in particolare nell'ambito del primo gruppo, la Rai e Mediaset abbiano ricevuto un numero eccessivo di frequenze digitali, cosicché, in tale ambito, una riduzione dei multiplex da assegnare avrebbe probabilmente avuto conseguenze meno incisive per la concorrenza sul mercato televisivo e per il pluralismo dei mezzi di informazione che nell'ambito del terzo gruppo, ossia nell'ambito del dividendo digitale.

VI. Conclusione

97. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere nei seguenti termini alla domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta dal Consiglio di Stato:

1) È incompatibile con l'articolo 3, paragrafo 2 e paragrafo 3 bis, della direttiva 2002/21/CE, nella versione risultante dalla direttiva 2009/140/CE, che una procedura in corso, gestita dall'autorità nazionale di regolamentazione e intesa all'assegnazione di frequenze televisive digitali, sia inizialmente sospesa e poi totalmente annullata per ordine di altre autorità statali, le quali non agiscono in qualità di autorità competenti di vigilanza o di organi di ricorso.

2) Il principio di tutela del legittimo affidamento, sancito dal diritto dell'Unione, non vieta di annullare un procedimento ancora in corso dell'autorità nazionale di regolamentazione, inteso all'assegnazione gratuita di frequenze televisive digitali, e di svolgere al suo posto un nuovo procedimento dinnanzi alla stessa autorità, inteso all'assegnazione onerosa di tali frequenze.

3) Il legislatore nazionale non svolge funzioni di regolamentazione e non è neanche soggetto agli obblighi di consultazione ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera b) della direttiva 2002/20/CE in combinato disposto con l'articolo 6 della direttiva 2002/21, quando prescrive l'assegnazione a titolo oneroso di frequenze televisive digitali.

4) L'articolo 9 della direttiva 2002/21, gli articoli 3, 5 e 7 della direttiva 2002/20, nonché gli articoli 2 e 4 della direttiva 2002/77/CE, non ostano alle seguenti misure:

   a) una limitazione delle frequenze televisive digitali previste in maniera specifica per operatori di rete minori e per nuovi operatori che entrano sul mercato, quando, così facendo, si tenga conto di prescrizioni o raccomandazioni di interesse generale in forza degli accordi internazionali pertinenti oppure quando debbano essere prevenute interferenze dannose, a condizione che il principio di proporzionalità venga rispettato e l'ingresso sul mercato di nuovi operatori non venga reso eccessivamente difficile;

   b) un'assegnazione onerosa di frequenze televisive digitali, sempreché, in occasione di tale assegnazione e in particolare in sede di fissazione del corrispettivo, vengano rispettati i principi di trasparenza, di non discriminazione e di proporzionalità, e venga garantito che con tale assegnazione sia debitamente promossa la concorrenza sul mercato televisivo, nonché il pluralismo dei mezzi di informazione.

61 V., al riguardo, le conclusioni da me presentate in data odierna nella causa Persidera (C-112/16, in particolare paragrafi da 67 a 71).