

Incontro di studio su  
I “tre” codici. L’ordinamento della comunicazione nel quadro costituzionale,  
comunitario e comparato.

Firenze, 9 giugno 2006

Filippo Donati  
I problemi del nuovo codice sulla radiotelevisione  
(schema provvisorio della relazione)

## 1. Premessa

La legge 3 maggio 2004, n. 112 (“Legge Gasparri”) rappresenta il terzo intervento di riforma complessiva del settore radiotelevisivo dopo la legge Mammì del 1990 e la legge Maccanico del 1997. La legge Gasparri ha delegato al governo il compito di approvare un nuovo “Testo unico della radiotelevisione” (il “Testo Unico”) volto a coordinare le disposizioni legislative vigenti in materia offrendo agli operatori ed agli utenti un quadro legislativo chiaro e organico.

In realtà il testo Unico non realizza in pieno gli obiettivi di organicità e completezza che invece il legislatore intendeva perseguire. Molte disposizioni in materia di radiodiffusione rimangono infatti fuori dal testo Unico: si pensi ad esempio alla disciplina sulla cosiddetta *par condicio* contenuta nella legge n. 28 del 2000, alla disciplina sull’AGCom contenuta nella legge n. 249 del 1997, alla disciplina della commissione parlamentare di indirizzo di vigilanza sulla RAI di cui alla legge n. 103 del 1975, alle norme sulla privatizzazione della RAI contenute nella legge n. 112 del 2004. Il Testo Unico non ha inoltre inciso sulle competenze dell’AGCom ed in particolare sulla potestà regolamentare ad essa affidata: il Testo Unico chiarisce quindi che i regolamenti da esso richiamati possono essere modificati dall’AGCom e che pertanto il rinvio alle disposizioni ivi contenute è da considerarsi come rinvio formale e non recettizio (art. 55, comma 3)..

La disciplina dettata dal Testo Unico lascia poi aperti alcuni problemi. Tra questi assumono particolare rilievo quelli che investono tre profili: le regole a tutela del pluralismo e della concorrenza, la disciplina della concessionaria pubblica e la transizione dall’analogico al digitale.

Procederò qui di seguito di svolgere alcune considerazioni sui questi nodi. Non procederò invece in questa sede all’analisi del procedimento di formazione del nuovo testo Unico e delle singole modifiche che esso ha apportato alla disciplina di settore. Procederò inoltre ad un esame delle varie proposte sul tappeto per la riforma del settore radiotelevisivo, limitandomi ad alcune considerazioni sui settori nei quali la riforma appare oggi necessaria nonché sugli obiettivi che un intervento normativo dovrebbe perseguire.

## **2. Lo scenario digitale**

Il Testo Unico tiene conto del nuovo scenario aperto dalla “rivoluzione digitale” nel campo delle comunicazioni.

Com'è noto per molto tempo i servizi di telecomunicazioni e quelli di radiodiffusione sono stati offerti attraverso reti caratterizzate da una propria specifica tecnologia. Il ricorso a tecniche di “digitalizzazione” e di compressione delle informazioni, il potenziamento dei mezzi trasmissivi (grazie soprattutto all'impiego della fibra ottica e dei satelliti) e l'applicazione ad essi di sistemi informatici computerizzati hanno però favorito un processo di “convergenza” che rende ormai possibile utilizzare la stessa rete ed il medesimo terminale per trasmettere e ricevere messaggi diversi (voce, immagini o dati). Questa evoluzione ha aperto nuovi orizzonti nel campo della radiotelevisione, eliminando in prospettiva la scarsità delle risorse trasmissive che ha per lungo tempo condizionato la disciplina di settore e favorendo la concorrenza tra diverse piattaforme tecnologiche (reti via etere terrestre, reti satellitari, reti via cavo, internet, telefonia mobile). Essa inoltre ha reso sempre più incerta la linea di confine tra il diritto delle telecomunicazioni e quello della radiodiffusione ed ha comportato la necessità di un complessivo ripensamento di una disciplina di settore per lungo tempo incentrata sulla corrispondenza tra mezzo trasmissivo e contenuto.

In questa prospettiva le direttive comunitarie del marzo 2002 hanno introdotto una disciplina unitaria che si applica a tutta l'infrastruttura per le comunicazioni elettroniche (ivi comprese le reti tradizionalmente impiegate per la trasmissione dei segnali radiotelevisivi). Lo scenario digitale comporta infatti la “neutralità” delle reti rispetto al contenuto trasmesso. Opportunamente quindi il Testo Unico introduce la distinzione tra operatori di rete (i soggetti che gestiscono le infrastrutture trasmissive), fornitori di contenuti (i soggetti che hanno la responsabilità editoriale dei programmi destinati alla diffusione) e fornitori di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato (i soggetti che forniscono servizi accessori, tra cui quelli necessari per l'accesso alla pay-TV).

Il Testo Unico stabilisce tuttavia una disciplina speciale in materia di reti utilizzate per la diffusione di programmi radiotelevisivi (art. 53 del Testo Unico, che conferma quanto stabilito dall'art. 2, comma 3 del Codice).

La scelta di una apposita regolamentazione per le reti televisive, che appare in contraddizione con il processo di convergenza in atto, viene giustificata in relazione all'esigenza (sottolineata più volte dalla Corte costituzionale e ribadita dal Capo dello Stato nei messaggi del 23 luglio 2002 e in quelli di rinvio alle Camere della legge Gasparri) di garantire in questo campo la realizzazione del pluralismo e degli altri obiettivi di interesse generale che rilevano in materia (tra cui l'uso efficace e la gestione efficiente delle radiofrequenze). Sotto questo profilo, come si vedrà di seguito, il nuovo Testo Unico non risulta tuttavia soddisfacente.

## **3. Il passaggio dall'analogico al digitale**

La nuova disciplina prevede per la fase transitoria, destinata a durare fino al momento in cui scatterà l'obbligo di trasmettere esclusivamente in tecnica digitale (cosiddetto *switch over*), la contemporanea trasmissione di programmi in tecnica analogica e digitale.

Con riguardo alla programmazione analogica il Testo Unico prevede sostanzialmente la prosecuzione dello *status quo* fino alla scadenza del termine per la conversione definitiva delle trasmissioni al digitale (art. 23, commi 1 e 2 del testo Unico). Alle emittenti che già trasmettono in via analogica, e solo a queste, è inoltre consentita, in via sperimentale, la diffusione di programmi digitali (articolo 2-bis della legge n. 66 del 2001 e articolo 25 del Testo Unico). A queste emittenti viene infine riconosciuto anche il diritto di ottenere le licenze e le abilitazioni necessarie per operare in tecnica digitale terrestre (art. 23, comma 5 della legge Gasparri e art. 25 del testo Unico).

In sostanza la nuova legge di sistema, tutta proiettata verso il futuro, cristallizza per la fase transitoria una situazione di fatto caratterizzata dalla grave anomalia, più volte segnalata dalla Corte costituzionale, dal Capo dello Stato e dall'AGCom, costituita dal duopolio esistente nel campo della televisione in chiaro. L'idea di fondo è che, una volta conclusa la fase di passaggio al digitale, sarà definitivamente superato il problema relativo alla scarsità delle risorse trasmissive che ha condizionato fino ad oggi l'assetto del sistema televisivo.

In realtà lo *switch over*, che per la legge n. 66 del 2001 doveva avvenire entro il 31 dicembre 2006, tende ad allontanarsi sempre più. La cessazione dei programmi analogici presuppone infatti che la grande maggioranza (almeno l'80%) delle famiglie abbiano un *decoder* per la ricezione dei programmi digitali. Non è facile raggiungere questo obiettivo. Una politica di aiuti pubblici all'acquisto dei *decoder* solleva numerosi problemi, in quanto determina distorsioni di mercato e appare difficilmente compatibile con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato. In ogni caso il termine originario è già stato prorogato al 1 gennaio 2009 (art. 19 del d.l. n. 273 del 2005) ed è ragionevole attendersi che, dato il tempo necessario per garantire una diffusione capillare dei *decoder* digitali, la data dello *switch over* interverrà non prima del 2010, in linea con quanto previsto negli altri paesi europei.

Si pone quindi l'esigenza di una disciplina che eviti il trascinamento delle posizioni dominanti dall'analogico al digitale e favorisca il pluralismo una volta completato lo *switch over*. In particolare servono invece misure volte a garantire un uso ottimale delle frequenze trasmissive terrestri e a favorire la possibilità per i fornitori di contenuti di accedere alle reti con capacità limitata (come sono quelle impiegate per il digitale terrestre) secondo criteri non discriminatori.

Oggi i due operatori dominanti nel mercato della televisione in chiaro detengono complessivamente il 50% delle frequenze totali e l'80% di quelle attualmente utilizzate dalle reti nazionali. Il Testo Unico non contiene però misure volte a razionalizzare l'uso delle risorse.

Nella prospettiva di una concentrazione delle risorse trasmissive nelle mani di pochi operatori il tema dell'accesso finirà necessariamente per acquistare un rilievo centrale. Per garantire il pluralismo delle fonti informative è infatti necessario favorire la diffusione dei contenuti. Il Testo Unico conferma l'obbligo per gli operatori integrati

che siano titolari di più di una concessione televisiva di mettere a disposizione degli operatori terzi almeno il quaranta per cento della capacità trasmissiva del medesimo blocco di programmi e servizi a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie. Ma tale obbligo è circoscritto al periodo transitorio (art. 2-bis, comma 1, legge n. 66 del 2001 e art. 25, comma 2 del testo Unico). Niente è invece previsto per il periodo successivo allo *switch over*.

#### 4. I limiti alla concentrazione delle risorse

Per promuovere il pluralismo non basta la prospettiva di passaggio al digitale, ma occorre anche una adeguata disciplina *antitrust*. A tal riguardo il Testo Unico, in sintonia con le due precedenti leggi di sistema, prescrive limiti alle dimensioni degli operatori sia con riguardo al numero dei programmi televisivi autorizzati sia alla percentuale delle risorse.

Quanto al primo profilo la nuova legge prevede che nessun soggetto possa essere titolare di autorizzazioni che permettano di diffondere più del 20% dei programmi irradiabili su frequenze terrestri in tecnica digitale (Testo Unico, art. 43, comma 7). Per la fase transitoria detto limite del 20% viene calcolato sul numero complessivo dei programmi “concessi o irradiati” su frequenze terrestri in tecnica analogica oppure digitale (i canali digitali concorrono a formare la base di calcolo ove raggiungano una copertura pari al 50% della popolazione) (Testo Unico, art. 43, comma 8).

Per programma televisivo si deve intendere, alla luce della giurisprudenza comunitaria, ogni programmi “destinati al pubblico”, ovvero a “un numero indeterminato di potenziali spettatori, ai quali sono simultaneamente trasmesse le stesse immagini” (trasmissioni “punto multipunto”); i programmi che sono invece inviati al singolo spettatore che li ha richiesti (trasmissioni “da punto a punto”) esulano da tale nozione (Corte di Giustizia, Sez. III, sent. 2 giugno 2005, *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media*, causa C-89/04, relativa alla nozione di trasmissione televisiva ai fini dell’applicazione delle disposizioni in materia di pubblicità contenute nella direttiva televisione senza frontiere). Secondo questa impostazione rientrano dunque nella nozione di trasmissione televisiva servizi quali la “*pay per view*” e la “*near video on demand*”, ancora caratterizzati da una programmazione a schedulazione rigida o semi-rigida e da limitatissimi margini di interattività. Ne restano invece fuori le trasmissioni di “*video on demand*”, cui non potrebbero dunque applicarsi, tra l’altro, i limiti quantitativi e qualitativi in materia di pubblicità nonché la disciplina *antitrust* in materia radiotelevisiva. Ai fini della disciplina *antitrust* non rileva dunque l’inclusione, operata dal testo Unico, della *pay per view* nella disciplina dedicata ai “fornitori di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato” (art. 2, lett. h) e 31 del testo Unico).

Quanto al profilo relativo alla concentrazione delle risorse, il Testo Unico conferma la riduzione del limite previsto dalla legge Maccanico dal 30% al 20% ma, in considerazione della “convergenza” che caratterizza il settore delle comunicazioni, il limite che prima era riferito a ciascuno dei settori televisivo, radiofonico e delle

che siano titolari di più di una concessione televisiva di mettere a disposizione degli operatori terzi almeno il quaranta per cento della capacità trasmissiva del medesimo blocco di programmi e servizi a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie. Ma tale obbligo è circoscritto al periodo transitorio (art. 2-bis, comma 1, legge n. 66 del 2001 e art. 25, comma 2 del testo Unico). Niente è invece previsto per il periodo successivo allo *switch over*.

#### 4. I limiti alla concentrazione delle risorse

Per promuovere il pluralismo non basta la prospettiva di passaggio al digitale, ma occorre anche una adeguata disciplina *antitrust*. A tal riguardo il Testo Unico, in sintonia con le due precedenti leggi di sistema, prescrive limiti alle dimensioni degli operatori sia con riguardo al numero dei programmi televisivi autorizzati sia alla percentuale delle risorse.

Quanto al primo profilo la nuova legge prevede che nessun soggetto possa essere titolare di autorizzazioni che permettano di diffondere più del 20% dei programmi irradiabili su frequenze terrestri in tecnica digitale (Testo Unico, art. 43, comma 7). Per la fase transitoria detto limite del 20% viene calcolato sul numero complessivo dei programmi “concessi o irradiati” su frequenze terrestri in tecnica analogica oppure digitale (i canali digitali concorrono a formare la base di calcolo ove raggiungano una copertura pari al 50% della popolazione) (Testo Unico, art. 43, comma 8).

Per programma televisivo si deve intendere, alla luce della giurisprudenza comunitaria, ogni programmi “destinati al pubblico”, ovvero a “un numero indeterminato di potenziali spettatori, ai quali sono simultaneamente trasmesse le stesse immagini” (trasmissioni “punto multipunto”); i programmi che sono invece inviati al singolo spettatore che li ha richiesti (trasmissioni “da punto a punto”) esulano da tale nozione (Corte di Giustizia, Sez. III, sent. 2 giugno 2005, *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media*, causa C-89/04, relativa alla nozione di trasmissione televisiva ai fini dell’applicazione delle disposizioni in materia di pubblicità contenute nella direttiva televisione senza frontiere). Secondo questa impostazione rientrano dunque nella nozione di trasmissione televisiva servizi quali la “*pay per view*” e la “*near video on demand*”, ancora caratterizzati da una programmazione a schedulazione rigida o semi-rigida e da limitatissimi margini di interattività. Ne restano invece fuori le trasmissioni di “*video on demand*”, cui non potrebbero dunque applicarsi, tra l’altro, i limiti quantitativi e qualitativi in materia di pubblicità nonché la disciplina *antitrust* in materia radiotelevisiva. Ai fini della disciplina *antitrust* non rileva dunque l’inclusione, operata dal testo Unico, della *pay per view* nella disciplina dedicata ai “fornitori di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato” (art. 2, lett. h) e 31 del testo Unico).

Quanto al profilo relativo alla concentrazione delle risorse, il Testo Unico conferma la riduzione del limite previsto dalla legge Maccanico dal 30% al 20% ma, in considerazione della “convergenza” che caratterizza il settore delle comunicazioni, il limite che prima era riferito a ciascuno dei settori televisivo, radiofonico e delle

concessionarie di pubblicità viene ora rapportato ad un paniere di mercati assai ampio ed eterogeneo (il SIC, ovvero il sistema integrato delle comunicazioni).

L'introduzione del SIC, com'è noto, è stata criticata specialmente sotto tre profili. In primo luogo il nuovo paniere contiene mercato non omogenei tra di loro. In secondo luogo è stata sottolineata la non coincidenza tra i mercati che compongono il SIC e i soggetti tenuti ad osservare il limite alla raccolta delle risorse. In terzo luogo è stata segnalata l'incompatibilità della definizione del SIC con i principi dettati dalla disciplina della concorrenza che richiedono, per l'individuazione dei mercati rilevanti, l'individuazione di un insieme di prodotti o servizi che siano effettivamente alternativi per la soddisfazione di un dato bisogno economico all'interno di un ambito geografico.

Il Testo Unico stabilisce tuttavia che il divieto di costituzione di posizione dominanti riguarda non soltanto il SIC, ma anche i singoli "mercati che lo compongono" (art. 43, comma 2) ed attribuisce all'AGCom, d'ufficio o su segnalazione di chi vi abbia interesse, il compito di individuare "il mercato rilevante conformemente ai principi di cui agli articoli 15 e 16 della direttiva quadro". Tali norme stabiliscono i criteri per l'individuazione dei mercati rilevanti ai fini della eventuale imposizione di misure di regolamentazione asimmetrica a carico degli operatori aventi una notevole forza di mercato. Nel procedere all'individuazione dei mercati rilevanti l'AGCom dovrà tenere conto quindi dei principi desumibili dal diritto della concorrenza; il Testo Unico precisa che l'AGCom dovrà tenere conto, tra l'altro, oltre che dei ricavi, del livello di concorrenza all'interno del sistema, delle barriere all'ingresso nello stesso, delle dimensioni di efficienza economica dell'impresa nonché degli indici quantitativi di diffusione dei programmi radiotelevisivi, dei prodotti editoriali e delle opere cinematografiche o fonografiche.

In sostanza l'AGCom è chiamata, all'interno del SIC, ad individuare i singoli mercati rilevanti sulla base di parametri mutuati dal diritto antitrust. Il Testo Unico impone all'AGCom di adottare i provvedimenti "necessari per eliminare o impedire" il formarsi di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo all'interno del SIC e dei singoli mercati rilevanti individuati al suo interno.

La tecnica normativa utilizzata dal Testo Unico è senz'altro singolare. Da una parte individua infatti il SIC secondo criteri certamente estranei al diritto della concorrenza; dall'altra precisa che il limite antitrust dettato per il SIC vale anche per i singoli mercati individuati al suo interno sulla scorta dei principi del diritto della concorrenza.

Il nuovo Testo Unico, così interpretato, attribuisce all'AGCom incisivi poteri per combattere la costituzione o il mantenimento di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo all'interno dei singoli mercati rilevanti della comunicazione.

## **5 Il servizio pubblico radiotelevisivo**

La nuova legge di sistema detta una nuova disciplina per la concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, di cui prevede la privatizzazione.

Nella prima fase del procedimento di privatizzazione della RAI (fino a quando non

sia stato alienato almeno il 10% del capitale) sette consiglieri sono eletti dalla Commissione parlamentare di indirizzo e vigilanza con il voto limitato ad uno (ciascuna delle sette maggiori forze politiche avrà quindi un consigliere), e i restanti due consiglieri, tra cui il presidente, saranno indicati dal socio di maggioranza (e cioè dal Governo). Per la nomina del presidente occorre il parere favorevole, a maggioranza di due terzi, della Commissione parlamentare di indirizzo e vigilanza. Nella seconda fase (quando sarà stato alienato il 10% del capitale) l'elezione degli amministratori dovrà avvenire mediante voto di lista. Il Ministero dell'economia presenterà una autonoma lista di candidati indicando un numero massimo di candidati proporzionale al numero di azioni di cui è titolare lo Stato. Tale lista sarà formata in parte sulla base delle indicazioni effettuate dalla Commissione parlamentare di indirizzo e vigilanza (7/9) e in parte sulla base di nominativi indicati dal Ministro dell'economia (2/9). Nella terza ed ultima fase della privatizzazione (quando sarà stato alienato il 100% del capitale) si applicherà il voto di lista proprio delle società per azioni.

Com'è noto la privatizzazione della RAI non ha avuto seguito. Va ricordato che la legge Gasparri, nel disciplinare la dismissione della partecipazione dello Stato nella concessionaria pubblica, vieta a un singolo soggetto il possesso di più dell'uno per cento delle azioni aventi diritto di voto e vieta inoltre patti di sindacato tra soggetti titolari di una partecipazione complessiva superiore al 2 per cento delle azioni aventi diritto di voto. Si tratta di limiti che, oltre a rendere impossibile la formazione di una stabile maggioranza di controllo della società, finiscono per incidere sul valore di mercato delle azioni. Appare quindi difficile la privatizzazione della RAI possa essere concretamente avviata sulla base della attuale disciplina.

Ma in assenza della privatizzazione la maggioranza di governo, grazie alle nuove regole di *governance*, è in grado di indicare la maggioranza dei consiglieri di amministrazione, oltre al direttore generale (cui continuano ad essere attribuiti compiti di gestione operativa della società).

Questo assetto organizzativo della RAI non è però in linea con le indicazioni della Corte costituzionale (che richiede il controllo parlamentare sulla concessionaria del servizio pubblico) e con i principi derivanti dal diritto comunitario e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito semplicemente "CEDU").

In particolare l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nella Raccomandazione n. 1641 del 2004, ha evidenziato l'esistenza di un forte controllo "*politico*" sulla RAI ed ha auspicato un intervento volto a realizzare un servizio pubblico radiotelevisivo più forte e indipendente. Nella successiva Risoluzione n. 1387 del 24 giugno 2004 "sul monopolio dei mezzi di informazione e possibilità di abuso di potere in Italia" l'Assemblea parlamentare ha poi giudicato la situazione della RAI non in linea con i principi di indipendenza sanciti nella precedente Raccomandazione. L'Assemblea ha censurato in particolare l'assenza di una equilibrata rappresentanza delle forze politiche nel consiglio di amministrazione della RAI, e l'influenza politica esercitata sulla sua programmazione.

Il nuovo sistema societario e di *governance* introdotto per la concessionaria del servizio pubblico non tiene inoltre adeguatamente conto della necessità di distinguere le

attività commerciali da quelle oggetto di servizio pubblico. Nella nuova disciplina, infatti, la separazione tra servizio pubblico e attività commerciale investe soltanto l'obbligo di contabilità separata, ma non anche il profilo dell'assetto organizzativo. Ciò comporta il rischio che la specifica missione del servizio pubblico continui ad essere subordinata alle esigenze di ascolto (“*audience*”) proprie della televisione commerciale.

## **6. Considerazioni conclusive**

Le considerazioni sin qui svolte permettono di individuare alcuni settori nei quali si rende necessaria una legge di riforma.

Quanto alla necessità di evitare il trascinarsi delle attuali posizioni dominanti dall'analogico al digitale, occorre in primo luogo una verifica delle risorse trasmissive effettivamente disponibili e una razionalizzazione nell'uso delle stesse. L'avvio della formazione del cosiddetto “catasto delle frequenze” appare senz'altro un intervento nella giusta direzione. Occorrerà inoltre favorire la possibilità di accesso dei fornitori di contenuti alle reti estendendo, se del caso, la riserva di capacità trasmissiva prevista per la fase transitoria anche dopo lo *switch over*.

Per garantire la realizzazione dei principi del pluralismo e della concorrenza, se si condividono le osservazioni sopra svolte, prima ancora di una riforma legislativa occorre un intervento dell'AGCom volto ad eliminare le posizioni dominanti venutesi a creare nei mercati rilevanti della comunicazione secondo quanto previsto dall'articolo 43 del Testo Unico. In ogni caso la previsione del SIC risulta contraddittoria con il divieto di costituzione e mantenimento di posizioni dominanti all'interno dei singoli mercati della comunicazione di cui esso si compone. Un intervento chiarificatore al riguardo sarebbe senz'altro opportuno.

Resta infine l'esigenza di una riforma del meccanismo di privatizzazione e del sistema di *governance* della RAI nella prospettiva di una valorizzazione della missione di servizio pubblico da essa affidata.