

Newsletter

APRILE 2019

TLC - TV E MEDIA - INTERNET - SERVIZI IT - NUOVE TECNOLOGIE - RETI E INFRASTRUTTURE

N. 6 aprile 2019

IN QUESTO NUMERO:

1. INTERNET – HOSTING PROVIDER: la Corte di Cassazione chiarisce i limiti della responsabilità dell'*hosting provider* (sentenze Cass. nn. 7708/2019 e 7709/2019).

2. TLC – INFRASTRUTTURE: il Consiglio di Stato rinvia alla Corte di Giustizia la questione dell'applicazione dei criteri di localizzazione delle stazioni radio base nei regolamenti comunali (ordinanza Cons. Stato n. 2033/2019).

3. TV – PRODUZIONE: l'Agcom adotta il nuovo regolamento sugli obblighi di programmazione e investimento a favore di opere europee e opere di produttori indipendenti (Delibera Agcom 595/18/CONS).

4. GOLDEN POWER – 5G: il D.L. 22/2019 estende gli obblighi in materia di *Golden Power* anche alla tecnologia 5G – La Commissione Europea adotta la Raccomandazione "Cybersecurity of 5G" (Decreto Legge 22/2019).

5. MEDIA – INTERNET: la Corte di Giustizia si pronuncia in via pregiudiziale sulla qualificazione dell'attività di trasmissione di canali televisivi in streaming su Internet (sentenza Corte di Giustizia 13 dicembre 2018, causa C-298/17 *France Télévisions*).

6. TLC – ACCESSO ALLA RETE FISSA: il Consiglio di Stato annulla parzialmente la Delibera Agcom 424/17/CONS che aveva rideterminato le condizioni di fornitura dei servizi *bitstream* e ULL (sentenza Cons. Stato n. 1787/2019).

7. MEDIA – FREQUENZE: il Consiglio di Stato annulla parzialmente i provvedimenti di assegnazione dei *multiplex* del digitale terrestre e del cd. dividendo digitale, e ordina all'Agcom lo svolgimento di una nuova valutazione su tali assegnazioni (sentenze Cons. Stato nn. 5928/2018 e 5929/2018).

8. TLC – TERMINAZIONE MOBILE: il Tar Lazio conferma la correttezza dell'estensione anche agli operatori Full MVNO degli obblighi regolamentari in materia di terminazione su rete mobile (sentenza Tar Lazio n. 12385/2018).

9. TLC – INFRASTRUTTURE: l'AGCM segnala al Governo e agli enti locali gli ostacoli normativi per la realizzazione delle reti di telefonia mobile, anche in relazione allo sviluppo del 5G (segnalazione AGCM AS1551 del 21 dicembre 2018).

10. TLC – RAPPORTI CON UTENTI: il Tar Lazio accoglie i ricorsi in materia di fatturazione a 28 giorni limitatamente all'irrogazione delle sanzioni per violazione della Delibera 121/17/CONS, respingendoli per il resto (sentenza Tar Lazio n. 12481/2018).

1. INTERNET – HOSTING PROVIDER

La Corte di Cassazione chiarisce i limiti della responsabilità dell'*hosting provider* (sentenze Cass. nn. 7708/2019 e 7709/2019).

Con due sentenze pubblicate il 19 marzo 2019, entrambe relative a contenziosi sorti tra RTI (gruppo Mediaset) e Yahoo!, la Corte di Cassazione ha esaminato diverse questioni applicative degli artt. 14 e ss. D.Lgs. 70/2003 relativi all'attività degli *Internet service provider*.

Cass. n. 7708/2019:

La **sentenza Cass. 19 marzo 2019, n. 7708** si è pronunciata sulla diffusione, sul portale di Yahoo! Italia, di alcuni filmati televisivi su cui RTI vantava diritti di esclusiva. La sentenza App. Milano 7 gennaio 2015, n. 38, aveva integralmente respinto le domande di inibitoria e risarcimento danni formulate da RTI, ritenendo che Yahoo! operasse come mero prestatore di servizi di *hosting* e, quindi, non dovesse rispondere delle violazioni commesse dai soggetti che utilizzavano il suo servizio.

La Corte di Cassazione, annullando con rinvio la sentenza d'appello, ha invece **chiarito il perimetro dell'area di responsabilità dell'*hosting provider*** in termini più coerenti con la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia (da ultimo, sentenza 7 agosto 2018, causa C 521/17 *SNB-REACT*), fondata sulla distinzione tra *hosting provider* attivo e passivo. Le statuizioni della Suprema Corte hanno riguardato due principali aspetti.

- 1) **È sottratto al regime generale di esenzione della responsabilità** di cui all'art. 16 D.lgs. n. 70/2003 (e soggetto alle regole comuni della responsabilità civile) **il servizio di *hosting* "attivo"**, che non si limiti cioè alla messa a disposizione di contenuti sul web svolgendo attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, senza conoscere o controllare le informazioni trasmesse (come nel caso dell'*hosting* passivo). A tale riguardo, la Corte indica alcuni "indici d'interferenza" idonei a identificare tale figura: "*le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione*".
- 2) **L'*hosting provider* è comunque responsabile**, ai sensi dell'art. 16 D.Lgs. 70/2003, qualora non abbia provveduto all'immediata rimozione dei contenuti illeciti nel caso in cui:
 - **sia a conoscenza legale dell'illecito** perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure aliunde;
 - l'illeceità dell'altrui condotta sia **ragionevolmente constatabile**, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico;
 - **abbia la possibilità di attivarsi utilmente**, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere".

A ciò si aggiunga l'ipotesi, non oggetto di specifica analisi nella sentenza, in cui la conoscenza dell'illeceità dei contenuti derivi da una comunicazione delle autorità competenti.

Newsletter

APRILE 2019

Nel caso di specie, la Corte ha confermato che Yahoo! Italia operasse come *hosting provider* "passivo" ma, al contempo, ha ritenuto che il giudice di merito non avesse adeguatamente valutato se, alla luce delle diffide inviate da RTI (che indicavano solo il nome dei programmi e non anche gli *url* dei vari video caricati illecitamente) e della diligenza professionale dovuta, Yahoo! Italia fosse in grado di identificare i video illecitamente diffusi e di rimuoverli.

Corte Cass. n. 7709/2019:

La **sentenza Cass. 19 marzo 2019, n. 7709** ha invece riguardato la diffusione, attraverso il motore di ricerca di Yahoo!, di alcuni filmati di programmi Mediaset su cui quest'ultima vantava diritti di esclusiva. La sentenza Trib. Milano 25 settembre 2014 aveva respinto le domande di RTI dirette ad accertare la responsabilità di Yahoo! e inibirne la condotta illecita, ritenendo che l'attività del motore di ricerca rientrasse nell'area di esenzione della responsabilità prevista dall'art. 15 D.Lgs. 70/2003 per il *service provider* che svolge attività di *caching*, ossia di "memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di [...] informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltrare ad altri destinatari a loro richiesta", mantenendo una posizione di "neutralità" rispetto alle informazioni.

La Cassazione ha condiviso le conclusioni del giudice di merito, sottolineando che Yahoo!, attraverso il proprio motore di ricerca, **non aveva oltrepassato i limiti della prestazione di mero caching**, attraverso cui i siti pertinenti al criterio di ricerca indicato dall'utente sono selezionati e organizzati in un elenco, memorizzando temporaneamente ogni sito in una *cache* al fine di fornire per le chiavi di ricerca più frequentemente utilizzate i risultati della ricerca in tempi più rapidi, comunque senza modificare le informazioni e restando, quindi, in una situazione di neutralità rispetto alle stesse.

Ad analoghe conclusioni è giunta la Corte anche per le **attività di embedding** (che consente di visualizzare direttamente sul motore di ricerca immagini presenti su siti di terzi) e di **suggest search** (che offre suggerimenti per completare automaticamente le chiavi della ricerca) svolte dal motore di ricerca. Anche in questi casi, infatti, il giudice ha riconosciuto la posizione di neutralità del *service provider* rispetto alle informazioni messe a disposizione, con conseguente applicabilità dell'esenzione di cui all'art. 15 D.Lgs. 70/2003.

2. TLC - INFRASTRUTTURE

Il Consiglio di Stato rinvia alla Corte di Giustizia la questione dell'applicazione dei criteri di localizzazione delle stazioni radio base nei regolamenti comunali (ordinanza Cons. Stato n. 2033/2019).

L'**ordinanza Cons. Stato 27 marzo 2019, n. 2033**, pronunciandosi sull'impugnazione da parte di diversi operatori di telefonia mobile contro il Regolamento di Roma Capitale per la localizzazione, l'installazione e la modifica degli impianti di telefonia mobile (o stazioni radio base), ha rinviato in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia la questione della compatibilità con l'ordinamento UE dell'art. 8, comma 6, Legge 36/2001, che attribuisce ai Comuni la competenza a definire criteri di localizzazione per l'installazione degli impianti trasmissivi ("I comuni possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici").

L'amplessima giurisprudenza amministrativa relativa all'applicazione di questa norma è tendenzialmente improntata a un *favor* per l'installazione e gestione delle reti di telefonia, identificando i limiti entro i quali la suddetta competenza comunale può essere legittimamente

esercitata, anche in considerazione del fatto che gli impianti in questione sono qualificati come opere aventi "carattere di pubblica utilità" e "assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria" ai sensi degli artt. 86 e ss. D.Lgs. 259/2003. Tuttavia, la persistente presenza di numerosi regolamenti comunali, che vanno ben al di là dei limiti consentiti dall'art. 8, comma 6, Legge 36/2001, costituisce un rilevante ostacolo allo sviluppo delle reti di telefonia mobile e alla piena copertura del territorio.

Attraverso questo rinvio pregiudiziale, il Consiglio di Stato sembra quindi voler verificare l'esistenza di un'interpretazione della normativa interna che, coerentemente con gli obblighi comunitari, possa auspicabilmente rendere più uniforme e chiara la sua applicazione.

I dubbi di compatibilità con l'ordinamento comunitario si basano anche sul fatto che il favor legislativo posto a fondamento della normativa in materia si scontra con l'orientamento secondo cui, in linea generale, l'operatività di strumenti quali la SCIA e il silenzio assenso sulle istanze per l'installazione delle stazioni radio base trova un rilevante limite nella misura in cui le istanze non potrebbero comunque trovare accoglimento in presenza di contrasti con i limiti di localizzazione fissati a livello comunale.

In questo contesto, il Consiglio di Stato ha posto il seguente quesito pregiudiziale: "se il diritto dell'Unione europea osti a una normativa nazionale (come quella di cui all'articolo 8 comma 6 legge 22 febbraio 2001, n. 36) intesa ed applicata nel senso di consentire alle singole amministrazioni locali criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile, anche espressi sotto forma di divieto, quali il divieto di collocare antenne in determinate aree ovvero ad una determinata distanza da edifici appartenenti ad una data tipologia".

3. TV – PRODUZIONE

L'Agcom adotta il nuovo regolamento sugli obblighi di programmazione e investimento a favore di opere europee e opere di produttori indipendenti (Delibera Agcom 595/18/CONS)

L'Agcom, con [Delibera 595/18/CONS](#), ha definito la nuova disciplina relativa alle quote minime di programmazione e investimento a favore di opere europee (incluse quelle di espressione originale italiana) e opere di produttori indipendenti, in attuazione degli artt. da 44 a 44-septies TUSMAR (come introdotti dal D.Lgs. 204/2017). Il Regolamento si applica a tutti i fornitori di servizi di media audiovisivi, sia lineari sia non lineari, soggetti alla giurisdizione italiana (ai sensi dell'art. 1-bis TUSMAR), escluse le emittenti televisive locali. Di seguito l'indicazione schematica dei principali obblighi (di cui la delibera declina più in dettaglio alcuni aspetti applicativi).

Obblighi di programmazione in capo a fornitori di media audiovisivi lineari:

- programmazione di opere europee per una quota delle ore di diffusione non inferiore (su base annua) a:
 - 53% per il 2019
 - 56% per il 2020
 - 60% dal 2021;
- programmazione di opere di espressione originale italiana (ovunque prodotte) per una quota non inferiore a 1/3 (50% per la RAI) rispetto alla suddetta quota di programmazione di opere europee (su base annua);

Newsletter

APRILE 2019

- programmazione, tra le ore 18 e le 23, di opere di animazione, documentari e altre opere di alto contenuto culturale e scientifico di espressione originale italiana (ovunque prodotte) per una quota delle ore di diffusione non inferiore (su base settimanale) al 6% (12% per la RAI, di cui almeno la metà riservata a opere cinematografiche);
- programmazione di trasmissioni rivolte a minori per una quota delle ore di diffusione non inferiore al 3%, e di trasmissioni idonee alla visione di minori e adulti per una quota delle ore di diffusione non inferiore al 10% (su base annua).

Obblighi di investimento in capo a fornitori di media audiovisivi lineari:

- investimento di una quota degli introiti netti annui per il pre-acquisto, acquisto o produzione di opere europee non inferiore a:
 - 12,5% per il 2019 (18,5% per la RAI), da destinare per almeno il 10,4% a opere di produttori indipendenti (15,4% per la RAI);
 - 15% dal 2020 (20% per la RAI), da destinare per almeno il 12,5% a opere di produttori indipendenti (16,7% per la RAI).
- obbligo di investimento, rispetto alla suddetta quota di investimento in opere europee, in opere cinematografiche di espressione originale italiana, ovunque prodotte da produttori indipendenti, per una quota non inferiore a:
 - 3,5% per il 2019 (4% per la RAI)
 - 4% per il 2020 (4,5% per la RAI)
 - 4,5 dal 2021 (5% per la RAI);
- per la sola RAI, obbligo di investimento, rispetto alla suddetta quota di investimento in opere europee, in opere di animazione prodotte da produttori indipendenti per la formazione dell'infanzia, per una quota non inferiore al 5%.

Obblighi di programmazione e investimento in capo a fornitori di media audiovisivi a richiesta:

- programmazione di opere europee per una quota non inferiore al 30% delle ore messe a disposizione nel proprio catalogo (su base annua);
- programmazione di opere di espressione originale italiana (ovunque prodotte) per una quota non inferiore al 50% rispetto alla suddetta quota di programmazione di opere europee (su base annua);
- investimento di una quota degli introiti netti annui per il pre-acquisto, acquisto o produzione di opere europee di produttori non inferiore al 20%. Tale obbligo si applica anche in caso di cataloghi rivolti a consumatori italiani ma riconducibili a soggetti sotto la giurisdizione di altro Stato membro; in tal caso, la quota del 20% è calcolata sui ricavi netti conseguiti in Italia mediante la fornitura di servizi a richiesta.

Gli obblighi di programmazione sono calcolati sulla base delle ore totali di programmazione, escluso il tempo destinato a notiziari, manifestazioni sportive, giochi, pubblicità, servizi di teletext e televendite.

Gli obblighi d'investimento sono calcolati sulla base degli introiti netti annui riferiti ai servizi di media audiovisivi. Nel caso della RAI, si considerano i ricavi derivanti dal canone e dalla pubblicità connessa all'offerta televisiva.

Newsletter

APRILE 2019

Al fine di essere qualificata come “**produttore indipendente**”, un'impresa deve:

- a) svolgere attività di produzione audiovisiva;
- b) non avere legami di controllo e collegamento (ai sensi dell'art. 43, commi 14 e 15, TUSMAR) con fornitori di servizi di media audiovisivi soggetti alla giurisdizione italiana;
- c) soddisfare una delle seguenti ulteriori condizioni:
 - non destinare, per un periodo di tre anni consecutivi, oltre il 90% della propria produzione a un solo fornitore di servizi di media audiovisivi; o
 - essere titolari di diritti secondari.

La Delibera 595/18/CONS disciplina inoltre il procedimento per chiedere una **deroga (totale o parziale) dal rispetto dei suddetti obblighi di riserva**, qualora l'impresa richiedente soddisfi almeno uno dei seguenti requisiti:

- a) non abbia realizzato utili in ciascuno degli ultimi due esercizi relativamente ai servizi di media audiovisivi per cui è richiesta la deroga;
- b) abbia una quota di mercato in termini di ricavi da servizi di media audiovisivi inferiore all'1%;
- c) il carattere tematico del palinsesto o del catalogo del quale abbia la responsabilità editoriale non consente di approvvigionarsi da produttori indipendenti o di acquistare, pre-acquistare, produrre o co-produrre le opere audiovisive europee o italiane in questione.

La Delibera 595/18/CONS conferma inoltre l'obbligo di presentazione ad Agcom, entro il 30 settembre di ogni anno, del “**Modello Q**” contenente le informazioni per la vigilanza sul rispetto dei suddetti obblighi.

4. GOLDEN POWER – 5G

Il D.L. 22/2019 estende gli obblighi in materia di *Golden Power* anche alla tecnologia 5G – La Commissione Europea adotta la Raccomandazione “Cybersecurity of 5G”.

Nel contesto delle discussioni a livello mondiale sulla sicurezza delle nuove reti mobili in 5G, vi sono stati due importanti interventi del legislatore italiano e della Commissione Europea.

A livello nazionale, è stato pubblicato il **Decreto Legge 25 marzo 2019, n. 22** che, all'art. 1-bis, **estende gli obblighi in materia di poteri speciali del Governo (c.d. Golden Power) alle reti e tecnologie 5G**. Le nuove norme (che modificano il D.L. 21/2012) estendono l'obbligo preventivo di notifica alla Presidenza del Consiglio dei Ministri a tutti i contratti e agli acquisti di beni o servizi relativi alla **progettazione, realizzazione, manutenzione e gestione di reti 5G**, qualora posti in essere con soggetti esterni all'UE.

A tale riguardo, sono considerati soggetti extra UE non solo quelli che hanno la residenza, sede legale, stabilimento o sede principale degli affari al di fuori dell'UE, ma anche quelli che, pur avendo la sede o lo stabilimento in uno Stato membro, sono comunque controllati da soggetti con sede o stabilimento al di fuori dell'UE, nonché i soggetti che hanno sede o stabilimento nell'UE al solo fine di eludere l'applicazione della disciplina in esame.

Il D.L. 22/2019 non ha modificato gli aspetti procedurali della notifica che, quindi, deve essere effettuata prima dell'esecuzione dell'accordo o dell'operazione. Nei 15 giorni successivi alla notifica,

qualora rilevi la minaccia di un grave pregiudizio per gli interessi della sicurezza e della difesa nazionale, il Governo può vietare l'operazione oppure imporre misure prescrittive.

Il Decreto non chiarisce se l'obbligo di notifica sia applicabile anche ai **contratti già conclusi** prima della sua entrata in vigore. Si tratta di una questione di particolare rilievo, dal momento che una parte significativa degli accordi relativi al 5G è già stata sottoscritta, oltre che in considerazione delle gravi conseguenze in caso di violazione delle norme in questione.

Inoltre, in data 26 marzo 2019 la Commissione ha pubblicato la **Raccomandazione "Cybersecurity of 5G networks"**, che si prefigge lo scopo di rafforzare la protezione delle reti 5G dai rischi di *cybersecurity* derivanti sia da fattori tecnici connessi alle caratteristiche delle reti 5G, sia dalle condizioni giuridiche e di *policy* a cui i fornitori di apparati sono soggetti in Stati terzi.

Sulla base di questa Raccomandazione, entro il 30 giugno 2019, gli Stati sono chiamati a effettuare una **valutazione dei rischi sulle reti 5G, identificando i requisiti di sicurezza e i modelli di gestione del rischio** applicabili in relazione alle minacce di *cybersecurity*. In forza di quanto precede, gli Stati potranno anche imporre specifici obblighi agli operatori coinvolti nello sviluppo e gestione delle reti 5G.

In questo contesto, sono stati previsti anche strumenti di coordinamento e armonizzazione a livello UE delle misure applicate nei diversi Stati, in particolare nell'ambito del Gruppo di Cooperazione di cui alla Direttiva 2016/1148 e dell'Agenzia europea per la *cybersecurity* (ENISA).

5. MEDIA - INTERNET

La Corte di Giustizia si pronuncia in via pregiudiziale sulla qualificazione dell'attività di trasmissione di canali televisivi in streaming su Internet (sentenza Corte di Giustizia 13 dicembre 2018, causa C-298/17 France Télévisions).

La **sentenza Corte di Giustizia 13 dicembre 2018, causa C-298/17 France Télévisions** ha fornito alcuni importanti chiarimenti sulla qualificazione regolamentare di un'impresa che trasmette su Internet canali televisivi di terzi e sull'applicazione a tale impresa degli obblighi di trasmissione (*must carry*).

La fattispecie riguardava una decisione dell'autorità di regolazione francese (*Conseil supérieur de l'Audiovisuel*) che, in applicazione di un obbligo di *must carry* previsto dalla normativa interna, aveva ingiunto a *France Télévisions* (l'organismo pubblico di diffusione radiotelevisiva francese, che trasmette i propri canali anche in *streaming* sul proprio sito Internet) di non opporsi alla ritrasmissione dei propri canali sul sito Internet gestito da una società terza (*Playmédia*) che propone gratuitamente la trasmissione in streaming e in diretta di diversi canali televisivi.

Con la prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio ha esaminato la natura giuridica di un'impresa come *Playmédia* che propone la visione di programmi televisivi in *streaming* e in diretta su Internet. In particolare, la Corte ha **escluso che tale impresa sia qualificabile come fornitrice di una rete di comunicazioni elettroniche** destinata alla distribuzione di servizi di diffusione televisiva o radiofonica al pubblico ai sensi dell'art. 31 Direttiva "Servizio Universale" 2002/22/CE, dal momento che essa non gestisce una rete di comunicazioni, ma si limita a fornire e trasmettere contenuti attraverso essa. A questo riguardo, le conclusioni dell'Avv. Gen. Maciej Szpunar del 5 luglio 2018 hanno sottolineato che "per poter affermare di gestire o fornire una rete, non è sufficiente utilizzarla per le esigenze della propria attività economica. Parimenti, l'attività di *Playmédia* non consiste nella trasmissione di segnali su una rete (Internet), bensì nella loro produzione. Sono i fornitori della rete e

Newsletter

APRILE 2019

dell'accesso a tale rete a trasmettere detti segnali e a fornire quindi un servizio di comunicazione elettronica, ai sensi dell'articolo 2, lettera c), della direttiva 2002/21".

Di conseguenza, un'impresa che si limita a fornire contenuti in *streaming* attraverso Internet non rientra nell'ambito di applicazione degli obblighi di trasmissione (*must carry*) previsti dal citato art. 31 Direttiva 2002/22/CE.

In merito alla prima questione, la Corte ha quindi concluso che *"l'articolo 31, paragrafo 1, della direttiva servizio universale dev'essere interpretato nel senso che un'impresa che propone la visione di programmi televisivi in streaming e in diretta su Internet non deve, per ciò solo, essere considerata un'impresa che fornisce una rete di comunicazione elettronica destinata alla distribuzione di servizi di diffusione televisiva o radiofonica al pubblico"*.

Con riferimento alle ulteriori questioni pregiudiziali, la Corte ha verificato se talune norme del diritto UE ostino all'imposizione da parte di uno Stato Membro di un **obbligo di trasmissione in capo a imprese che, come nel caso di specie, non rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 31 Direttiva 2002/22/CE** (poiché non forniscono una rete di comunicazioni elettroniche), ma si limitano a proporre la trasmissione su Internet di canali televisivi. La Corte non ha rilevato specifici impedimenti nella Direttiva 2002/20/CE all'applicazione di una siffatta norma nazionale, mentre non ha approfondito l'applicazione di altre norme UE, avendo ritenuto irricevibile l'istanza di rinvio in relazione a tale aspetto.

Con riferimento alla liceità di obblighi di *must carry* aventi un ampio ambito applicativo ampio come nel caso francese, l'Avv. Gen. Maciej Szpunar ha evidenziato che *"l'imprescindibile corollario di un siffatto obbligo di trasmissione è quello di porre a carico degli organismi televisivi interessati l'obbligo di consentire la trasmissione dei loro programmi da parte delle imprese soggette all'obbligo di trasmissione"*.

La Corte ha quindi concluso che *"le disposizioni della direttiva 2002/22 devono essere interpretate nel senso che non ostano a che uno Stato membro imponga, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, un obbligo di trasmissione alle imprese che, senza fornire reti di comunicazione elettronica, propongono la visione di programmi televisivi in streaming e in diretta su Internet"*.

6. TLC – ACCESSO ALLA RETE FISSA

Il Consiglio di Stato annulla parzialmente la Delibera Agcom 424/17/CONS che aveva rideterminato le condizioni di fornitura dei servizi *bitstream* e ULL (sentenza Cons. Stato n. 1787/2019).

Con **sentenza 18 marzo 2019, n. 1787**, in accoglimento del ricorso per inottemperanza di Fastweb, il Consiglio di Stato ha parzialmente annullato la Delibera Agcom 424/17/CONS che, in esecuzione di una precedente pronuncia giudiziale di accoglimento dei ricorsi di TIM e Fastweb (sentenza Cons. Stato n. 3143/2016), aveva rideterminato le condizioni tecniche ed economiche dei servizi *wholesale* di accesso alla rete fissa di TIM (in particolare, ULL e *bitstream*) e approvato la relativa Offerta di Riferimento di TIM per il 2013.

In particolare, il Consiglio di Stato ha identificato due profili di violazione dell'effetto conformativo alla propria precedente sentenza n. 3143/2016, con conseguente obbligo per Agcom di rinnovare l'istruttoria in merito a questi aspetti:

1) al fine di accertare il costo effettivo del servizio di manutenzione correttiva (quale componente essenziale del canone dei servizi di accesso), **l'Agcom non ha effettuato un'analisi puntuale dei contratti con le imprese fornitrici di tale servizio (c.d. System)**, ma si è limitata a un'insufficiente valutazione astratta e indipendente rispetto al costo effettivo: *"sarebbe stato onere di AgCom valutare se e in che misura i contratti con i system potessero comportare una incisiva riduzione dei costi di manutenzione, proprio in un'ottica di efficienza, mediante applicazione di tariffe forfetarie per gli interventi sulla rete; e, quindi, considerare l'integralità dei contratti system/MOI, rinnovando sul punto l'istruttoria. Questo vincolo è stato disatteso, in quanto AgCom ha proposto una impostazione di metodo (fondata su ipotesi astratte indipendenti dalla ricostruzione del costo effettivo [...]) difforme da quella alla quale la orientava la sentenza"*;

2) **l'Agcom ha eluso l'effettuazione della verifica relativa alla possibile duplicazione dei costi del servizio di bonifica evolutiva** (che include le attività di risoluzione dei guasti che coinvolgono elementi strutturali della rete di accesso), al fine di accertare se fossero già inclusi nei costi della bonifica impulsiva (che comprende gli interventi con risoluzione dei guasti di un singolo utente): *"la delibera [...] non risponde (neppure in sede processuale) al rilievo di Fastweb secondo il quale nei contratti system è già inclusa la bonifica evolutiva, la quale, dunque, non dovrebbe essere computata a parte, stando ad un criterio di stima dei costi effettivi ed efficienti. Più in generale, la delibera del 2017 ripropone invariato lo schema motivazionale delle precedenti delibere, limitandosi a parafrasarne il contenuto ma senza aggiungere alcun elemento istruttorio in grado di chiarire, in termini effettivi, l'assenza di duplicazione dei costi"*.

Un ulteriore aspetto di interesse della sentenza in esame riguarda il riconoscimento della corretta applicazione da parte dell'Agcom di un **metodo di rideterminazione degli obblighi regolamentari "ora per allora"**, utilizzando cioè i dati disponibili all'epoca della precedente delibera parzialmente annullata. Al riguardo, la sentenza ha sottolineato che tale impostazione metodologica, *"evitando il rischio di una continua rivalutazione ex-post delle decisioni dell'AgCom, è l'unica in grado di garantire la certezza e la stabilità regolamentare"*.

7. MEDIA - FREQUENZE

Il Consiglio di Stato annulla parzialmente i provvedimenti di assegnazione dei multiplex del digitale terrestre e del cd. dividendo digitale, e ordina all'Agcom lo svolgimento di una nuova valutazione su tali assegnazioni (sentenze Cons. St. nn. 5928/2018 e 5929/2018).

Con le sentenze **16 ottobre 2018, n. 5928** e **16 ottobre 2018, n. 5929**, il Consiglio di Stato ha parzialmente accolto gli appelli di Persidera ed Europa Way relativi a due giudizi particolarmente articolati aventi ad oggetto i provvedimenti di Agcom e del MISE relativi all'assegnazione delle frequenze (o multiplex) per la trasmissione del segnale televisivo nella fase di **transizione dalle trasmissioni in tecnica analogica** (2009-2010), e nella successiva **assegnazione delle ulteriori frequenze del c.d. dividendo digitale** (2012-2013). Queste pronunce fanno seguito alle sentenze rese in via pregiudiziale dalla Corte di Giustizia C-560/15 e C-112/16 del 27 luglio 2017 su rinvio dello stesso Consiglio di Stato.

La sentenza n. 5928/2018 ha annullato le Delibere Agcom 181/09/CONS e 300/10/CONS a causa della mancata assegnazione a Persidera (già TIMB) di un quarto multiplex nazionale. Secondo il Consiglio di Stato, ciò ha determinato un **trattamento ingiustificatamente peggiorativo e**

discriminatorio rispetto a Rai ed Elettronica Industriale (Mediaset) che, invece, hanno potuto beneficiare della conversione delle frequenze da analogiche a digitali anche per quei canali (Rai 3 e Rete 4) che avevano operato in violazione dei limiti concentrativi imposti dalla Legge 249/1997, come rilevato anche da diverse sentenze della Corte Costituzionale del 1994 - 2002. In questo contesto, l'Agcom non si sarebbe dovuta limitare a valutare la sopravvenuta conformità da parte dei suddetti due canali televisivi ai nuovi parametri normativi (art. 8-novies, comma 4, D.L. 59/2008), ma avrebbe dovuto effettuare *"ogni altra valutazione intesa a chiarire se l'ingresso e la permanenza nel mercato di tali operatori fossero avvenuti in piena armonia con le previgenti norme di settore e risultassero meritevoli di una piena equiparazione alla condizione degli altri attori del mercato"*. Tale analisi era tanto più necessaria alla luce delle diverse pronunce della Corte di Giustizia (sentenza 31 gennaio 2008, causa C-380/05 *Centro Europa 7*) e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sentenza 7 giugno 2012, ricorso n. 38433/09 *Centro Europa 7*) che avevano riconosciuto l'indebito vantaggio di cui avevano goduto Rai e Mediaset nei confronti degli altri operatori concorrenti in ragione della suddetta situazione.

Nel giudizio di cui alla sentenza n. 5929/2018, il Consiglio di Stato ha annullato i provvedimenti del 2012 e 2013 del MISE e dell'Agcom con cui era stato disposto **l'annullamento della procedura non onerosa di c.d. beauty contest** per l'assegnazione di ulteriori frequenze per la trasmissione televisiva del digitale terrestre (c.d. dividendo digitale). Gli atti impugnati, infatti, hanno rappresentato l'esecuzione di una norma di legge (art. 3-*quinquies* D.L. 16/2012) che, avendo stabilito "a monte" l'annullamento del *beauty contest*, aveva violato l'indipendenza dell'autorità di regolazione garantita dall'art. 3, comma 3-bis, della Direttiva "Quadro" 2002/21/CE. La sentenza ha perciò disapplicato la citata norma, sottolineando che *"esiste una vera e propria riserva di amministrazione indipendente, che garantisce alle ANR un ambito di regolamentazione sottratto all'intervento delle autorità politiche proprio per assicurare l'indipendenza della funzione regolarità e la prevedibilità delle relative decisioni"*.

Nonostante le pronunce di parziale accoglimento, entrambe le sentenze hanno **respinto le richieste di risarcimento del danno** presentate da Persidera poiché:

- per quanto riguarda la sentenza n. 5928/2018, il danno da mancata assegnazione del quarto multiplex è stato escluso a causa dall'insussistenza di un diritto soggettivo di Persidera a ottenerne l'attribuzione, mentre un danno da svantaggio competitivo (potenzialmente derivante dall'allocatione delle risorse frequenziali a svantaggio di Persidera) non è stato oggetto di adeguata dimostrazione;
- per quanto riguarda la sentenza n. 5929/2018, il danno da c.d. interesse negativo per l'inutile partecipazione al *beauty contest* è escluso in ragione dell'assenza di un legittimo affidamento fondato su una *"assicurazione precisa ... proveniente da fonte autorizzata e affidabile"*.

Infine, con riferimento all'effetto conformativo di entrambe le sentenze, il Consiglio di Stato ha sottolineato che l'annullamento dei provvedimenti impugnati **non comporta un effetto demolitorio anche nei confronti dei provvedimenti derivati** (in particolare, quelli che hanno assegnato ad altri operatori le frequenze del digitale terrestre), poiché ciò comporterebbe un *"vuoto regolativo retroattivo"* che altererebbe l'intero assetto del mercato audiovisivo. In questo contesto, l'Agcom è quindi chiamata a **effettuare una nuova analisi, ora per allora, sull'assetto dell'assegnazione delle frequenze** e, in particolare, per valutare la necessità di assegnare ulteriori capacità frequenziale a Persidera, e/o di tornare allo svolgimento di un *beauty contest* a fronte della procedura onerosa che è stata successivamente svolta (e che ha condotto all'aggiudicazione di un *multiplex* a Cairo

Network). Tale analisi, peraltro, si inserisce nell'ambito delle attività previste dalla Legge 205/2017 (come modificata dalla Legge 145/2018) relative alla conversione e ridistribuzione degli attuali *multiplex* nella tecnologia DVB-T2, anche al fine di liberare la banda 700 MHz da utilizzare per la fornitura di servizi 5G.

8. TLC – TERMINAZIONE MOBILE

Il Tar Lazio conferma la correttezza dell'estensione anche agli operatori Full MVNO degli obblighi regolamentari in materia di terminazione su rete mobile (sentenza Tar Lazio n. 12385/2018).

La sentenza Tar Lazio 19 dicembre 2018, n. 12385 ha respinto il ricorso di un operatore mobile Full MVNO (Noverca) contro la Delibera Agcom 497/15/CONS relativa **all'approvazione degli obblighi di regolazione ex ante nel mercato della terminazione vocale** su rete mobile per il periodo 2014-2017. Le censure della ricorrente riguardavano sia l'imposizione degli obblighi di prezzo in capo agli operatori Full MVNO, sia il livello della tariffa di terminazione imposta (0,98 eurocent./min.) allo stesso livello di quella degli operatori di rete mobile (MNO).

La rilevanza di questa sentenza, che ha pienamente confermato la correttezza del contenuto della delibera impugnata, va ricollegata anche al fatto che la più recente Delibera 599/18/CONS (relativa alla determinazione degli obblighi ex ante della terminazione mobile per il 2018-2021) ha confermato l'estensione degli obblighi di prezzo anche agli operatori Full MVNO.

Per quanto riguarda la determinazione di una medesima tariffa di terminazione mobile sia per gli MNO che per i Full MVNO, il Tar ha condiviso la conclusione dell'Agcom secondo cui **"la struttura dei costi della ricorrente e degli altri Full MVNO non differisce in maniera significativa da quella degli MNO, nella fornitura del servizio di terminazione su rete mobile"**, anche perché MNO e Full MVNO utilizzano i medesimi elementi della rete di accesso radio.

Il Tar ha rilevato altresì che, in assenza di una preventiva determinazione di obblighi di prezzo, gli operatori Full MVNO sarebbero liberi sfruttare la loro posizione di monopolisti sulla rete mobile di proprietà al fine di ottenere una tariffa di terminazione superiore rispetto a quella regolamentata.

La sentenza in esame ha inoltre escluso effetti pregiudizievoli a danno degli operatori Full MVNO derivanti dai rapporti contrattuali con gli MNO ospitanti (in termini di maggiori prezzi del servizio di *airtime* imposti da questi ultimi per l'ospitalità sulla rete mobile), anche in considerazione dell'obbligo per gli MNO di offrire il servizio all'ingrosso alle stesse condizioni economiche e tecniche applicate alle proprie divisioni interne, nonché di **praticare agli operatori ospitati su propria rete prezzi di terminazione non discriminatori** rispetto a quelli relativi al proprio traffico voce *on-net*. Il Tar ha sottolineato perciò che *"nel mercato della terminazione, gli operatori ospitanti devono garantire ai full MVNO le stesse condizioni tecniche ed economiche di accesso alla rete radio garantite alla propria divisione interna. Il che assicura, non solo la parità di trattamento, ma anche la possibilità di accedere alle stesse economie di scala dell'ospitante"*.

9. TLC - INFRASTRUTTURE

L'AGCM segnala al Governo e agli enti locali gli ostacoli normativi per la realizzazione delle reti di telefonia mobile, anche in relazione allo sviluppo del 5G (segnalazione AGCM AS1551 del 21 dicembre 2018)

La Segnalazione dell'AGCM AS1551 del 21 dicembre 2018 ha posto all'attenzione del Governo, delle Regioni e dei Comuni italiani i molteplici **ostacoli normativi all'installazione di impianti di trasmissione radiomobile**. Le criticità riscontrate dall'AGCM, e sulle quali è stato sollecitato un intervento normativo, possono essere sintetizzate come segue:

- 1) applicazione a livello comunale di numerosi criteri di localizzazione degli impianti che, seppur adottati ai sensi dell'art. 8, comma 6, Legge 36/2001, in realtà prescrivono **obblighi di localizzazione generici e che non tengono conto delle esigenze tecniche** legate all'architettura della rete e agli obiettivi di copertura del servizio, impendendo in definitiva la copertura di rete in determinate aree;
- 2) procedure autorizzative eterogenee e che impongono **oneri aggiuntivi rispetto a quelli previsti dagli artt. 86 e ss. D.Lgs. 259/2003**, quali ad esempio l'obbligo di presentare un permesso di costruire, la richiesta di allegare documenti ulteriori e non necessari ai fini del rilascio delle autorizzazioni, l'imposizione del pagamento di diritti di segreteria e/o di istruttoria;
- 3) per quanto riguarda i controlli sulle emissioni svolti dalle ARPA, in diversi casi gli operatori esistenti sono stati **autorizzati per valori di potenza nominali superiori rispetto a quelli effettivamente utilizzati**, con conseguente saturazione dei limiti elettromagnetici autorizzati, pur a fronte di ulteriore spazio per l'installazione di altri impianti presso lo stesso sito.

L'AGCM ha segnalato altresì l'opportunità di **rivedere i limiti di emissioni elettromagnetiche attualmente previsti dal D.P.C.M. 8 luglio 2003** (in particolare, l'obiettivo di qualità di 6V/m), che sono di gran lunga inferiori rispetto a quanto indicato dalla Raccomandazione UE del 12 luglio 1999 e a quanto applicato negli altri Stati europei.

Secondo l'AGCM, i suddetti ostacoli restringono ingiustificatamente la concorrenza nei mercati delle telecomunicazioni dal momento che sono suscettibili di:

- produrre effetti discriminatori nei confronti dei nuovi entranti e delle nuove tecnologie;
- compromettere l'assolvimento degli obblighi di copertura a carico di ciascun operatore;
- ridurre la qualità e la tipologia di servizi forniti agli utenti.

Tali effetti negativi, peraltro, sono ulteriormente amplificati con riferimento all'installazione delle nuove reti 5G, con conseguente possibile rallentamento della transizione a tale nuova tecnologia.

10. TLC – RAPPORTI CON UTENTI

Il Tar Lazio accoglie i ricorsi in materia di fatturazione a 28 giorni limitatamente all'irrogazione delle sanzioni per violazione della Delibera 121/17/CONS, respingendoli per il resto (sentenza Tar Lazio n. 12481/2018)

Newsletter

APRILE 2019

Con sentenza 21 dicembre 2018, n. 12481 (di contenuto analogo alle successive sentenze nn. 1956/2019 e 231/2019), il Tar Lazio si è pronunciato nei confronti dei ricorsi presentati dagli operatori di telefonia contro le delibere Agcom che avevamo accertato e sanzionato la violazione dell'obbligo di fatturazione su base mensile (introdotto dalla Delibera 121/17/CONS per i servizi fissi e integrati fissi-mobili, ed esteso dall'art. 19-*quinquiesdecies* del D.L. 148/2017 a tutti i servizi di telefonia e televisivi), imponendo inoltre il rimborso delle somme agli utenti (attraverso la posticipazione della fattura in misura pari ai giorni di servizio "erosi" con la fatturazione a 28 giorni).

In primo luogo, il Tar ha annullato le sanzioni irrogate per l'omessa tempestiva applicazione del divieto di fatturazione a 28 giorni di cui alla Delibera 121/17/CONS, ritenendo che l'Agcom abbia **erroneamente applicato il regime sanzionatorio introdotto successivamente alla consumazione dell'illecito**. Infatti, la modifica dell'art. 98, comma 16, D.Lgs. 259/2003 (con cui è stato incrementato il massimo edittale delle sanzioni in questione a Euro 1.160.000) è entrata in vigore ad agosto 2017, mentre l'illecito in questione si è consumato a giugno 2017, allo spirare del termine concesso dall'Agcom per l'adeguamento alla Delibera 252/16/CONS. Il Tar ha quindi disposto che l'Agcom proceda alla rideterminazione della sanzione sulla base del previgente sistema sanzionatorio.

Si indicano di seguito i principali aspetti di interesse relativi ai motivi di ricorsi respinti:

- l'art. 19-*quinquiesdecies* del D.L. 148/2017 (che aveva esteso l'obbligo di fatturazione su base mensile a tutti i servizi fissi e mobili, nonché quelli televisivi) **non ha avuto efficacia abrogatrice della Delibera Agcom 121/17/CONS**, dal momento che non aveva efficacia retroattiva e non si è posto in contrasto con il precedente intervento regolamentare;
- gli interventi dell'Agcom relativi al contenuto dei contratti tra operatori e utenti trovano la propria base giuridica, in particolare, nell'art. 71 D.Lgs. 259/2003 e negli obiettivi di cui alle leggi istitutive dell'Agcom (Legge 481/1995 e Legge 249/1997). Al riguardo, il Tar sottolinea che **"si tratta di norme dai tratti generali, che impongono un intervento attuativo dell'Autorità, chiamata ad individuare gli strumenti operativi più adeguati, per il raggiungimento degli scopi individuati dalle disposizioni sopra richiamate"**;
- per quanto riguarda la diffida a eliminare gli effetti dell'illegittima prosecuzione della fatturazione a 28 giorni, il Tar ha respinto le censure di violazione dei principi di **partecipazione procedimentale**, sottolineando che gli operatori sono stati messi nella condizione di rappresentare le proprie argomentazioni difensive, che peraltro hanno trovato in parte accoglimento nelle determinazioni dell'Agcom successive agli interventi cautelari del Tar. Inoltre, secondo la sentenza, *"le norme in materia di partecipazione non devono essere applicate meccanicamente e a fini meramente strumentali e, in secondo luogo, che il contraddittorio (di cui si deduce la mancanza) si concreti in un'effettiva utilità per l'esplicazione dell'azione amministrativa"*;
- ordinando le **misure restitutorie a favore degli utenti**, l'Agcom non ha imposto una prestazione a titolo gratuito a carico degli operatori, bensì una *"una misura di carattere ripristinatorio volta a determinare una restitutio in integrum nei confronti degli utenti, sottoposti - come peraltro non contestato fra le parti - ad un sostanziale aumento tariffario"*, che trova la propria fonte nei medesimi poteri regolamentari sopra indicati;

Newsletter

APRILE 2019

- l'Agcom non ha violato la libertà degli operatori di incrementare i prezzi agli utenti, ma ha ordinato la cessazione di un comportamento lesivo dei diritti degli utenti.

Con successive ordinanze del 20 dicembre 2018 e 20 marzo 2019, il Consiglio di Stato ha sospeso fino al 21 maggio 2019 l'attuazione delle misure restitutorie a favore degli utenti imposte dall'Agcom agli operatori.

Newsletter

APRILE 2019

Il Dipartimento di *Telecomunicazioni, Media e Nuove Tecnologie* di Legance è a disposizione per qualsiasi chiarimento ed approfondimento, anche in relazione a fattispecie specifiche.

Per ulteriori informazioni:

Valerio Mosca

Counsel

T. +39 06.93.18.271
vmosca@legance.it

oppure il Vostro professionista di riferimento all'interno di Legance.

Newsletter

APRILE 2019

LO STUDIO

Legance è uno studio legale italiano con un team di professionisti esperti, dinamici e orientati al risultato, il cui affiatamento ha reso possibile un modello organizzativo flessibile ed incisivo che, attraverso dipartimenti attivi in tutti i settori della consulenza legale d'affari, esprime il giusto equilibrio tra specialista e avvocato come consulente globale. Legance conta oltre 230 avvocati, nelle sedi di Milano, Roma, Londra e New York. Le aree di competenza sono: Fusioni, Acquisizioni e Diritto Societario; Banking; Project Financing; Debt Capital Markets; Equity Capital Markets; Financial Intermediaries Regulation; Fondi di Investimento; Contenzioso, Arbitrati ed ADR; Ristrutturazioni e Procedure Concorsuali; Ue, Antitrust e Regolamentazione; Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali; Diritto Tributario; Diritto Amministrativo; Diritto Immobiliare; Diritto dell'Energia, Gas e Risorse Naturali; Compliance; Diritto della Navigazione e dei Trasporti; Proprietà Intellettuale; TMT (Technology, Media, Telecommunications); Diritto Ambientale; Insurance; Nuove Tecnologie; Legislazione Alimentare; Data Protection. Per maggiori informazioni, potete visitare il nostro sito web: www.legance.it.

DISCLAIMER

La presente Newsletter ha il solo scopo di fornire informazioni di carattere generale. Di conseguenza, non costituisce un parere legale né può in alcun modo considerarsi come sostitutivo di una consulenza legale specifica.

Questa newsletter viene inviata a persone che hanno fornito i loro dati personali nel corso di relazioni professionali, riunioni, seminari, workshop o eventi simili. È possibile anche ricevere questa newsletter perché si è autorizzato Legance. È possibile riceverla, infine, perché è stato dato mandato a Legance in passato. Se si desidera non ricevere più la newsletter, si prega di scrivere un'email a newsletter@legance.it e le informazioni saranno rimosse dalla lista dei destinatari. Finché non si effettua la cancellazione dalla lista dei destinatari i dati personali saranno trattati su supporto cartaceo o elettronico per finalità relative alla gestione dei rapporti professionali esistenti, o per motivi di informazione e divulgazione, ma non saranno comunicati a terzi, a meno che tale comunicazione non sia imposta dalla legge o strettamente necessaria per gestire la relazione professionale. Titolare del trattamento è **Legance - Avvocati Associati**. L'elenco dei responsabili del trattamento è disponibile scrivendo un'email a clienti.privacy@legance.it. È possibile in ogni caso esercitare i propri diritti come stabilito dall'attuale normativa sulla protezione dei dati personali. In tale ultimo caso le richieste devono essere inoltrate via fax a **Legance - Avvocati Associati**, al n. +39 06 93 18 27 403.

Legance - Avvocati Associati ed i suoi soci non sono sottoposti alla regolamentazione della Solicitors Regulation Authority ("SRA") ed il piano assicurativo obbligatorio previsto dalla SRA non è loro applicabile (sono viceversa coperti da un apposito piano assicurativo italiano). Una lista dei soci di Legance - Avvocati Associati è consultabile presso l'ufficio di Londra in Aldermay House 10-15 Queen Street - EC4N1TX, oppure all'indirizzo legance.it. Legance LLP fornisce consulenza solo su materie di diritto italiano.