

Il disegno di legge Gentiloni sulla disciplina del settore televisivo: luci e ombre*

di

Giovanna De Minico

SOMMARIO: 1. I profili d'incompatibilità comunitaria della legge Gasparri. - 2. Il tentativo di risposta del disegno di legge Gentiloni. - 3. Le zone d'ombra del disegno di legge Gentiloni (3.1. La normativa antitrust speciale. 3.2. La disciplina asimmetrica).

1. Il d.d. l. 1825¹ si pone l'obiettivo di rispondere ai rilievi di incompatibilità comunitaria della legge 112/04² contestati dalla Commissione Europea nel corso della procedura di infrazione contro lo Stato Italiano³.

L'atto in esame non vuole essere una nuova legge di sistema sulla comunicazione audiovisiva, ne sia prova l'esistenza di un separato

* Il lavoro riprende, con diverse integrazioni e approfondimenti tematici, uno scritto pubblicato in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹ Il riferimento è all'A.C. 1825, XV Leg., Disegno di legge, recante "Disposizioni per la disciplina del settore televisivo nella fase di transizione alla tecnologia digitale", presentato il 16 ottobre 2006, attualmente in corso di esame presso le Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati.

² Legge 3 maggio 2004, n.112, recante "Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della Rai-radiotelevisione italiana S.p.a., nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione", in *G.U.*, serie generale, 5 maggio 2004, n.104.

³ Cfr.: Commissione Europea, *Doc. IP/06/1019*, del 19 luglio 2006, con cui si invitava l'Italia, con lettera di costituzione in mora, a emendare la L.112 per allinearla alle prescrizioni europee sulle comunicazioni elettroniche, cioè al Pacchetto Direttive richiamate alla nota successiva. Al momento in cui si scrive, il d.d.l. Gentiloni - sul quale la Commissione Europea aveva espresso un parere sostanzialmente favorevole pur con puntuali osservazioni emendative - ha da poco intrapreso un faticoso iter legislativo. Pertanto, permanendo l'inosservanza dell'Italia alle prescrizioni comunitarie, la Commissione (ex art.226 del TCE) si è pronunciata con un parere motivato (Commissione Europea, *Parere motivato-Infrazione 2005/5086 (PM226 CEE)*, con cui, accertata la permanenza dell'illecito comunitario, ha invitato l'Italia a "prendere le disposizioni necessarie per conformarsi al presente parere, entro due mesi dal ricevimento del medesimo".

progetto per la riforma della concessionaria pubblica⁴, ma piuttosto la possibile proposta emendativa alla L. 112 al fine di sottrarre l'Italia al deferimento dinanzi alla Corte di Giustizia per violazione degli obblighi comunitari⁵.

Un disegno unitario dell'audiovisivo, benché rimanga la soluzione preferibile in termini di diritto, non era la strada praticabile politicamente: i tempi della mediazione politica su questi temi non erano comprimibili nonostante le pressioni comunitarie. E ove mai si fosse raggiunto un accordo su una nuova legge, esso non sarebbe valso, perché tardivo, a sottrarre l'Italia dalla condanna per inottemperanza agli impegni comunitari. L'urgenza ha reso dunque necessario separare la trattativa politica sulla disciplina antitrust – sollecitata più volte dalla Commissione - da quella sull'assetto della Rai; il che non ha azzerato il limite di questa opzione regolatoria, che, a differenza di quella unitaria, non parametrava l'efficacia della disciplina anticoncettiva alla futura fisionomia del concessionario pubblico; lì dove la quantificazione del massimale delle risorse frequenziali o economiche detenibili da uno stesso soggetto dovrebbe essere imprescindibile dal modo di essere del concorrente pubblico. In altri termini, le soglie numeriche del diritto antitrust nel settore delle comunicazioni prevengono il sintetizzarsi del pluralismo informativo se concepite come variabili dipendenti, non dai soli fattori di mercato, secondo quanto richiesto dal diritto della concorrenza, ma altresì dalla *governance* del competitore pubblico, dalla latitudine del servizio pubblico, nonché dalle sue modalità di finanziamento.

Al fine di valutare se e in che misura la reazione del d.d.l. sia stata proporzionata alle censure di anticomunitarietà della legge 112, ricordiamole in breve.

⁴ Vedi il testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 17/05/07 (consultabile in www.ministerocomunicazioni.it), recante "Disciplina e organizzazione del servizio pubblico generale radiotelevisivo", ad oggi non ancora presentato alle Camere. L'atto è stato preceduto da una consultazione pubblica avente a oggetto le "Linee guida per la riforma della Rai" avviata dal Ministro Gentiloni il 9/1/07.

Per un primo commento alle Linee guida si veda: Aa.Vv., *La riforma della Rai-TV. Un seminario sulle "Linee guida per la riforma della Rai"*, Passigli, 2007, tra i contributi sia consentito il rinvio al nostro lavoro, a pp. 93-104, dove si sollecitano alcune proposte emendative al progetto, alcune delle quali - ad esempio, il mantenimento dell'unità giuridica del soggetto Rai contro l'ipotesi della suo spezzettamento in tre distinte società - sono state accolte nella versione approvata dal Consiglio dei Ministri il 17 maggio 2007.

⁵ In proposito si veda la Relazione introduttiva all'A.C. 1825, cit., a p. 4, in cui si rende esplicito l'intento del Governo "di presentare entro ottobre 2006 un disegno di legge di riforma del sistema radiotelevisivo finalizzato a disciplinare la fase transitoria del passaggio dalla tecnologia analogica alla tecnologia digitale secondo i principi dell'ordinamento comunitario".

a) Il primo rilievo interessa il sistema predisposto dalla L. 112 per consentire all'operatore televisivo l'accesso allo spettro frequenziale; la L. 112 equipara all'avvio *ex novo* di attività radiotelevisiva in tecnica digitale la prosecuzione del servizio audiovisivo già intrapreso, entrambi condizionati rispettivamente al rilascio (art. 23, co.5) o alla proroga (art. 25, co.12) di un titolo abilitativo discrezionale e *ad personam*.

Valutiamo la compatibilità di questo profilo col diritto positivo comunitario, cioè col Pacchetto Direttive in materia di comunicazioni elettroniche⁶.

Il parametro di riferimento è la Direttiva Autorizzazioni⁷, che ha liberalizzato l'avvio dell'attività di comunicazione, esonerando l'operatore dall'obbligo di procurarsi in anticipo il titolo autoritativo, comunque denominato. La lettura parallela delle due disposizioni evidenzia che la norma nazionale ha sottoposto nuovamente a vincolo ciò che la disciplina comunitaria aveva prima liberato.

b) Il secondo rilievo riguarda i requisiti soggettivi legittimanti il rilascio dell'atto abilitativo di cui sopra, sintetizzati (art. 23, co. 5, L.112) nella titolarità pregressa di un analogo titolo concessorio o, in sua mancanza, nell'esercizio in via di fatto dell'attività in esame (c.d. generale assentimento). L'art. 23, co.5, è una disposizione asimmetrica *in malam partem*, perché riserva la nuova attività trasmissiva ai soli operatori analogici, i quali, complice la legge, estenderanno la loro dominanza sul digitale, blindato anche per l'avvenire alle *new entries*. La disposizione quindi crea una barriera normativa all'ingresso delle nuove forze sul mercato, non gioca a favore della competizione, bensì dei concorrenti attuali, proteggendoli dal confronto con i potenziali operatori⁸.

⁶ In particolare, Direttiva "accesso", 2002/19/CE, Direttiva "autorizzazioni" 2002/20/CE, Direttiva "quadro" 2002/21/CE e Direttiva "servizio universale" 2002/22/CE. Questo corpus comunitario è in corso di riesame; a tal fine la Commissione ha avviato una *Call for input* (25/11/05), nella forma del questionario ragionato, in particolare sui: a) criteri per l'individuazione dei mercati rilevanti; b) sulla ridefinizione in aumento o in riduzione dei 18 mercati listati nella Raccomandazione della Commissione del 11/02/03; c) e sull'introduzione di rimedi diversi da quelli dell'art. 8 Direttiva accesso a correzione delle accertate deficienze della *lex mercatoria*. Il documento e le risposte nazionali, rispettivamente degli Stati e delle Autorità nazionali di regolamentazione, sono consultabili nel sito: <http://europa.eu.int/information-society/>

⁷ Cfr. la Direttiva 2002/20/CE, art. 3, co.2.

⁸ Questo rilievo era stato già anticipato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel corso dell'Audizione disposta dalle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati, XIV Leg., 8 gennaio 2004, in occasione dell'esame del Disegno di Legge n. 2175-B "Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della Rai-Radiotelevisione italiana S.P.A. nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione", reperibile in www.agcm.it.

c) Anche il sistema allocativo delle frequenze risulta coerente con la logica di orientare l'evoluzione tecnologica nell'interesse esclusivo del dominante analogico, abilitato *ipso iure* alla sperimentazione sul digitale (art. 23, co.1), alla conversione dei suoi impianti (art. 23, co.2), e alla conservazione delle frequenze analogiche a transizione conclusa. Tale coacervo di disposizioni, piuttosto che liberare le frequenze possedute in eccesso, limitarne l'acquisizione di nuove, obbligare alla restituzione di quelle analogiche a trasferimento completato, amplifica lo *status quo* del dominante con effetti negativi in termini di gestione efficiente delle radiofrequenze, secondo quanto imposto dall'art. 9, co. 1, Direttiva Quadro.

La norma nazionale si presta a un ulteriore rilievo di incompatibilità comunitaria: crea diritti individuali di uso delle frequenze, risultato tendenzialmente vietato dalla Direttiva Autorizzazioni (art. 5, co. 2), nonché da quella 2002/77/CE (artt. 2 e 4)⁹. Né la situazione in esame è scusabile in forza di un "interesse generale conforme all'ordinamento comunitario"¹⁰, unica giustificazione legale all'attribuzione differenziata di diritti, che però non ricorre rispetto all'art. 23, commi 1 e 2, L.112.

Invero, la norma nazionale potrebbe usufruire dell'esenzione, in quanto funzionale al bisogno oggettivo di "favorire la transizione al digitale", se solo il legislatore avesse misurato detto obiettivo al parametri di proporzionalità e temporaneità. Invece, i vantaggi, che i diritti di uso riservano all'operatore analogico, non risultano circoscritti entro un tempo ragionevole, permanendo a *switch-off* avvenuto, né tantomeno commisurati al fine, consentendosi l'accumulo di frequenze oltre lo stretto necessario alla conversione degli impianti o alla sperimentazione, prova ne sia la mancata previsione di un obbligo di resa delle frequenze analogiche a transizione conclusa.

Ai motivi di illegittimità comunitaria già esposti si aggiunge un ulteriore rilievo, benché non menzionato nell'atto della Commissione di costituzione in mora dello Stato italiano, ma oggetto di specifico quesito sottoposto all'esame pregiudiziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee ai sensi dell'art. 234 TCE¹¹, e, come tale, rilevante ai fini del giudizio di conformità comunitaria della L. 112.

⁹ Direttiva 2002/77/CE della Commissione, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, in *GUCE*, 17/09/2002, L. 249.

¹⁰ Cfr. anche il *Considerandum* 12 della Direttiva Autorizzazioni nella parte in cui contempla la possibilità che il legislatore nazionale introduca restrizioni ai diritti garantiti dall'art. 49 del Trattato a condizione che tali limitazioni siano "oggettivamente giustificate, proporzionate e non superiori a quanto necessario per conseguire gli interessi generali definiti dagli Stati membri in conformità della normativa comunitaria".

¹¹ A. Pace-M. Manetti, *Rapporti Civili. Art. 1. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca-A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*,

La questione verte sulla compatibilità dell'art. 15, co.3, della L.112 con gli artt. 15 e 16 della Direttiva Quadro. La norma di legge ordinaria ha introdotto una figura di illecito concentrativo di specie, in quanto, in deroga alla disciplina antitrust generale, qualifica dominante il cumulo nelle mani di uno stesso operatore di risorse economiche superiori al 20% del fatturato complessivo del mercato di riferimento, normativamente identificato nel mercato integrato delle comunicazioni (SIC). Il suo contrasto con il diritto comunitario antitrust è nel criterio impiegato per delimitare la base su cui calcolare la percentuale massima consentita. Si è in presenza di un referente inedito, che mette insieme beni e servizi eterogenei per attributi e capacità di soddisfare i bisogni del consumatore. Ebbene questo parametro¹² è illegittimo, non perché identifica il mercato in base a un procedimento astratto ed *ex ante*, naturale conseguenza dell'aver ammesso normative antitrust speciali in deroga alla disciplina generale degli artt. 81 e 82 TCE, ma piuttosto perché accorpa mercati solo sulla carta contigui, trattandosi invece di realtà merceologiche distanti nelle preferenze dei consumatori: si pensi, ad esempio, all'informazione acquisita da un giornale *on line* equiparata dal SIC a quella veicolata da una videocassetta, nonostante per il consumatore i due generi di beni non siano affatto intercambiabili.

La dilatazione illogica del paniere sul quale quantificare la percentuale estrema di risorse porta ad annacquare il tetto del 20%, e con ciò priva "di qualunque efficacia il limite"¹³, e, al tempo stesso, rende del tutto irragionevole la disposizione speciale, incapace di punire le condotte concentrative sui media più severamente di

Bologna-Roma, 2006, a pp. 662 ss., riportano per intero i quesiti dell'ordinanza (in particolare ai nostri fini si veda il quesito n. 10), 19 luglio 2005, n. 10395, del Consiglio di Stato, sez. IV, resa nel corso del giudizio di appello tra Europa7 e il Ministero delle Comunicazioni, con cui fu sollevata la questione pregiudiziale dinanzi alla CGCE, ad oggi ancora in corso di esame.

¹² Il criterio, di origine giurisprudenziale (a titolo meramente esemplificativo si vedano: Causa C-333/94 *P.Tetra Pak/Commissione* [1996] Racc. I-5951, §13; Causa 31/80 *L'Oral* [1980] Racc. 3775, par. 25; causa n.322/81 *Michelin/Commissione* [1983] Racc. 3461, par. 37), è ora recepito per rinvio negli artt. 14 e 15 della Direttiva quadro e poi specificato nelle *Linee direttrici della Commissione per l'analisi di mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, elaborate dalla Commissione (Doc 2002/C 165/03). Tale metro di valutazione affida l'analisi dei mercati rilevanti al test economico della fungibilità dei prodotti dal lato della domanda e dell'offerta (la prima volta che la Corte di Giustizia impiegò questo criterio fu nella causa n. 6/72 *Europemballage e Continental Can/Commissione* [1973] Racc. 215, par. 32). Ne consegue che prodotti o servizi scarsamente intercambiabili tra loro non possono fare parte dello stesso mercato.

¹³ Così Autorità garante della concorrenza e del mercato, Prof. Giuseppe Tesauo, nel corso dell'Audizione 8 gennaio 2004, cit., a p. 8.

quanto farebbe la norma generale antitrust per l'errore iniziale di impostazione.

2. Ricordati i rilievi di "anticomunitarietà" della L.112, esaminiamo nel dettaglio il d.d.l. per giudicarne l'idoneità al compito proposti.

a.1.) Alla censura illustrata al punto a), il d.d.l. oppone una risposta congrua, perché, in linea con il principio del libero accesso all'attività radiotelevisiva, si consente (art. 3, co. 6) al soggetto – in possesso dei requisiti previsti dalla legge – di esercitare immediatamente l'attività di operatore televisivo su piattaforma digitale. In altre parole, viene a cadere il titolo abilitativo come fatto condizionante l'esercizio del servizio radiotelevisivo, attraendo questo alla regola della autorizzazione generale come convergenza impone.

b.1.) Quanto al rilievo sintetizzato al punto b) - cioè la creazione di un diritto speciale di uso delle frequenze, che si risolve nel consentire al solo l'operatore dell'analogico la fornitura del servizio radiotelevisivo digitale - il d.d.l. risponde con una norma asimmetrica a destinatari ribaltati, che esclude dalla prestazione del servizio proprio l'operatore dominante sull'analogico, ammettendovi invece le *new entries* in quanto intenzionate a offrire i servizi innovativi.

Si tratta, a nostro avviso, di una norma asimmetrica anticipatoria della *lex mercatoria*, una sorta di "*pre-emptive competition law*, perché sostiene il mercato creando condizioni di effettiva parità tra i concorrenti. Una gara non è *fair* perché tutti hanno il medesimo diritto di intraprenderla, ma perché tutti hanno effettive possibilità di vincerla. La norma crea artificialmente la parità di *chances* tra i contendenti, raffreddando temporaneamente la corsa dell'*incumbent* in modo che il neo operatore possa muovere i primi passi. Qui la disciplina asimmetrica, operando a beneficiari invertiti, consegue un risultato indisponibile alla *lex mercatoria*, la quale infatti non potrebbe proibire all'operatore sull'analogico di acquistare le frequenze sul digitale.

Per usare un linguaggio familiare al diritto comunitario, la previsione del diritto speciale in oggetto risulta giustificata da un vincolo di destinazione: il riequilibrio frequenziale e l'accelerazione del passaggio al digitale. Quindi, la norma del d.d.l., che prevede un'accresciuta capacità giuridica dell'operatore del digitale a fronte di una menomata capacità di quello dell'analogico, si allinea alle prescrizioni della Direttiva 2002/77/CE in tema di concorrenza sulle

reti, a condizione che il d.d.l. provveda a rendere esplicite le suindicate finalità.

c.1.) Quanto al punto c), la risposta del d.d.l. all'accaparramento frequenziale si risolve nelle distinte fasi, rispettivamente dell'acquisizione delle frequenze - detenute *sine titulo*, o in esubero, o ancora liberabili per obbligo di legge – e della loro conseguente restituzione alla libera negoziazione degli attori del mercato o alla potestà di imperio del ministro. Tale progetto rimane però incompiuto, perché il d.d.l. non obbliga l'operatore dell'analogico, una volta completata la transizione, a liberare le frequenze occupate sull'analogico, rimedio invece necessario, sempre che si vogliano superare i rilievi di illegittimità comunitaria.

Così come sarebbe parimenti necessario modificare il soggetto obbligato a mettere a disposizione il 20% della capacità trasmissiva: questo non deve essere il fornitore del servizio, privo di regola di una sua capacità trasmissiva, bensì l'operatore di rete. Sarebbe opportuno eliminare tale difetto, al pari di quello segnalato prima, per superare i rilievi di anticomunitarietà¹⁴.

In sintesi, il *quid novi* del d.d.l. rispetto alla L. 112 è sintetizzabile nel regime di accesso dell'operatore televisivo al mezzo (cioè nelle condizioni legittimanti l'esercizio dell'attività televisiva) e nel sistema allocativo delle frequenze.

3. Finora si è parlato solo dei pregi del d.d.l. 1825, ma l'atto non è immune da difetti. Le sue zone d'ombra rimandano a un atteggiamento di timida fiducia nella capacità dell'*economic regulation*¹⁵ di compensare le insufficienze della disciplina antitrust. Si dice ciò in quanto il disegno di legge impiega la regolazione complementare alla *lex mercatoria*, cioè il diritto antitrust speciale o la disciplina asimmetrica, in base a un metodo che ci sembra errato, perché pregiudica il risultato finale: la correzione dei *defeats* del mercato.

3.1. Il punto merita una riflessione più ampia.

¹⁴ In proposito cfr: Commissione Europea, Direzione generale Concorrenza, *Doc. 6 aprile 2007*, in cui pur esprimendosi "una valutazione complessivamente positiva delle disposizioni del disegno di legge volte ad ovviare alle riserve [...] avanzate nella lettera di costituzione in mora del 19 luglio 2006", si invitava la Repubblica italiana a tenere presente alcuni dei rilievi da noi anticipati nel testo.

¹⁵ Per tutti si consultino le chiare pagine di S. Breyer, *Regulation and its reform*, Harvard, 1982, pp. 156-161.

Partiamo dal ricorso alla normativa antitrust speciale: essa intende proteggere un bene diverso dalla difesa dell'equilibrio competitivo – valore affidato alla disciplina generale – e cioè il pluralismo informativo, declinato nel diritto fondamentale della persona di disporre di una molteplicità di fonti, riferibili a proprietari economicamente distinti.

Ne consegue che la norma speciale fissa il limite massimo di risorse economiche cumulabili nelle mani di un unico operatore in un valore numerico, superato il quale la posizione dell'operatore è valutata dominante *ex lege*, indipendentemente dal verificarsi di un abuso o di un danno al mercato.

Detta specialità si risolve quindi in una deroga agli elementi costitutivi della fattispecie generale dell'illecito antitrust, una deviazione questa, che interessa il numero e la natura degli stessi. Precisamente, la fattispecie generale richiede ai fini del suo perfezionamento la dominanza, l'abuso e il danno al mercato, situazioni accertabili caso per caso, e valutabili in ragione degli esiti delle analisi economiche, come la metodologia del diritto antitrust esige. Tale *modus procedendi* è dovuto al tipo di bene protetto: l'equilibrio competitivo, la cui lesione dipenderà dal concreto atteggiarsi delle curve dell'offerta e della domanda, dall'esistenza di eventuali barriere all'ingresso e dalle prospettive di concorrenza futura.

La disposizione speciale invece si accontenta della sola dominanza, oggetto di previsione *ex ante*, cioè compiuta una volta per tutte dal legislatore, che valuta secondo un parametro politico una percentuale concentrativa di risorse economiche sintomo insuperabile della forza economica dell'operatore. Questa cifra numerica è il limite estremo di compatibilità costituzionale tra i due valori in gioco: da un lato, la libertà di iniziativa economica, che potrà assorbire forze imprenditoriali esogene entro il limite di tolleranza; dall'altro, il diritto di ciascuno al pluralismo delle fonti, sacrificato se le fonti si sintetizzassero oltre la misura normativa dell'equo contemperamento. In altri termini, nella disciplina speciale la dominanza è ritenuta un "male in sé", stante il suo negare in radice il pluralismo delle fonti informative, indipendentemente dal verificarsi di un danno all'equilibrio competitivo, il che conferma l'estraneità della competizione al *genus* dei valori affidati alla disciplina speciale.

In conseguenza di quanto detto, la disciplina speciale costituisce una deviazione legittima da quella generale nella misura in cui è in grado di accordare al 'pluralismo informativo' protezione anticipata e rafforzata rispetto alla tutela repressiva della disciplina antitrust. Dunque, la regolazione speciale consegue l'obiettivo propostosi quando arretra la soglia dell'antigiuridicità, prescrivendo soglie

concentrative più severe e stringenti di quelle della disciplina antitrust. In sintesi, quelle condotte che secondo il diritto antitrust generale non sarebbero punibili, devono invece ricadere nel divieto della disciplina speciale, diversamente risulterebbe inibita la funzione di tutela cautelare del bene affidato alle cure di quest'ultima.

Se applichiamo queste osservazioni di carattere generale al caso oggetto della nostra riflessione, cioè all'art. 2 del d.d.l. 1825, il limite massimo del 45% delle risorse economiche risulterà più blando di quello altrimenti ricavabile in forza della disciplina generale. Infatti, la giurisprudenza della Corte di Giustizia valuta la detenzione stabile del 40% del fatturato di settore da parte di un'impresa sintomo di dominanza. Ciò significa che la sola quota di per sé non è sufficiente a integrare l'elemento della fattispecie anticoncentrativa, a meno che non intervengano altri fattori ad accentuarne la significatività e, tra questi, il numero dei concorrenti, le loro quote di mercato e l'esistenza o meno di barriere all'ingresso.

La Corte ha poi raffinato questa affermazione iniziale, aggiungendo che quote (caso *Vitamine* o *United Brands*) comprese tra il 40 e il 45% si possono considerare dominanti nel caso che esse siano sensibilmente superiori a quella detenuta dal secondo concorrente meglio piazzato.

Ora non ci rimane che applicare queste conclusioni al nostro caso. La RAI detiene il 29% del mercato pubblicitario, mentre Mediaset il 55%¹⁶; se dovesse passare la regola del 45%, si consentirebbe a Mediaset di attestarsi su di una soglia di mercato sensibilmente superiore a quella del secondo meglio piazzato.

Ancora un altro elemento interviene ad accrescere la "significatività" della quota detenuta: l'esistenza di barriere all'accesso. Il nostro mercato di riferimento, cioè quello della raccolta pubblicitaria, si caratterizza proprio per un elevato grado di barriere all'accesso, perché risente, in quanto collegato, delle barriere istituzionali e normative del mercato televisivo¹⁷.

Né si potrebbe assumere come attenuante il fatto che SKY abbia il 91% nella vendita dei contenuti a pagamento, perché il mercato della TV ad accesso condizionato va tenuto distinto dal mercato della TV *free* in ragione dei noti criteri della sostituibilità del prodotto dal lato della domanda e dell'offerta. La posizione di SKY non è pertanto equiparabile a quella di un concorrente in senso giuridico di

¹⁶ Dati tratti da: Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Relazione annuale al 2007, Presentazione del Presidente dell'Autorità Corrado Calabrò*, Roma, 2007, a p. 10.

¹⁷ Cfr. in proposito Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Attività di segnalazione e consultiva. Assetto del sistema radiotelevisivo e della società radiotelevisione italiana (AS247)*, in *Boll.* 49 del 23 dicembre 2002, a pp. 52-53.

Mediaset o della RAI e, quindi non serve ad alleggerire la quota di Mediaset¹⁸.

Quindi proprio dall'esame congiunto di questi elementi - quota di mercato, posizione del secondo meglio piazzato, barriere all'ingresso - la quota del 45 % rimanda a una indiscutibile situazione di dominanza e, come tale, è inidonea a sanzionare anticipatamente la condotta concentrativa in oggetto.

Aver alleggerito il limite ha reso lecita una condotta altrimenti vietata dal diritto antitrust; e con ciò la prescrizione speciale, piuttosto che punire preventivamente condotte, regala a queste l'impunità, stante inapplicabilità anche in via residuale della disciplina antitrust secondo quanto il rapporto di specialità impone, verificandosi un risultato non distante da quello prodotto dal SIC della L. 112, benché qui si intervenga sul divisore – cioè sul limite - e non sul dividendo- cioè sull'aggregato di risorse su cui calcolare la percentuale consentita.

Contestiamo dunque la tesi che la disciplina speciale antitrust¹⁹ sia anticomunitaria in quanto speciale, posizione questa, contraddetta dallo stesso diritto positivo, che ammette deroghe agli artt. 81 e 82 TCE. Ne sia prova l'art. 3, co. 3., del Regolamento 1/2003²⁰ del Consiglio, che stabilisce la prevalenza della legislazione speciale antitrust dei rispettivi Stati membri sulle disposizioni comunitarie degli artt. 81 e 82 in caso di antinomia tra norme, sempre che la prima protegga valori diversi da quelli affidati agli artt. 81 e 82. Inoltre, queste parentesi di sospensione dalla disciplina

¹⁸ Quanto a tale ultima distinzione tra mercati televisivi si leggano le chiare indicazioni rese nel caso *RTL/Veronica/Endemol*, 20/ 10/1995 dalla Commissione, che, richiamandosi appunto al criterio economico della fungibilità dei prodotti, distinse “il mercato della pubblicità televisiva, nel quale le emittenti concorrono per assicurarsi i proventi della pubblicità” da quello “della Tv a pagamento, nel quale i fornitori di Tv a pagamento concorrono per acquisire i nuovi abbonati”.

¹⁹ Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel corso dell' *Indagine conoscitiva sul disegno di legge A.C. 1825*, disposta dalle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati, Leg. XV, *Audizione del 30/1/07*, a p. 12, ha manifestato invece, forti perplessità sulla legittimità comunitaria del limite fissato per legge e comunque sulla sua doneità.

Per le ragioni indicate nel testo non si condivide la tesi dell'illegittimità *tout court* del limite antitrust fissato *ex lege*. La sua illegittimità potrebbe invece dipendere dalle modalità impiegate dal legislatore per definire il limite. Sul punto, ad esempio, si vedano le nostre obiezioni al criterio di calcolo adottato nel d.d.l. 1825.

²⁰ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, il cui art. 3, comma 3, dispone che: “Fatti salvi i principi generali ed altre disposizioni di diritto comunitario, i paragrafi 1 e 2 non si applicano quando le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di controllo delle fusioni, né precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli 81 e 82 del Trattato”.

antitrust generale si convertono da mera facoltà in obbligo (benché non vincolante, considerata la natura dell'atto che lo pone) con la Raccomandazione 2007/2 del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa²¹, che all'art. 1 contempla la doverosità per gli Stati membri di adottare misure antitrust specifiche, laddove l' "application of general competition rules in the media sector and access regulation are not sufficient to guarantee the observance of the demands concerning cultural diversities and the pluralistic expression of ideas and opinions"^{22 23}.

Qui invece, vogliamo sostenere l'illegittimità della disciplina antitrust speciale per lesione del principio di proporzionalità, che nel giudicare "dominante" un dato assetto economico ricorre a un criterio valutativo incongruo, se non contraddittorio, rispetto all'obiettivo di tutela anticipata del bene, con l'effetto di lasciare impunte condotte, che, con ogni probabilità, ricadrebbero nella previsione generale di divieto.

Se dunque l'obiettivo dell'art. 2 del d.d.l. in esame è quello di liberare risorse economiche a vantaggio dei nuovi entranti, esso non si consegue, perché il 45% è un limite estremamente addolcito, che in concreto non libera nulla; da qui la necessità di portarlo al di sotto del 40% in ragione di quanto detto prima.

Nella medesima linea argomentativa faremo qualche riflessione sulla sanzione che assiste la prescrizione del 45%: in caso di suo

²¹ Raccomandazione CM/ Rec (2007)2 del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa su "Media pluralism and diversity of media content", 31/1/07, in <https://wcd.coe.int/>.

²²In proposito l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, prof. Giuseppe Tesauo, *Note rese nel corso dell'Indagine conoscitiva in merito al Disegno di legge n. 2175-B "Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della Rai-Radiotelevisione italiana s.p.a nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione"*, disposta dalle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati, Leg. XIV, Audizione del 8/01/04, si era soffermata sulla necessità che i legislatori nazionali adottassero strumenti specifici per accordare tutela rafforzata al pluralismo informativo, stante l'insufficienza degli strumenti ordinari a tutela della concorrenza.

²³ In tema cfr: Consiglio d'Europa, Consiglio dei Ministri, *Declaration of the Committee of Ministers on protecting the role of the media in democracy in the context of media concentration*, 31/01/07, in <https://wcd.coe.int/> "Acknowledging, in this respect, that most democratic society which are based on the rule of law, have adopted measures to sustain, promote and protect media pluralism, including through market regulation comprising competition law and, where appropriate, sector-specific rules taking into account democratic principles and values" [...] Draws attention to the necessity of having regulatory measures in place with a view to guaranteeing full transparency of media ownership and adopting regulatory measures, if appropriate and having regard to the characteristics of each media market, with a view to preventing such a level of media concentration as could pose a risk to democracy or the role of media in democratic processes".

superamento, è previsto che l'operatore, che versa in una situazione di sovrabbondanza di risorse economiche, debba ridurre di due punti, non il cumulo delle risorse, bensì il limite di affollamento orario della pubblicità. Dunque, l'operatore potrà fare incetta di pubblicità oltre il 45%, ma l'affollamento pubblicitario orario scenderà solo per lui dal 18 al 16%. Questa sanzione a un attento esame risulta poco efficace e, quindi, non funziona da deterrente all'inosservanza del 45%, perché chi detiene oltre il 45%, disponendo di un potere economico incontestato, sarà in grado di determinare il prezzo orario del passaggio pubblicitario. Quindi, con ogni probabilità potrà aumentare il prezzo dell'offerta dell'inserimento pubblicitario in misura inversamente proporzionale alla riduzione dell'affollamento orario, e così non subire alcuna perdita economica. Siamo in presenza di quella che si definirebbe una sanzione non assistita da un efficace meccanismo incentivante, nel senso che il costo della sanzione è minore del vantaggio che l'operatore conseguirebbe se violasse la norma; ne consegue che ad essere incoraggiata è la trasgressione, e non la condotta conforme al precetto.

Inconveniente, questo, superabile se si emendasse il disegno di legge rinviando al sistema sanzionatorio di cui al T.U.R. 177/05²⁴ (in particolare all'art. 43), cioè alla sanzione civile della nullità dei contratti pubblicitari ultra quota e a quella amministrativa atipica dell'ordine di *reductio in pristinum*, tipico rimedio deconcentrativo dell'Autorità di settore.

L'inefficacia del meccanismo sanzionatorio non solo è tale da consentire al soggetto di superare il limite, ma inibisce anche la funzione pro-competitiva della norma, consistente nella possibilità per l'operatore di oltrepassare il 45% nel caso ceda uno dei tre canali dell'analogico. Considerata l'inefficacia della sanzione per il superamento del 45, la funzione pro-concorrenziale della norma è di fatto congelata, nel senso che il soggetto, ritenendo più conveniente pagare la sanzione, oltrepasserà il 45% insensibile alla pressione coercitiva di dismettere una rete.

Il legislatore piuttosto avrebbe dovuto prevedere il limite frequenziale, non come elemento alternativo alla concentrazione delle risorse, bensì aggiuntivo, e cioè avrebbe dovuto vietare all'operatore tanto il cumulo *ultra vires* quanto la detenzione della terza rete. Del resto, già altri diritti antitrust speciali – si pensi, ad esempio, al sistema anglosassone - ragionano in termini di addizione degli elementi sintomatici della dominanza, e non di alternatività, come invece sembrerebbe avere scelto il d.d.l. 1825.

²⁴ Decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, recante "Testo unico della radiotelevisione", in *G.U.*, serie generale, 7 settembre 2005, n. 208.

In conclusione, la debolezza del limite del 45 % e del suo sistema sanzionatorio mettono a rischio la tenuta della norma tanto rispetto al principio comunitario della proporzionalità, quanto al parametro diretto di legittimità costituzionale, perché lesiva del principio di ragionevolezza per contraddittorietà tra mezzi impiegati e fini perseguiti: la disposizione speciale infatti, pretende di tutelare il bene del pluralismo informativo di più di quanto faccia la disciplina generale, ma si avvale di strumenti di protezione più deboli dei secondi, e con ciò autoannulla la ragione stessa della sua esistenza come disposizione in deroga.

3.2. Il secondo rilievo che si muove al d.d.l. in esame, riconducibile come il primo a una adesione parziale alla teoria degli effetti benefici dell'*economic regulation* sui meccanismi competitivi, interessa le modalità osservate dal legislatore nel disegnare la misura asimmetrica dell'obbligo di *carry*, imposto all'operatore del mercato dell'accesso all'ingrosso alla banda larga nei confronti dei fornitori di servizi televisivi. La misura intende equiordinare il titolare della rete a chi non dispone di una rete propria: il fornitore indipendente di servizi. Questa compensazione si realizza imponendo all'operatore dominante l'obbligo di messa a disposizione delle sue strutture aziendali a favore di chi dominante non è. Come ogni regola asimmetrica, la norma opera in riduzione e contemporaneamente in addizione per equiordinare posizioni di iniziale squilibrio.

Qui non si vuole contestare la finalità compensativa del rimedio, la cui compatibilità col diritto comunitario è dunque assoluta, sempre che il legislatore presenti il riequilibrio tra le diverse posizioni economiche come *ratio* giustificatrice della riserva di diritti speciali al fornitore di servizi. Piuttosto, il rilievo che si muove riguarda il disegno complessivo di questo progetto asimmetrico, che secondo l'orientamento comunitario (Direttiva quadro 2002/21) deve affidare all'autorità nazionale di regolazione²⁵ la decisione sul se e su quale misura asimmetrica applicare.

²⁵ In occasione del dialogo aperto per la revisione della disciplina delle comunicazioni elettroniche la Commissione europea è stata irremovibile nel negare al legislatore nazionale il potere normativo sui rimedi, prova ne sia le numerose azioni di infrazione verso quegli Stati, da ultimo la Germania, le cui legislazioni nazionali avevano spostato il compito regolatorio dalle Autorità al legislatore. Il progetto politico della Commissione invece, tende a svuotare la competenza decisionale delle autorità nazionali sui rimedi, rivendicando a sé il potere di decisione ultima e incontestabile su questi ultimi, attraverso il veto. Questa manovra centripeta è fortemente ostacolata dal Gruppo europeo dei regolatori (ERG), che rilancia le Autorità quale "best place" per la regolazione e, al tempo stesso, propone se stesso per la concertazione normativa uniforme. Questa nuova identità dell'ERG, da soggetto consultivo ad Autorità indipendente sovranazionale, se risolve il problema dell'omogeneità del diritto asimmetrico, pone quello della

Il nostro legislatore invece, nel preferire l'eteronormazione statutale a quella neutrale autoritaria, assorbe nell'unicità della misura la variabilità di una scelta, che andrebbe modulata alle specificità del caso. Il metodo comunitario riserva all'autorità nazionale di regolazione il potere di individuare misure compensative della fisionomia di operatore verticalmente integrato, limitate nella durata, non altrimenti evitabili, e idonee a sanare questa criticità del mercato lasciata irrisolta dalla disciplina antitrust²⁶. Questa opzione presenta i vantaggi di produrre: regole a *enforcement* assicurato, perché la partecipazione dei regolati alla loro ideazione rende improbabile le resistenze in sede di attuazione dei precetti; disponibili all'occorrenza a modificarsi al mutare dei fatti disciplinati, pur nell'invariabilità del loro dato formale, in virtù della formulazione per clausole aperte. In altri termini, si viene creare diritto endogeno, data l'inerenza delle regole alla logica interna di settore, risultato difficilmente conseguibile dall'eteronomia affidata al decisore politico.

Si è detto sin dall'inizio che queste due zone d'ombra del disegno di legge rimandano a un atteggiamento di timido affidamento nell'*economic regulation*, qui rappresentata dalla disciplina antitrust speciale e dalla normativa asimmetrica, rimedi che, se impiegati senza riserve, avrebbero potuto completare la *lex mercatoria*, conseguendo effetti ad essa indisponibili, cioè liberare risorse, correggere fallimenti strutturali, impedire degenerazioni di dominanze in abuso. Qui invece si corre il rischio di un esubero normativo non compensato dall'utilità promessa, su cui sarebbe opportuno tornare con qualche rimedio, semmai di quelli da noi qui indicati

legittimazione politica dell'ERG. Per una lettura della vivace discussione tra la Reding - posizione della Commissione - e l'ERG, si veda: ERG, *Advice in the contest of the review of the Regulatory Framework ofr Electronic Communications Networks and Services, in response to the letter by Commissioner Viviane Redind of 30 november 2006, 27 february 2007*, in <http://Erg.eu.int>.

²⁶ Sia consentito il rinvio a G. De Minico, *Le Direttive Ce sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?* in P. Costanzo, G. De Minico, R. Zaccaria (a cura di), *I 'tre codici' della società dell'informazione*, Giappichelli, 2006, in part. p. 169 ss, sul punto della regolazione asimmetrica come disciplina *reasonable*, ritagliata alle specificità del *defeat* da correggere, temporanea e, in ragione di tale attributi, preferibilmente affidabile all'ideazione endogena delle Autorità nazionali di regolazione.