

SIC ... transit gloria mundi

La Corte di giustizia dichiara le soglie asimmetriche del sistema integrato delle comunicazioni incompatibili con la libertà di stabilimento

(Corte di giustizia dell'Unione europea

Quinta Sezione, Sentenza 3 settembre 2020 - causa C-719/18 - Vivendi SA v.

*Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Mediaset")**

di Marco Orofino – Professore ordinario di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Studi internazionali, giuridici e storico-politici dell'Università degli Studi di Milano

ABSTRACT: The article aims to comment on the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-719/18 “Vivendi SA v. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni”. It declared, in the context of a preliminary referral by an Italian administrative court (the “TAR Lazio”), incompatible with the freedom of establishment, certain anti-concentration limits set forth by Italian legislation for the protection of media pluralism. In particular, the anti-concentration limits, set forth in Article 43, paragraph 11 of Legislative Decree No. 177/05 (Italian Code on Audiovisual Media Services), do not pass the scrutiny of the CJUE. The provision, which was introduced in 2004, prevents an undertaking (including through “affiliated” companies) from achieving turnover exceeding 40% of the overall combined revenues of the electronic communications sector in Italy while simultaneously achieving turnover exceeding 10% of the overall combined revenues of the

*Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

“Integrated System of Communications” (or “SIC”). The SIC is a basket of media, advertising, and publishing markets specifically introduced by the AVMS Code. The comment first reflects on the origin of the provision subject to censorship. Second, it reconstructs the case and the proceedings before the TAR Lazio that stems from an appeal filed by Vivendi SA against a decision of the Italian Authority for Communications (“AGCOM”) whereby – for the first time ever – applied the ban in Article 43(11) of the AVMS Code. Then, the comment analyzes the Court’s arguments and reasoning. Finally, it shows the possible scenarios that arise after the ruling of the CJEU.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. A volte ritornano: la storia del SIC come un pezzo della storia recente italiana. – 3. Il *casus belli*, il procedimento principale e le questioni pregiudiziali. – 4. Il *reasoning* della Corte di giustizia. – 5. Gli effetti della pronuncia della Corte di Giustizia sulla normativa italiana.

1. Premessa

La Corte di Giustizia dell’Unione europea, con sentenza 3 settembre 2020, ha dichiarato che la libertà di stabilimento di cui all’art. 49 del TFUE osta ad una normativa come quella italiana che ex art. 43, comma 11, del decreto legislativo n. 177 del 31 luglio 2005 recante Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (cd. TUSMAR) impedisce ad un’impresa i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche, anche attraverso società controllate o collegate, siano superiori al quaranta per cento dei ricavi complessivi di tale settore, di conseguire, nel sistema integrato delle comunicazioni (cd. SIC), ricavi superiori al dieci per cento di quelli del sistema medesimo.

2. A volte ritornano: la storia del SIC come un pezzo della storia recente italiana

Il SIC, disciplinato nell’art. 43 del TUSMAR, ha una storia ormai quasi ventennale.

Esso fu, infatti, introdotto nell’ordinamento italiano con l’art. 15 della legge n. 112 del 2004. La legge in questione, nota come Legge Gasparri, dal nome dell’allora Ministro delle comunicazioni, fu approvata dopo un complesso *iter* parlamentare durato più di due anni e contraddistinto da un

duplice intervento del Presidente della Repubblica, a monte attraverso un messaggio in materia di pluralismo e libertà di informazione trasmesso alle Camere il 23 luglio 2002, ai sensi dell'articolo 87 della Costituzione¹, e a valle con un rinvio del deliberato legislativo alle Camere, con messaggio motivato, a norma dell'art. 74 della Costituzione, in data 15 dicembre 2003².

Essa recava disposizioni per il riassetto del sistema radiotelevisivo e della *governance* RAI nonché delega al Governo per l'emanazione di un Testo Unico che riconducesse a sistema una normativa frammentata. Sulla base di questa delega, il Governo ha adottato il d.lgs. n. 177 del 2005 recante il Testo Unico della Radiotelevisione, divenuto, a seguito del d.lgs. 44 del 2010, Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici.

La legge 112 del 2004 ed il Testo Unico intervenivano in una situazione di illegalità nell'occupazione delle frequenze radiotelevisive analogiche. Le norme in questione miravano a superare tale situazione³.

I caposaldi di questa strategia erano due. Il primo era la ridefinizione delle regole per l'uso efficiente dello spettro elettromagnetico e degli obblighi per l'operatore di rete. Il secondo era un nuovo regime anti concentrazione per prevenire la formazione di posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni (SIC). Questo secondo caposaldo è quello direttamente interessato dalla sentenza della Corte di giustizia.

¹ V. sul messaggio A. PACE, *Per una lettura in contropunto del messaggio presidenziale su pluralismo e imparzialità*, in *Giur. Cost.*, 2, 2002, 2338 ss.

² Il messaggio di rinvio, dopo una breve ricostruzione dell'*iter* seguito dal testo unificato, nonché dei principali contenuti della sentenza della Corte costituzionale 20 novembre 2002, n. 466 si soffermava principalmente sulla questione della cessazione del regime transitorio previsto dalla legge n. 249/97 e rapporto con la giurisprudenza costituzionale, con particolare riferimento alla sentenza 466/2002; sulla concentrazione dei mezzi finanziari ed assunzione del sistema integrato delle comunicazioni (SIC) come base di riferimento per il calcolo dei ricavi dei singoli operatori della comunicazione, nonché sull'idoneità del limite del 20% calcolato su tale base (in considerazione delle sue dimensioni), ad evitare la formazione di posizioni dominanti; sulla questione del rapporto tra operatori della radiotelevisione e operatori della carta stampata nella raccolta pubblicitaria ed infine sulla necessità di espungere dal testo i riferimenti al decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 198 dichiarato incostituzionale, per eccesso di delega, con la sentenza n. 303 del 2003. Cfr. MANETTI, *La legge Gasparri e il rinvio presidenziale a confronto (tre variazioni sul tema del pluralismo)*, in L. Carlassare (a cura di), *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, Padova, 2007, 17 ss. V. sulla questione, nell'ambito del suo esame sistematico di tutti i rinvii presidenziali, D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le sue leggi*. Tomo 2. *Il concreto svolgimento costituzionale*, Milano, 2011, 567 ss.

³ Non però nel senso di scardinare nell'immediato il sistema di duopolio *de facto* del sistema della radiotelevisione, più volte censurato dalla Corte costituzionale italiana, quanto piuttosto prevedendo una "moratoria" nell'attesa della transizione al digitale che di lì a poco avrebbe effettivamente ampliato le risorse trasmissive. Si v. la ricostruzione di A. Pace, *Legge Gasparri e Corte costituzionale*, in *Rass. Parl.* 2004, 813 ss. Sulla legge v. anche il commento puntuale di O. Grandinetti, *La disciplina delle comunicazioni elettroniche – La riforma della legge Gasparri del sistema radiotelevisivo*, in *Giorn. di diritto amministrativo*, II, 2004, 11882 ss.

Tutto il nuovo regime anti concentrazione, disciplinato nell'art. 43 del TUSMAR, è costruito sul SIC che, a norma dell'art. 2, lett s.) del medesimo Testi Unico, il è "il settore economico che comprende le seguenti attività: stampa quotidiana e periodica; editoria annuaristica ed elettronica anche per il tramite di Internet; radio e servizi di media audiovisivi; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni.

In primo luogo, l'art. 43 prevede, ex comma 1, l'obbligo per i soggetti che operano nel sistema integrato delle comunicazioni di notificare all'AGCOM le intese e le operazioni di concentrazione.

In secondo luogo, la norma affida, sulla base dei commi 2,3, 4 e 5 all'AGCOM il compito di verificare, attraverso un'analisi dei mercati, che non si costituiscano, nel sistema integrato delle comunicazioni e nei mercati che lo compongono, posizioni dominanti tenendo conto, fra 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 terzo luogo, l'art. 43 prevede un sistema di soglie statiche.

La prima soglia, al comma 7, stabilisce che uno stesso fornitore di contenuti, anche attraverso società qualificabili come controllate o collegate, non possa essere titolare di autorizzazioni che consentano di diffondere più del 20 per cento del totale dei programmi televisivi o più del 20 per cento dei programmi radiofonici irradiabili su frequenze terrestri in ambito nazionale.

La seconda soglia, ex comma 9 pone il divieto, per i soggetti tenuti all'iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione, di conseguire ricavi superiori al 20 per cento dei ricavi complessivi del sistema integrato delle comunicazioni.

La terza soglia, ex comma 11 dell'art. 43, prevede il limite del 10 per cento del SIC per le imprese che operando nel settore nazionale delle comunicazioni elettroniche (il vecchio settore delle telecomunicazioni) avessero conseguito ricavi superiori al quaranta per cento del settore medesimo⁴.. Questo doppio limite crea una connessione tra la normativa nazionale in materia di

⁴ L'art. 43, comma 12, prevede una quarta ed ultima soglia. Non è consentito ai soggetti che esercitano l'attività televisiva in ambito nazionale su qualunque piattaforma, i quali conseguono ricavi superiori all'8% del SIC, e alle imprese del settore delle comunicazioni elettroniche che detengono una quota superiore al 40% dei ricavi di detto settore, di acquisire partecipazioni in imprese editrici di quotidiani o partecipare alla costituzione di nuove imprese editrici di quotidiani, esclusi i quotidiani diffusi unicamente in modalità elettronica. Tale divieto, inizialmente previsto sino al 31 dicembre 2010, e più volte prorogato (da ultimo al 31 dicembre 2018 dall'articolo 1, comma 1132, lett. b)

radiotelevisione e quella europea in materia di comunicazioni elettroniche che adottata a livello europeo con il Framework 2002 era stata recepita in Italia con il d.lgs n. 259 del 2003 recante il Codice delle comunicazioni elettroniche⁵.

La verifica del rispetto e di tali soglie spetta anche in questo caso all'AGCOM.

Le norme anticoncentrazione qui sommariamente descritte furono il punto che forse maggiormente accese il dibattito parlamentare⁶.

Per comprendere appieno il clima politico occorre rammentare che la legge Gasparri fu approvata dalla maggioranza parlamentare di centro-destra che, all'epoca, sosteneva il Governo Berlusconi II; che essa concluse il suo *iter* dopo che la Corte costituzionale aveva ribadito l'illegittimità costituzionale del duopolio *de facto* del sistema radiotelevisivo italiano ed aveva individuato un termine entro cui sarebbe dovuta cessare l'illegale occupazione delle frequenze da parte di Mediaset⁷; che il Governo si era mosso nell'appropinquarsi del termine, a seguito del rinvio presidenziale, approvando il decreto-legge 24 dicembre 2003 n. 352 poi convertito nella legge n. 43 del 2004 con cui affidava all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni il compito di svolgere un esame delle complessive offerte di programmi trasmessi in tecnica digitale terrestre procrastinando di quattro mesi la scadenza individuata dalla Corte.

Per l'opposizione del tempo l'approvazione delle nuove regole anti concentrazione previste dalla legge Gasparri, in luogo di quelle previste dalla legge 249 del 1997 così come interpretate dalla Corte costituzionale ed in particolare la creazione del SIC, rappresentava una plateale manifestazione del conflitto d'interesse incarnato dal Presidente Berlusconi: il tentativo si disse, da un lato, di legittimare l'occupazione *de facto* delle frequenze radiotelevisive da parte di Mediaset attraverso la ridefinizione della capacità trasmissiva e l'introduzione di un limite (quello del venti

della legge di Bilancio 2018) è stato reso permanente dalla legge di bilancio per il 2019 (articolo 1, comma 1134, lettera a). La pronuncia della Corte di giustizia pur riferita ad un caso di incrocio tra comunicazioni elettroniche e radiotelevisione riguarda evidentemente anche l'incrocio con la carta stampata e può andare incontro alle medesime censure.

⁵ V. in proposito F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007 e volendo M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Torino, 2008.

⁶ Per una descrizione puntuale della disciplina v. A. FRIGNANI, *La concorrenza nella disciplina radiotelevisiva*, in *Dir. informatica*, fasc.6, 2007, 1005 ss.

⁷ Nel 2002, la Corte costituzionale con la sent. n. 466 era intervenuta ad individuare nel 31 dicembre 2003 il termine entro cui liberare le frequenze occupate illegalmente al fine di dare attuazione alla normativa antitrust di cui alla legge 249 del 1997 e garantire in questo modo il principio costituzionale del pluralismo. V. a commento di tale sentenza P. COSTANZO, *La libertà d'informazione non può più attendere ma la Corte continua ad ammettere il transitorio pur censurando l'indefinito*, in *Giur. cost.* 2002, 3899 ss.

per cento del SIC) irraggiungibile da qualsiasi emittente radiotelevisiva e, da un altro lato, di cristallizzare il duopolio radiotelevisivo attraverso la previsione di una diversa soglia dimezzata per gli operatori del settore delle comunicazioni elettroniche, capace di frenare le possibili ambizioni di Telecom – l'unico operatore *incumbent* del settore delle comunicazioni elettroniche – operante nel mercato radiotelevisivo⁸.

Per la maggioranza parlamentare, invece, il SIC rappresentava un passaggio obbligato per il Paese chiamato a prendere coscienza degli effetti economici della convergenza digitale di telecomunicazioni e radiotelevisione e dei cambiamenti irreversibili che tale convergenza avrebbe prodotto. In questo contesto, la nuova disciplina perseguiva per i proponenti l'obiettivo, da un lato, di consentire alle imprese nazionali del settore radiotelevisivo di svilupparsi o quantomeno mantenere i propri profitti in un contesto che avrebbe visto l'ingresso di *competitors* di grandi dimensioni e, da un altro lato, proprio attraverso la soglia dei ricavi del SIC del dieci per cento di ostacolare un'eventuale formazione di posizioni dominanti trasversali dell'operatore dominante nel settore delle comunicazioni elettroniche favorito dall'ibridazione delle reti.

A quindici anni di distanza, il dibattito dell'epoca appare assai interessante.

Esso rappresenta lo spaccato di un'epoca e l'occasione mancata dalle forze politiche del tempo di trovare una sintesi costruttiva partendo dai nodi problematici che pure avevano saputo largamente individuare, al netto di quella che sarebbe stata la rivoluzione digitale del successivo decennio⁹.

⁸ V. le dichiarazioni di voto alla camera dei deputati nel Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 425 del 17/2/2004 ed ivi in particolare le dure prese di posizioni di Luciano Violante e Giuseppe Giulietti. V. anche il libro di R. ZACCARIA, *Televisione con... dono*, Roma, 2003.

⁹ Anche la dottrina finì con il polarizzarsi attorno alla questione della legittimità costituzionale della legge Gasparri con una netta prevalenza di autori che vedevano in tale legge una violazione del giudicato costituzionale nella misura in cui non interveniva per ripristinare immediatamente il pluralismo dell'informazione. V. in proposito R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2007, 238-239, secondo il quale "la legge viola clamorosamente il principio del pluralismo informativo contenuto nell'articolo 21 della nostra Costituzione e nell'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo attraverso la sostanziale eliminazione di ogni limite anticoncentrazione".

Meno diffuse, ma meritevoli di essere ricordate furono le critiche di chi sottolineava come i limiti definiti dal Legislatore italiano fossero di dubbia legittimità rispetto al quadro normativo che andava formandosi a livello europeo. Un quadro che perseguiva l'obiettivo di limitare il ricorso alla regolazione *ex ante* e agli strumenti antitrust a casi accertati in seguito a rigorose analisi di mercato svolte su mercati rilevanti omogenei. V. contro la rimozione dei limiti quantitativi per ogni singolo mercato, R. MASTROIANNI, *La disciplina in materia di televisione tra diritto interno e diritto comunitario*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni*, cit., 2005, 81. Sia consentito rinviare anche a M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, cit., 316 ss. e G. DE MINICO, *Decreto di recepimento del pacchetto direttive CE in materia di comunicazioni elettroniche: conformità o difformità dal diritto comunitario?*, in *Politica del diritto*, 3, 2003, 433 ss.

È chiaro che oggi il tema del pluralismo dell'informazione radiotelevisiva ha una connotazione molto diversa. Non che la questione del pluralismo radiotelevisivo sia scomparsa, ma essa ha perso centralità rispetto ad un dibattito che quando tocca il pluralismo dell'informazione intende riferirsi principalmente al tema dell'informazione *online* e dell'attendibilità dell'informazione (tra *fake news* ed *alternative truth*), al ruolo dei motori di ricerca e, soprattutto, delle piattaforme sociali nella diffusione delle notizie¹⁰.

In questa prospettiva, la pronuncia della Corte di giustizia sembra a prima vista consentirci un viaggio all'indietro nel tempo. Nei paragrafi che seguono si cercherà di dimostrare perché tale viaggio non è fine a se stesso e quali indicazioni esso può fornire oggi, anche al di fuori del caso concreto da cui trae origine la pronuncia.

3. Il *casus belli*, il procedimento principale e le questioni pregiudiziali

La pronuncia della Corte di Giustizia che qui si commenta trae origine dalla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal TAR Lazio nell'ambito del procedimento *Vivendi contro Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*. Il procedimento avanti al giudice amministrativo scaturisce dal ricorso con cui Vivendi chiede l'annullamento della delibera dell'AGCOM n. 178/17/CONS del 18 aprile 2017.

Il *casus belli* affonda le sue radici all'inizio del 2016, quando Vivendi e Mediaset decisero di stabilire un accordo, scambiandosi il 3,5 per cento del capitale azionario. Vivendi riceveva un'opzione per salire fino 15 per cento di Mediaset e si impegnava ad acquistare il pacchetto di maggioranza della pay tv Mediaset Premium.

Nel luglio del medesimo anno, Vivendi faceva sapere di rinunciare all'accordo sul presupposto che i conti di Mediaset Premium non apparivano soddisfacenti, facendo intendere che la situazione economica della società fosse peggiore di quanto le era stato fatto credere inizialmente. Contemporaneamente Vivendi avanzava una nuova proposta in cui si diceva disponibile

¹⁰ Il tema è di grandissima attualità. Sia consentito rinviare per un inquadramento delle nuove problematiche, al saggio di F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in *Medialaws*, 2017, 48 ss.

all'acquisto di non più del 20 per cento di Premium e ad un aumento della sua partecipazione in Mediaset fino al 15 per cento in tre anni.

I titoli Mediaset, in conseguenza del venir meno dell'accordo per la cessione di Mediaset Premium, accusavano un brusco calo delle quotazioni azionarie.

Mediaset decideva di citare Vivendi in Tribunale ritenendo illegittimo il suo ritiro dal primo accordo e chiedendo, a titolo di risarcimento del danno, due miliardi di Euro.

Nel dicembre del 2016, Vivendi iniziava un tentativo di scalata di Mediaset attraverso una campagna di acquisizione ostile di azioni, che si concludeva con la detenzione del 28,8 per cento del capitale sociale di Mediaset, pari al 29,94 per cento dei diritti di voto nell'assemblea degli azionisti di quest'ultima.

Tale capitale, pur essendo di per sé assai considerevole, risultava nell'ambito dell'azionariato Mediaset insufficiente allo scopo. Infatti, il pacchetto azionario di maggioranza rimaneva saldamente nelle mani del gruppo Fininvest che, in risposta al tentativo di Vivendi, portava il suo pacchetto dal 34 a quasi il 40 per cento delle azioni con diritto di voto¹¹.

La vicenda aveva una coda sia dal punto di vista penale, con l'apertura di un'indagine per agiotaggio, sia amministrativa con la denuncia presentata da Mediaset all'AGCOM con cui sosteneva che Vivendi avesse violato l'art. 43, comma 11, del TUSMAR, ossia la norma che impone il limite del dieci per cento del SIC agli operatori che già superano il 40 per cento dei ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche. Questo secondo Mediaset avveniva sul duplice presupposto che le partecipazioni azionarie detenute dalla società francese in Telecom Italia la ponessero nella posizione di superare la quota del quaranta per cento dei ricavi complessivi del settore delle comunicazioni elettroniche e che la partecipazione in Mediaset portasse i ricavi di Vivendi oltre la soglia del dieci per cento stabilita dalla norma.

Vale la pena di ricordare che Vivendi deteneva, a dicembre 2015, il 23,94 del capitale sociale di Telecom, risultando di gran lunga il soggetto con la partecipazione di maggioranza relativa, a fronte di un capitale articolato tra azionisti istituzionali esteri (56 per cento), azionisti istituzionali italiani (4 per cento) e azionariato diffuso¹².

¹¹ V. la ricostruzione assai precisa ed anticipatrice di G. DE MINICO, *Mediaset-Vivendi, i poteri delle Authority in Il Sole 24 Ore* del 15 gennaio 2017.

¹² Occorre sempre ricordare che la società Telecom è soggetta al regime previsto dal d.l. n. 21/2012, (convertito in L. 11 maggio 2012, n. 56), così come modificato dal decreto legge 11 luglio 2019, n. 64, recante "Norme in materia di

L'AGCOM con la citata delibera n. 178/17/CONS del 18 aprile 2017 accertava che la posizione della società Vivendi S.A., in ragione delle partecipazioni azionarie detenute nella società Telecom Italia S.p.A. e nella società Mediaset S.p.A., integrasse una violazione del comma 11 dell'articolo 43 del Testo Unico e ordinava alla società Vivendi S.A. di rimuovere la posizione accertata entro il termine di 12 mesi, con l'obbligo di presentare all'Autorità, entro il termine di 60 giorni decorrenti dal giorno successivo alla notifica del presente provvedimento, uno specifico piano dettagliando le modalità con le quali la società intende ottemperare all'ordine.

Le fondamenta su cui poggia la decisione dell'Autorità italiana sono le interpretazioni delle nozioni di società controllate e società collegate utilizzate nel Testo Unico per il calcolo dei ricavi.

La nozione di società controllata è specificata – in via estensiva rispetto all'art. 2359 del Codice Civile – attraverso i commi 14 e 15 dell'art. 43 del TUSMAR per cui il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante, salvo prova contraria, allorché ricorra una delle seguenti situazioni: a) esistenza di un soggetto che, da solo o in base alla concertazione con altri soci, abbia la possibilità di esercitare la maggioranza dei voti dell'assemblea ordinaria o di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori; b) sussistenza di rapporti, anche tra soci, di carattere finanziario o organizzativo o economico idonei a conseguire uno dei seguenti effetti: 1) la trasmissione degli utili e delle perdite; 2) il coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune; 3) l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle azioni o dalle quote possedute; 4) l'attribuzione a soggetti diversi da quelli legittimati in base all'assetto proprietario di poteri nella scelta degli amministratori e dirigenti delle imprese; c) l'assoggettamento a direzione comune, che può risultare anche in base alle caratteristiche della composizione degli organi amministrativi o per altri significativi e qualificati elementi). Sulla base delle risultanze delle indagini svolte da AGCOM sulle *governance* societarie, Vivendi non può essere considerata controllante né di Telecom né di Mediaset seppur sussista una differenza assai notevole tra le due poiché Vivendi controlla il pacchetto azionario di maggioranza relativa di Telecom ed ha potuto nominare la maggioranza relativa dei componenti del consiglio di amministrazione mentre con riferimento a Mediaset, rimane un socio di minoranza.

poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni". La normativa contempla: un potere governativo di assoggettamento a condizioni ed eventualmente di opposizione all'acquisto a qualsiasi titolo, da parte di soggetti non UE, di partecipazioni di controllo nelle società che detengano detta tipologia di asset. Cfr. R. ANGELINI, *Stato dell'arte e profili evolutivi dei poteri speciali: al crocevia del golden power*, in *Rivista di diritto societario*, 3, 2018, 681 ss.

Per la nozione di collegamento, il TUSMAR non opera alcuno specifico rinvio. AGCOM decide di riferirsi a quanto previsto dal comma 3 dell'art. 2359 del Codice Civile. Si assume pertanto che sono considerate collegate “le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa”. Sulla base di questa presunzione di legge, l'azionariato detenuta da Vivendi in Telecom ed in Mediaset, società entrambe quotate in borsa, conferisce a tale società diritti di voto ben superiori al dieci per cento. Di modo che l'AGCOM può agevolmente concludere che sussista il collegamento ai sensi dell'art. 43, comma 11 del TUSMAR.

Una volta stabilito il collegamento è facile per AGCOM osservare che i ricavi conseguiti da Telecom nel 2015 sono circa 8.579 milioni di euro, corrispondenti al 55,9% dei ricavi del settore delle comunicazioni elettroniche così come definito ai sensi dell'articolo 18 del Codice delle comunicazioni elettroniche. Pertanto, sono riconducibili a Vivendi (in virtù della posizione di collegamento con Telecom), ricavi superiori alla quota del 40% prevista dall'articolo 43, comma 11 del Testo Unico. Inoltre, la quota detenuta da Mediaset sul totale delle risorse complessive del SIC, è pari a circa 2.275 milioni di euro, corrispondente al 13,3% dei ricavi SIC e che la quota detenuta da Telecom sul totale delle risorse complessive del SIC, è pari a circa 28 milioni di euro, corrispondente allo 0,17% dei ricavi SIC. Complessivamente sono riconducibili a Vivendi (in virtù della posizione di collegamento sia con Mediaset che con Telecom), per l'anno 2015, ricavi SIC superiori alla quota del 10% prevista dall'articolo 43, comma 11 del Testo Unico. Il che significa per AGCOM che Vivendi, attraverso il suo collegamento con Telecom e Mediaset, supera entrambe le soglie, violando i limiti previsti dall'art. 43, comma 11.

Vivendi impugnava la delibera dell'Autorità italiana dinanzi al TAR Lazio¹³.

Il giudice amministrativo, nell'ambito di tale controversia, sottoponeva alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziali.

La prima questione riguarda la legittimità della norma italiana che stabilisce la soglia del quaranta per cento del mercato delle comunicazioni elettroniche ai fini dell'applicazione dei limiti

¹³ Nelle more del giudizio Vivendi ottemperava alla decisione di AGCOM attraverso il trasferimento del 19,19 per cento delle azioni Mediaset ad un gestore indipendente, al fine di scendere sotto la soglia del 10 per cento oltre la quale scatta a norma dell'art. 2359 del Codice civile la presunzione di collegamento. Si v. in proposito le *Misure di ottemperanza alla Delibera n. 178/17/CONS* adottate da Vivendi in data 13 settembre 2017.

più restrittivi nel SIC laddove essa si limita a considerare i mercati suscettibili di regolamentazione *ex ante* ossia solo quelli identificati come rilevanti a livello europeo, tralasciando così di considerare i cd. mercati emergenti e, soprattutto, tutti i mercati concorrenziali tra cui quello importantissimo della telefonia mobile al dettaglio.

La seconda questione attiene alla legittimità dell'applicazione della normativa italiana secondo la quale i ricavi rilevanti per determinare la seconda soglia di sbarramento del 10 per cento sono rapportabili ad imprese non controllate né soggette ad influenza dominante, ma solo collegate nei termini di cui all'art. 2357 del Codice Civile pur risultando non esercitabile, nei confronti di quest'ultima, alcuna influenza sulle informazioni da diffondere

La terza questione riguarda la legittimità della norma italiana, che sottopone a soglie assai diverse (20 e 10 per cento) i soggetti tenuti all'iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione (cd. ROC) quali ad esempio le imprese radiotelevisive destinatarie di concessioni o autorizzazioni, le imprese concessionarie di pubblicità, le imprese editrici rispetto alle imprese operanti nel settore delle comunicazioni elettroniche.

4. Il *reasoning* della Corte di giustizia

Le tre questioni pregiudiziali, come correttamente rilevato dall'Avvocato generale nelle sue Conclusioni, pur riferite tutte alla medesima norma della medesima legge riguardano in astratto la compatibilità della stessa con diverse disposizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea e, precisamente, la prima fa riferimento alla libertà di circolazione dei capitali di cui all'art. 63 TFUE, le altre due riguardano, invece, il diritto di stabilimento (art. 49 TFUE) e la libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE)¹⁴.

Il giudice del rinvio opera, nelle sue domande pregiudiziali, anche un riferimento a due *Framework* assai rilevanti: quello delle comunicazioni elettroniche che ha nella direttiva 2002/21 il suo perno e quello della direttiva 2010/13 sui servizi di media audiovisivi.

¹⁴ V. *Conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona nella Causa C-719/18* presentate il 18 dicembre 2019, pt. 28

Il diritto secondario europeo – in entrambi i contesti – non procede secondo la Corte di giustizia ad un’armonizzazione esaustiva delle normative nazionali. Almeno per ciò che riguarda il settore radiotelevisivo permane un vasto margine di discrezionalità che consente agli Stati membri di adottare scelte nazionali. Questo è evidente ai sensi dell’art. 1, paragrafo 3 della direttiva 2002/21 per cui gli Stati membri restano competenti, nel rispetto del diritto dell’Unione, a perseguire obiettivi di interesse generale, in particolare per quanto riguarda la regolamentazione dei contenuti e la politica audiovisiva. Tra gli obiettivi di interesse generale c’è certamente pure il pluralismo dell’informazione che giustifica deroghe, anche rilevanti, rispetto al quadro disegnato a livello europeo. Il medesimo concetto è ribadito nel considerando 8 della direttiva 2010/13 per cui è essenziale che gli Stati membri vigilino affinché non si commettano atti pregiudizievoli per la libera circolazione e il commercio delle trasmissioni televisive o tali da favorire la formazione di posizioni dominanti comportanti limitazioni del pluralismo e della libertà dell’informazione televisiva nonché dell’informazione in genere.

Sul presupposto della discrezionalità riconosciuta agli Stati membri, la Corte di giustizia decide – seguendo le osservazioni dell’Avvocato generale – di collocare la questione nella prospettiva della compatibilità della disciplina nazionale rispetto al diritto primario ritenendo, quindi, non esaustive le direttive di armonizzazione¹⁵.

Nell’esame del diritto primario la Corte esclude immediatamente la rilevanza dell’art. 56 TFUE, in quanto tale norma non è applicabile nel caso di specie perché la controversia non riguarda in concreto una prestazione transfrontaliera di servizi.

Sono, invece, teoricamente applicabili sia la libertà di stabilimento sia la libera circolazione dei capitali. A livello teorico, l’acquisizione della maggioranza relativa delle azioni di TIM da parte di Vivendi presuppone l’esercizio del diritto di stabilimento mentre l’acquisizione da parte di Vivendi di una quota azionaria significativa del capitale di Mediaset potrebbe rientrare nella libertà di circolazione dei capitali. La normativa italiana di cui si discute impone, in effetti, restrizioni ad entrambe le libertà, in quanto le due partecipazioni si combinano tra loro per la definizione della soglia limite del dieci per cento del SIC.

¹⁵ Cfr. *Conclusioni* ..., pt. 40. Questo assunto non appare del tutto condivisibile perché la direttiva 2020/21, in particolare, nel prevedere la possibilità di deroghe nazionali alla normativa europea sia in riferimento all’assegnazione ed all’utilizzo delle risorse frequenziali sia all’applicazione delle regole asimmetriche ai soli mercati rilevanti definiti all’esito di un complesso procedimento e dialogo tra Commissione, BEREC e Autorità nazionali di regolazione, individua i paletti di tale intervento derogatorio nazionale sia con riferimento all’*an* che al *quomodo* della deroga.

Riguardo alla questione se la normativa nazionale ricada nell'una o nell'altra libertà, la Corte ricorre alla propria giurisprudenza consolidata, che indica come occorra prendere in considerazione l'oggetto principale della normativa nazionale. Da questo punto di vista sia l'obiettivo generale dell'art. 43 del TUSMAR sia l'obiettivo perseguito in concreto da Vivendi con il tentativo di scalata di Mediaset, rendono chiaro come la questione debba essere ricondotta alla libertà di stabilimento.

L'art. 49 del TFUE vieta a tutela di tale libertà i provvedimenti nazionali che possano ostacolare o scoraggiare l'esercizio, da parte dei cittadini dell'Unione, della libertà di stabilimento e che possono produrre effetti restrittivi nei confronti di una società, nel senso che essa a causa di una normativa nazionale, possa essere dissuasa dal creare in altri Stati membri entità subordinate nonché dall'esercitare le sue attività tramite tali entità. Non incide sull'applicabilità dell'art. 49 TFUE il fatto che la legge nazionale sia applicabile, come nel caso di specie, senza discriminazioni in base alla nazionalità ossia che essa valga per Vivendi, società francese, così come, in ipotesi, per un operatore stabilito sul territorio italiano¹⁶.

Partendo da questo punto, assodato in giurisprudenza, la Corte di giustizia afferma che la normativa italiana dell'art. 43, comma 11, del TUSMAR rappresenta indubbiamente una restrizione alla libertà di stabilimento.

Essa deve essere, dunque, valutata *in primis* alla luce dell'obiettivo che essa persegue ossia se sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale e, *in secundis*, se essa sia idoneo allo scopo perseguito e proporzionale, non ecceda cioè rispetto a quanto necessario per raggiungerlo.

Per quanto riguarda i motivi imperativi di interesse generale essi sono da ricercarsi nel caso di specie nella libertà e nel pluralismo dei media. Questo emerge sia dalle indicazioni fornite dal giudice del rinvio sia dagli obiettivi dichiarati dalla legge nazionale. Essi sono certamente, anche nel diritto europeo, obiettivi meritevoli di tutela ed idonei ad essere considerati "motivi imperativi di interesse generale", idonei cioè a fondare una restrizione della libertà di stabilimento.

Come la Corte di giustizia riconosce essi sono protetti nel diritto primario europeo e specificamente nell'art. 11, par 2, della Carta dei diritti fondamentali e nel protocollo n. 29 sul

¹⁶ V. nell'amplissima bibliografia il saggio E. PEDERZINI, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in Aa. Vv., *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino, 2016; nonché il recente lavoro monografico di D. DIVERIO, *Limiti all'accesso al mercato dei servizi*. Prospettive interne ed europee, Bari, 2019. Spec. Cap. I.

sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri allegato ai Trattati UE e FUE. Due fonti di pari grado rispetto alla libertà di stabilimento¹⁷.

La Corte di giustizia non contesta, dunque, l'*an* della restrizione alla libertà di stabilimento, affermando come essa “potrebbe, in linea di principio, essere giustificata da un motivo di interesse generale” legittimo e meritevole di primaria tutela ai sensi del diritto europeo¹⁸.

Per quanto riguarda, il *quomodo*, ossia la necessità e la proporzionalità della misura restrittiva oggetto di discussione, il ragionamento della Corte di giustizia è assai più articolato.

In prima battuta, la Corte ricorda come le autorità nazionali, quando intendono porre una restrizione alla libertà di stabilimento, hanno l'onere di dimostrare, da un lato, che la disposizione adottata sia conforme al principio di proporzionalità, ossia idonea e necessaria per raggiungere l'obiettivo perseguito e, da un altro lato, che il medesimo obiettivo non possa essere raggiunto attraverso divieti o limitazioni di minore portata o che incidano meno sull'esercizio di tale libertà¹⁹.

In seconda battuta, la Corte riconosce la prossimità tra il settore dei servizi di comunicazione elettronica e quello dei media. Il che, secondo la Corte di giustizia, può comportare che vengano anche posti limiti alle imprese che già operano in una posizione dominante nel settore delle comunicazioni elettroniche, al fine di evitare che esse approfittino di tale posizione per rafforzare la propria nel settore radiotelevisivo, trasferendo la loro dominanza in questo settore²⁰.

Questo deve avvenire secondo la Corte tenendo presente che “il nuovo quadro normativo applicabile ai servizi di comunicazione elettronica, tra le quali figura la direttiva quadro, stabilisce una chiara distinzione tra la produzione dei contenuti che implica un controllo editoriale e la trasmissione dei contenuti che esclude qualsiasi controllo editoriale”²¹. Per cui le misure adottate devono essere tali da incidere effettivamente sui soggetti che svolgono un controllo editoriale.

Dopo questo discutibile assunto di partenza, la Corte di giustizia osserva come, nel caso di specie, la disposizione nazionale vieti il superamento delle due soglie senza far alcun riferimento al

¹⁷ V. Sentenza *Vivendi SA c. AGCOM*, ptt 57-58 in cui la Corte di Giustizia sottolinea come il sistema di radiodiffusione negli Stati membri è collegato alle esigenze democratiche, sociali e culturali di ogni società.

¹⁸ La Corte richiama la sua precedente giurisprudenza ed in particolare la sentenza del 22 gennaio 2013, *Sky Oesterreich*, C – 283/11. V. sul punto, B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *L'evoluzione dei diritti e delle libertà fondamentali nel settore dei media. Diritto dell'Unione europea e orientamenti giurisprudenziali*, in *Eurojus*, 4, 2019.

¹⁹ V. Sentenza *Vivendi SA c. AGCOM*, cit., pt. 63.

²⁰ V. Sentenza *Vivendi SA c. AGCOM*, cit., pt. 63

²¹ Il fatto che la Corte definisca “nuovo” un quadro normativo che, nella sua impostazione, quella per l'appunto della citata direttiva 2002/21 risale all'inizio del secolo, suona abbastanza assurdo.

collegamento tra la produzione e la trasmissione del contenuto. Di modo che essa non è formulata in modo da applicarsi specificamente a tale collegamento²².

Ne deriva secondo la Corte che per valutare se la norma nazionale sia idonea a proteggere il preminente obiettivo di interesse generale che la giustifica occorre valutare il nesso tra le soglie alle quale la disposizione fa riferimento ed il rischio concreto che corre il pluralismo dei media.

Per fare questo la Corte di giustizia è costretta ad entrare nel merito della questione, e valutare sia in concreto l'appropriatezza delle soglie di legge sia alcune scelte interpretative che l'AGCOM ha compiuto al fine di adottare la delibera da cui è scaturito il giudizio principale.

Il primo punto che diviene oggetto di scrutinio riguarda la definizione restrittiva adottata da AGCOM del settore delle comunicazioni elettroniche. La legge nazionale rinvia, infatti, per la definizione di tale settore, al fine del calcolo dei ricavi, all'art. 18 del Codice delle comunicazioni elettroniche. Tale norma non identifica i singoli mercati rilevanti, ma definisce la procedura per la loro identificazione, nel rispetto della Raccomandazione e delle Linee Guida della Commissione europea. L'individuazione dei mercati rilevanti è, quindi, vincolata a quella pre-determinata a livello europeo da cui è possibile discostarsi previa notifica e motivazione. Occorre aggiungere che l'individuazione dei mercati è, nel contesto normativo delle comunicazioni elettroniche, propedeutica all'imposizione di regole asimmetriche volte a risolvere problemi di concorrenza e non a garantire il pluralismo.

Al fine di individuare il montante dei ricavi su cui calcolare la soglia del 40 per cento, AGCOM ha quindi conteggiato i soli mercati rilevanti suscettibili di regolazione *ex ante* escludendo, quindi, sia quelli reputati concorrenziali all'esito dell'analisi sia quelli emergenti. Tra di essi ve ne sono di

²² Occorre osservare come la distinzione tra soggetti che esercitano un controllo editoriale e soggetti che si limitano alla trasmissione è costruita in un contesto tecnologico molto diverso da quello attuale. Fin tanto che la nozione di controllo editoriale era utilizzata con riferimento alla radiotelevisione analogica essa poteva apparire chiara. Con l'avvento delle trasmissioni digitali essa si complica poiché il medesimo operatore può svolgere un controllo editoriale su una parte dei contenuti trasmessi e limitarsi alla trasmissione di altri. Fermo restando che nella scelta di quali contenuti trasmessi è innegabile che tale operatore possa, sulla base della propria autonomia contrattuale, scegliere un fornitore anziché un altro. Inoltre la questione si complica ancora di più con i servizi non lineari laddove l'organizzazione dei cataloghi e la mera messa a disposizione degli utenti può configurarsi a seconda dei casi come controllo editoriale. Per cui la norma italiana, l'art. 2, comma 1 lett. b) del TUSMAR, nel definire come fornitore di servizi di media audiovisivi "il soggetto al quale è riconducibile la responsabilità editoriale della scelta del contenuto e ne determina le modalità di trasmissione" è chiaramente legato ad un contesto tecnologico ormai superato. V. su queste questioni G. BELLOMO, *Nozione di servizio di comunicazione elettronica e l'assunzione di responsabilità nel garantire la trasmissione dei segnali necessari al funzionamento del servizio*, in *DPCE Online*, 2019, 2177 ss.

molto importanti quali, ad esempio, il mercato dei servizi al dettaglio di telefonia mobile, i servizi di radiodiffusione satellitare ed altri collegati ad Internet.

Quest'esclusione è per la Corte di giustizia ingiustificata perché proprio alcuni mercati non conteggiati sono oggi divenuti una delle principali vie di accesso ai media²³.

L'osservazione della Corte di giustizia è certamente condivisibile. Occorre però anche dire che se pure l'AGCOM avesse adottato un'interpretazione diversa della norma nazionale – questione non scontata alla luce del tenore letterale della norma stessa – e avesse provveduto ad un diverso conteggio del montante dei ricavi non è escluso che Telecom sarebbe rimasta sotto soglia vista che si tratta di un operatore molto forte pure nel mercato al dettaglio dei servizi di telefonia mobile.

Inoltre, bisogna riconoscere che l'interpretazione “restrittiva” di AGCOM ha una sua ragion d'essere nel fatto che la direttiva 21/2002 richiede con molta chiarezza che non vengano sottoposti a misure regolamentari i mercati concorrenziali. Per cui AGCOM potrebbe essersi legittimamente chiesta se il calcolo dei ricavi esteso ai mercati non regolamentati avrebbe potuto determinare una violazione delle regole europee in materia di comunicazioni elettroniche.

Per cui se da un lato non si può che concordare sull'irragionevolezza dell'esclusione, da un altro lato occorre tener presente il *cul de sac* entro cui comunque l'AGCOM si sarebbe venuta a trovare nel caso in cui avesse operato nel senso che la Corte sembra ritenere, solo ai fini però del presente giudizio, più corretto.

Il secondo punto su cui la Corte di giustizia sofferma la sua attenzione è la soglia del 10 per cento dei ricavi complessivi del SIC. La Corte di giustizia è sul punto perentoria nell'affermare che il fatto di conseguire o meno ricavi equivalenti al 10 per cento dei ricavi del SIC non sia di per sé indicativo di un rischio di influenza sul pluralismo dei media²⁴.

Data la pluralità ed eterogeneità dei mercati che il SIC comprende, argomenta la Corte, se i ricavi complessivi di un'impresa dovessero essere concentrati in uno solo dei mercati che compongono il paniere, questa situazione potrebbe mettere a rischio il pluralismo dei media anche laddove detta impresa non superasse la soglia complessiva del 10 per cento. All'opposto se un'impresa operasse in tutti i settori del SIC con quote di mercato omogenee, la stessa impresa

²³ Sentenza Vivendi SA c. AGCOM, cit., pt. 74.

²⁴ Sentenza Vivendi SA c. AGCOM, cit., pt. 75.

potrebbe incorrere nel superamento della quota del 10 per cento, senza però che il raggiungimento o lo sfioramento di tale soglia costituisca necessariamente un rischio per il pluralismo dei media.

Il ragionamento della Corte è assai convincente nella sua razionalità. Occorre, tuttavia, segnalare che esso certamente non si attaglia al caso in questione perché Mediaset opera con quote assai rilevanti in specifici mercati, tra l'altro certamente assai rilevanti per il pluralismo.

Tuttavia non c'è dubbio che il *reasoning* della Corte di giustizia metta facilmente in crisi il sistema in sé del SIC e delle soglie come strumento per tutelare il pluralismo, negando alla radice il fatto che esso sia idoneo al raggiungimento dell'obiettivo che con esso il Legislatore si prefiggeva.

L'ultimo punto su cui si sofferma la Corte di giustizia è quello del conteggio dei ricavi. In questo caso AGCOM ha ricondotto entrambe le partecipazioni, quella di Vivendi in Telecom e quella in Mediaset ad ipotesi di collegamento scartando in entrambi i casi l'ipotesi del controllo. Così facendo ha utilizzato la presunzione di cui all'art. 2359, terzo comma, del Codice civile secondo la quale "un'influenza notevole" ricorre quando l'azionista di minoranza può esercitare un quinto dei diritti di voto nell'assemblea degli azionisti o un decimo se si tratta di azioni quotate in mercati regolamentati.

Questa presunzione, secondo la Corte di giustizia, non è idonea a dimostrare la capacità di incidere sulle decisioni societarie in maniera tale da pregiudicare il pluralismo dei media e dell'informazione²⁵. Il che significa, sempre secondo la Corte di giustizia, che la disposizione nazionale non può essere considerato, nemmeno sotto questo profilo, idonea a conseguire l'obiettivo perseguito perché fissa soglie che non consentono di misurare in alcun modo il grado di influenza sul contenuto dei media.

Sulla base di tutte e tre le argomentazioni qui riportate la Corte di giustizia conclude che la norma italiana di cui all'art. 43, comma 11, del TUSMAR non supera lo scrutinio in tema di necessità e proporzionalità risultando, così, una restrizione non giustificata della libertà di stabilimento.

²⁵ La Corte avanza non poche perplessità anche sull'equiparazione in sé per definire l'influenza sulle scelte che possono riguardare il pluralismo delle fattispecie di controllo e di collegamento.

5. Gli effetti della pronunzia della Corte di Giustizia sulle norme nazionali anticoncentrazione nel settore della radiotelevisione

Il modo perentorio con cui la Corte di giustizia risponde alle domande pregiudiziali non sembra lasciar spazio ad un'interpretazione dell'art. 43, comma 11, che sia conforme alle indicazioni formulate.

Le censure che emergono dall'analisi della sentenza riguardano sia i meccanismi di calcolo dei ricavi sia il sistema delle soglie ed il SIC nella sua essenza.

Per quanto riguarda il calcolo dei ricavi le argomentazioni della Corte potrebbero, in teoria, consentire all'AGCOM un ricalcolo. Questo potrebbe anche avvenire in maniera agevole per la definizione del mercato delle comunicazioni elettroniche. Sussiste, infatti, uno spazio per una diversa interpretazione del rinvio che il TUSMAR fa all'art. 18 del Codice delle comunicazioni elettroniche e per un ricalcolo che tenga conto anche dei mercati non regolamentati²⁶.

Molto più difficoltosa appare, invece, una ridefinizione della nozione di collegamento che si allontani dal sistema di presunzioni di cui all'art. 2569 del Codice civile, qui censurato dalla Corte in quanto non idoneo a "provare un'influenza tale da incidere sulla programmazione e quindi sul pluralismo". In questo caso, infatti, AGCOM si troverebbe a dover enucleare una nozione propria di collegamento, allontanandosi da quella del Codice, ma senza un diverso parametro normativo a cui agganciarsi.

In realtà, però, l'ostacolo maggiore ad ogni ipotesi di re-interpretazione conforme della disciplina nazionale è rappresentato dalle censure che riguardano il SIC ed il sistema delle soglie. Un sistema che, secondo la Corte di giustizia, non è esso stesso idoneo a garantire il pluralismo dell'informazione e, per questa ragione, inidoneo a superare lo scrutinio di legittimità cui sono sottoposte le restrizioni alla libertà di stabilimento garantita dal TFUE.

Occorre, quindi, riconoscere come questa decisione determini il venir meno di uno tra gli strumenti anti concentrazione previsti dalla legislazione italiana. Uno strumento, ad essere onesti, mai utilizzato prima e travolto alla sua prima applicazione.

²⁶ Come si è argomentato nel testo, tale strada supererebbe le critiche formulate su questo punto dalla Corte di giustizia ma potrebbe aprire un fronte nuovo perché, in via teorica, ciò potrebbe convertirsi in una limitazione ex ante riferita ad un soggetto operante in mercati che sulla base delle disciplina europea delle comunicazioni elettroniche non dovrebbero essere soggetti a tali misure. Inoltre non è affatto scontato che un tale ricalcolo possa dare esiti diversi nel senso di ricondurre Telecom sotto soglia.

Rimangono tuttavia in vigore gli altri strumenti e cioè quelli che rimettono all'AGCOM il compito di vigilare sulle operazioni di concentrazione e sulla formazione di posizioni dominanti nei diversi settori che compongono il criticato SIC e, quindi, anche quello radiotelevisivo. Una vigilanza che può prescindere dal raggiungimento di soglie pre-determinate ed essere più dinamica ed in linea sia con il diritto antitrust sia con la regolazione anti concentrazione nel settore delle comunicazioni elettronica.

Il che significa che il Legislatore, nel prendere atto di tale pronuncia, dovrà innanzitutto valutare se quanto residua degli strumenti anti concentrazione previsti nell'ordinamento italiano a tutela del pluralismo nel settore radiotelevisivo sia sufficiente allo scopo.

Nel caso in cui la risposta a tale interrogativo fosse negativa, occorrerebbe iniziare a riflettere su nuovi strumenti di tutela del pluralismo, tenendo presente che essi, quando restringono la libertà di stabilimento o più ampiamente la libertà d'impresa, per essere compatibili con il diritto europeo, debbono essere idonei al raggiungimento dell'obiettivo e proporzionali.

De iure condendo, le strade a disposizione sono due: quella di un intervento *limitato* che colmi "il vuoto" creato dalla sentenza della Corte di giustizia e quella di un intervento di più ampio respiro che intervenga, invece, sul complesso delle norme anti concentrazione presenti nell'ordinamento italiano a tutela del pluralismo.

L'aggiunta di una norma ad hoc, l'art. 4 bis, al disegno di legge di conversione del D.L. 125/2020 recante *Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020* sembra andare nella direzione dell'intervento limitato.²⁷ Si sceglie cioè una strada ben nota nel settore radiotelevisivo: quella degli interventi emergenziali ed urgenti, adottati attendendo la riforma complessiva²⁸.

²⁷ Il contributo è aggiornato sulla questione al 24 novembre 2020. Il disegno di legge di conversione è stato approvato in Senato l'11 novembre 2020 ed è attualmente all'esame della Camera dei deputati come A.C. 2779.

²⁸ Tale strada solleva molte perplessità anche da un punto di vista formale. È noto infatti come la Corte costituzionale abbia da tempo censurato l'aggiunta di norme in sede di conversione palesemente estranee rispetto al contenuto originario di un decreto legge. Sulle norme "intruse" inserite in decreti legge in sede di conversione, v. su tale questione, F. MODUGNO, *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 1, 2014; Con riferimento alla sent. n. 32 del 2014 cfr anche V. MARCENÒ, *L'eterogeneità delle disposizioni come "male" da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, in *forumcostituzionale.it*; C. BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto-legge*, in *AIC*, 3, 2012. V. sulla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 247 del 4 dicembre 2019 ed il commento

Il primo comma di tale articolo, attribuisce all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni il compito di verificare, mediante apposita istruttoria, la sussistenza di eventuali effetti distorsivi o di posizioni comunque lesive del pluralismo nei casi in cui un soggetto si trovi ad operare, contemporaneamente, nei mercati delle comunicazioni elettroniche e in un mercato diverso, ricadente nel sistema integrato delle comunicazioni (SIC) anche attraverso partecipazioni in grado di determinare un'influenza notevole ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile.

Questa competenza rappresenta un'estensione di un potere di cui l'AGCOM già dispone. Vale, infatti, la pena di ricordare che già spetta all'AGCOM, sulla base dell'art. 43 del TUSMAR il compito di verificare che non si costituiscano posizioni lesive del pluralismo attraverso intese e concentrazioni anche aldilà del superamento delle soglie ritenute incompatibili dalla Corte di giustizia.

Per cui la novità introdotta dall'art. 4 bis sarebbe da ricercarsi nel riferimento alle partecipazioni in grado di determinare un'influenza notevole rinviando all'AGCOM il compito di procedere all'accertamento. In questo senso, la previsione normativa, approvata dal Senato, appare più il *pass par tout* per consentire ad AGCOM di intervenire nuovamente nel caso Vivendi che una competenza davvero nuova.

Il fatto che la “nuova” competenza sembrerebbe “pensata” solo per il caso Vivendi trova una conferma esplicita nel comma 2 dell'articolo 4 bis laddove esso prevede che le disposizioni di cui al comma 1 si applichino anche ai procedimenti già conclusi dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in applicazione del comma 11 dell'articolo 43 del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177. Proprio la norma su cui ha inciso la sentenza della Corte di giustizia.

È più che evidente che la seconda strada, quella al momento solo promessa, di un intervento complessivo sarebbe senz'altro preferibile per non incorrere negli errori del passato. I motivi a favore un intervento che ridefinisca complessivamente i limiti anti concentrazione vanno, infatti, ben oltre il *casus belli* Vivendi/Mediaset. Essi attengono alle profonde trasformazioni tecnologiche e sociali in atto, ai nuovi servizi media audiovisivi, all'affermazione degli *user generated content* ed al ruolo delle piattaforme sociali nella diffusione dei contenuti più tradizionali e di quelli più innovativi. Tali mutamenti esigono oggi un quadro giuridico aggiornato che rifletta l'evoluzione del

di R. DICKMANN, *L'illegittimità delle norme intrusive dei decreti-legge tra conflitto di attribuzione promosso da singoli parlamentari e giudizio di legittimità costituzionale (Osservazioni a Corte cost., ordd. n. 274 e 275 del 2019 e sent. n. 247 del 2019)*, in *Federalismi.it*, 2, 2020.

mercato e della società e che, attraverso nuovi strumenti anti concentrazione, garantisca una tutela effettiva del pluralismo dell'informazione anche fuori dai canoni tradizionali entro cui siamo abituati a collocarlo.

Occorre ricordare, infine, che l'Italia è chiamata a trasporre sul piano interno, andando a modificare proprio il TUSMAR le rilevanti modifiche che la direttiva 2018/1808 ha apportato alla direttiva 2010/13/UE (cd. Direttiva sui servizi di media audiovisivi). Quello è il contesto in cui possono essere apportate le necessarie modifiche alle norme nazionali anti concentrazione a tutela del pluralismo contenute nel TUSMAR, evitando così interventi estemporanei e poco comprensibili.