

**Brevi note sul pluralismo e sulla concorrenza**  
**(a proposito del disegno di legge Gentiloni sulla riforma del settore televisivo**  
**nella fase del passaggio alla tecnologia digitale)\***

di Enzo Cheli

Soltanto qualche osservazione sui tre punti che possono aiutarci a comprendere il senso complessivo di questo disegno di legge n. 1825, d’iniziativa del ministro Gentiloni, sulla riforma del settore televisione nella fase del passaggio dalla tecnologia analogica a quella digitale.

Questi punti riguardano: a) gli obiettivi che questo disegno di legge si propone di realizzare; b) gli strumenti che vengono adottati per realizzare questi obiettivi; c) la valutazione di congruità, oltre che di legittimità, degli strumenti adottati rispetto agli obiettivi fissati.

A) Per quanto concerne gli obiettivi, dalla relazione al disegno di legge emerge che scopo fondamentale della nuova disciplina è correggere le distorsioni più gravi di quella che nel linguaggio corrente si definisce l’ “anomalia televisiva italiana”, utilizzando ai fini di questa correzione le possibilità che vengono oggi offerte dal passaggio dalla tecnologia analogica alla tecnologia digitale. E’ noto che l’ “anomalia italiana” si misura oggi essenzialmente sullo scostamento che, nel settore radiotelevisivo, è dato registrare tra la situazione del nostro Paese e i parametri che si rilevano negli altri paesi europei con riferimento ai tre assi portanti su cui tutti i sistemi radiotelevisivi poggiano: la distribuzione delle risorse tecnologiche (cioè delle frequenze), la distribuzione delle risorse economiche (cioè della pubblicità) e la distribuzione degli ascolti.

Oggi, su questi tre piani gli indici di concentrazione che è dato registrare in Italia con riferimento alle due maggiori imprese radiotelevisive (Rai e Mediaset), seguitano da molto tempo ad oscillare tra un 88% ed un 92% delle risorse complessive del sistema, anche se di recente si cominciano a registrare alcune flessioni che derivano dall’affermazione delle nuove piattaforme televisive e, in modo particolare, della piattaforma satellitare. Ora, se è vero che l’obiettivo di utilizzare la transizione dall’analogico al digitale come occasione per incentivare il pluralismo e aprire il mercato viene richiamato anche nella legge 112 del 2004 (c.d.

---

\*E’ il testo della relazione introduttiva al Seminario ASTRID sul disegno di legge di riforma del sistema televisivo nella fase del passaggio alla tecnologia digitale, svoltosi a Roma il 3 maggio 2007.

“legge Gasparri”) e nel successivo Testo unico n. 177 del 2005, è anche vero che in questi due testi tale obiettivo, al di là dell'enunciazione che ne viene fatta nei principi generali, risulta poi, in concreto, aggirato e anzi rovesciato attraverso la disciplina posta con due istituti particolari: con il trading delle frequenze, che anziché in termini di apertura è stato costruito in termini di chiusura del mercato, dal momento che lo stesso trading è stato limitato ai soli soggetti già operanti nella tecnologia analogica, con esclusione di nuovi entranti; e con la previsione del c.d. “sistema integrato delle comunicazioni”, suscettibile di determinare un allentamento nei preesistenti vincoli antitrust della legge Maccanico, così da favorire il rafforzamento e il contenimento della preminenza economica dei due soggetti in posizione dominante.

Da qui scaturisce l'obiettivo primario del disegno di legge n. 1825, che non è tanto quello di sostituire la disciplina di sistema varata nel 2004 e nel 2005 con una nuova disciplina di sistema, bensì di intervenire in maniera selettiva soltanto sui punti più critici della disciplina in vigore, cioè su quelle che la relazione al progetto di legge qualifica come “debolezze strutturali” del sistema e che, appunto, attengono tanto alla squilibrata distribuzione delle risorse economiche (che porta ad un mercato a impianto duopolista), quanto alla squilibrata distribuzione delle risorse tecnologiche (che fa dello spettro frequenziale uno dei “colli di bottiglia” del sistema).

B) Se questi sono gli obiettivi, gli strumenti che il progetto adotta per raggiungere tali obiettivi vengono sviluppati attraverso quattro percorsi fondamentali.

Un primo percorso (tracciato nell'art. 3) riguarda la gestione efficiente dello spettro frequenziale e l'equa distribuzione delle risorse tecnologiche. Questo rappresenta probabilmente il punto più significativo del progetto, perché preliminare al riassetto complessivo del sistema.

Su questo terreno il progetto prevede, in primo luogo, il recupero in mano pubblica delle frequenze occupate abusivamente, delle frequenze eccedenti il bacino di servizio dei vari operatori e delle frequenze che si libereranno a seguito del passaggio anticipato al digitale terrestre della terza rete in proposito di ciascuno dei due operatori in posizione dominante. Passaggio che, ai sensi del progetto, dovrà avvenire entro 15 mesi dalla data di entrata in vigore della legge e perciò presumibilmente in anticipo rispetto al passaggio definitivo alla tecnologia digitale, fissato per il 30 novembre del 2012. Le frequenze così recuperate vengono messe sul mercato attraverso gare pubbliche gestite dal Ministero e regolate dall'Autorità.

Una seconda misura connessa a questo percorso riguarda il blocco del trading delle frequenze per i due operatori in posizione dominante e l'apertura del mercato agli altri operatori, oggi esclusi.

Una terza misura concerne la fissazione di un limite del 20% della capacità trasmissiva complessiva imposta nei confronti di tutti i fornitori di contenuti operanti in ambito nazionale. Anche in questo caso la capacità trasmissiva eccedente viene recuperata in mano pubblica e immessa sul mercato.

Infine, un'ultima misura riguarda l'imposizione di un obbligo a trasportare (*must carry*) a carico dei titolari di reti di telecomunicazione a banda larga in posizione di significativo potere di mercato, col conseguente riconoscimento, in contrapposizione, del diritto dei fornitori di contenuti di accedere a tali reti, sia per i servizi televisivi che per i servizi multimediali.

Un secondo percorso del progetto (regolato dall'articolo 2) investe poi il riequilibrio nella distribuzione delle risorse economiche e, in particolare, delle risorse pubblicitarie. Questo obiettivo viene in primo luogo perseguito attraverso la previsione di un tetto del 45%, riferito ai ricavi pubblicitari dell'intero settore televisivo, che viene indicato come soglia oltre cui si presume la presenza di posizione dominante vietata ai sensi dell'art. 43 del Testo unico n. 177 del 2005, posizione che, appena riconosciuta dall'Autorità, fa scattare una particolare misura restrittiva consistente nell'obbligo di riduzione dell'affollamento orario dei messaggi pubblicitari al 16%.

Sempre sul terreno degli indici di affollamento, tutti i messaggi pubblicitari, ivi comprese le televendite e le telepromozioni, vengono poi ricompresi nel calcolo degli indici (e questa è una novità molto significativa).

Un terzo percorso (regolato dall'articolo 4) riguarda la rilevazione degli indici di ascolto, tema strettamente complementare a quello della distribuzione delle risorse economiche. Su questo piano si rinvia all'adozione di un decreto legislativo cui spetta il compito di rendere più trasparenti e oggettivi gli attuali criteri di rilevazione degli ascolti, estendendo le rilevazioni a tutte le piattaforme e rafforzando i poteri dell'Autorità di garanzia nel controllo delle stesse rilevazioni.

Infine, l'ultimo percorso attiene al quadro delle sanzioni affidate all'Autorità, quadro che viene rafforzato e reso più spedito, sia attraverso l'abrogazione delle disposizioni oggi in vigore in materia di diffida sia attraverso l'eliminazione del

meccanismo del pagamento in misura ridotta, strumenti che hanno sinora molto spesso portato a rallentare e indebolire il quadro sanzionatorio.

C) Passando al profilo delle congruità e della legittimità di queste misure, bisogna muovere dalla considerazione, cui prima accennavo, che questa non è una disciplina di sistema, bensì una disciplina che mira a correggere i punti più critici del sistema tracciato dalla legge 112 del 2004 e dal Testo unico 177 del 2005.

Su questo piano, penso che il progetto esprima una disciplina ben calibrata e correttamente ispirata ad un criterio di proporzionalità rispetto ai risultati che si intendono raggiungere. Disciplina che, per quanto incisiva, è, in un certo senso, minimale, sia per la specificità dei suoi obiettivi che per la transitorietà dei suoi contenuti, che investono l'arco temporale che va da oggi alla data del completo spegnimento della tecnologia analogica. La disciplina è minimale, ma anche necessaria, e per alcuni aspetti, indilazionabile in relazione al rispetto di due esigenze che oggi vincolano il nostro legislatore: l'esigenza di riprendere il percorso attuativo della giurisprudenza costituzionale in tema di pluralismo radiotelevisivo, percorso avviato con la legge 249 del 1997 (legge Maccanico), ma poi abbandonato, e con la legge n. 112 del 2004 sostanzialmente evaso (dal momento che questa legge ha rappresentato anche una violazione dell'ultimo giudicato della Corte, espresso con la sentenza n. 466 del 2002); e l'esigenza di rispondere ai richiami ripetutamente espressi dalla Commissione, dal Parlamento e dal Consiglio europei con riferimento ad alcuni punti della legge n. 112 del 2004 e del conseguente Testo unico del 2005, quali quelli relativi al trading delle frequenze e all'uso efficiente dello spettro.

Ora, nei confronti di questo disegno di legge che stiamo esaminando sappiamo che sono state sollevate molte critiche anche vivaci, che si sono manifestate tanto sul piano politico che tecnico. Penso che, in questa sede, si possano trascurare le critiche di natura più squisitamente politica (come quelle che hanno parlato impropriamente di una legge ad *personam*), dal momento che risultano evidenti sia gli obiettivi generali dell'intervento che le esigenze a cui il progetto cerca di rispondere.

Limitiamoci, quindi, a considerare le critiche di natura più propriamente tecnica, che di recente sono state formulate in una raccolta di scritti curata da Franco Debenedetti, con il titolo di "45 per cento" e in una serie di interventi presentati in un recente convegno della Fondazione Magna Carta. Queste critiche investono essenzialmente un punto e cioè la previsione della soglia del 45%, come indice

presuntivo di una posizione dominante vietata ai sensi dell'articolo 43 del Testo unico della radiotelevisione: critiche che sono state formulate su piani diversi, di diritto costituzionale, di diritto comunitario, di legislazione anti-trust, di politica economica, ma che alla fine possono riassumersi in due proposizioni fondamentali.

Secondo una prima critica il tetto del 45% fissato per legge violerebbe la procedura comunitaria in tema di accertamento delle posizioni dominanti, o, se vogliamo, delle posizioni con significativo potere di mercato, accertamento che richiederebbe sempre una valutazione caso per caso, attraverso un'istruttoria ed una analisi di mercato condotta dall'Autorità di garanzia del settore che, in questo caso, sarebbe stata espropriata di una delle sue competenze.

Una seconda critica, inverte poi il fatto che il progetto, nel riferirsi alla sola pubblicità del settore televisivo, esprimerebbe una scelta illogica e irrazionale (cioè viziata per eccesso di potere legislativo) dal momento che le risorse del sistema televisivo consistono oltre che nella pubblicità anche nel canone e negli abbonamenti, non considerati in alcun modo dal progetto.

In sintesi, com'è stato detto dalla più pungente di queste critiche, il tetto del 45% esprimerebbe una “fallacia costruttivistica”, o meglio una volontà punitiva diretta verso una sola impresa, cioè Mediaset che raccoglie oggi circa il 60% delle risorse pubblicitarie del settore. Da qui deriverebbe anche un contenuto retroattivo ed espropriativo della misura, che risulterebbe in contrasto tanto con la disciplina comunitaria che costituzionale.

Si tratta di critiche cui, peraltro, sembra facile rispondere.

In primo luogo va ricordato che nella disciplina afferente alle risorse dei mezzi di informazione si è sempre ammesso, sia alla luce dei parametri comunitari che dei parametri costituzionali, la possibile presenza di soglie preventive ai fini della tutela, non solo e non tanto del valore della concorrenza, quanto e in primo luogo del valore del pluralismo, che è l'elemento integrativo della nozione di concorrenza operante in questo settore. E questo ai fini di quell'equilibrata distribuzione delle risorse economiche tra i vari mezzi, che è strumento fondamentale per garantire la sostanza del pluralismo. Su questa linea è da tempo assestata sia la legislazione (dalla legge Mammì alla legge Meccanico) che la giurisprudenza.

In secondo luogo, la natura preventiva e asimmetrica della misura in contestazione risulta nella specie pienamente giustificata dall'entità dello squilibrio che è dato

rilevare nel contesto italiano, squilibrio che non è dato registrare nella stessa misura negli altri paesi dell'Unione europea e che pertanto impone, rispetto allo scopo generale che il disegno di legge si propone, l'adozione, in via transitoria, di una misura asimmetrica di questa natura.

A questo si possono aggiungere due ulteriori considerazioni. La prima è che la soglia indicata in questo disegno di legge non elimina né sostituisce le analisi di mercato, affidate all'istruttoria che l'Autorità è tenuta a svolgere, ai sensi dell'articolo 43 del Testo unico della radiotelevisione, ma indica soltanto un elemento aggiuntivo, che l'Autorità deve tenere presente ai fini del compimento della sua analisi e dell'adozione della misura conseguente (che, in questo caso, risulta anche essere una misura piuttosto blanda rispetto alla natura e all'entità dello squilibrio da correggere). La seconda considerazione è che la misura in questione, proprio per il suo carattere asimmetrico, è destinata ad operare soltanto in via transitoria per uno spazio di tempo limitato al compimento della fase di passaggio dall'analogico al digitale.

Credo, quindi, che la disciplina del progetto trovi la sua giustificazione non tanto in un intento punitivo riferito ad un soggetto particolare, quanto in una visione di ordine generale determinata sia dall'esigenza di gestire al meglio la fase di transizione in atto ai fini di un riequilibrio nella distribuzione delle due risorse fondamentali (la tecnologica e l'economica) del sistema, sia dall'esigenza di rispettare i vincoli di natura esterna, imposti dalla Corte costituzionale e dall'Unione Europea, vincoli esterni che il legislatore nazionale non può permettersi di trascurare, tanto più ove punti ad allineare il nostro sistema al quadro degli altri sistemi dei vari paesi europei.

In ogni caso il punto da tenere presente attiene al contenuto "correttivo" di questo disegno di legge che, come si diceva, non è una nuova legge di sistema, ma si limita ad aprire la strada a quella nuova legge di sistema che, una volta completato il passaggio dall'analogico al digitale, il legislatore italiano non potrà non affrontare, ma partendo da condizioni di mercato più aperte e meno squilibrate di quelle attuali. Per questo, al di là dei contenuti specifici di questa disciplina che resta appunto una disciplina di passaggio mirata su alcuni aspetti particolari, già si possono intravedere quelle che potranno essere le linee generali del nuovo disegno che si va delineando, che l'articolo 1 del progetto richiama e che investono temi che vanno dalla corretta concorrenza tra le piattaforme, alla scomposizione verticale dell'impresa televisiva,

dalla gestione consortile delle reti al diritto d'accesso ai contenuti. Queste sono, infatti, le grandi sfide che stanno nello sfondo del progetto e che il passaggio al digitale sta imponendo al legislatore, alle autorità di garanzia, alle imprese e ai cittadini.

Intanto è importante muovere, oggi, un primo passo per invertire una direzione di marcia che ha già prodotto troppi ritardi e troppe distorsioni, ai fini della messa a punto di un modello equilibrato, aperto e rispondente ad uno standard europeo.

Il resto, credo, verrà poi di conseguenza.