

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

Roundtable SI(C)AMBIA
*Verso una diversa valorizzazione
del Sistema Integrato delle
Comunicazioni a tutela del
pluralismo e della concorrenza*
Roma - 20 gennaio 2016

***“Il quadro normativo nazionale e
comunitario in materia di
posizioni dominanti e strumenti
antitrust”***

Prof. Roberto Mastroianni
Università di Napoli «Federico II»



LA TUTELA DEL PLURALISMO IN EUROPA

1999, il **Consiglio d'Europa** adotta una **raccomandazione** che auspica l'adozione di normative nazionali per la salvaguardia del principio del pluralismo dei media.

2007, viene adottata **una nuova raccomandazione** per ribadire il valore del pluralismo dei media come elemento essenziale per la democrazia e la libertà di espressione e informazione.

Viene indicata l'opportunità di misure in materia di :

- ***Ownership regulation*** (limitare l'influenza di un singolo soggetto nei mercati)
- ***Other media*** (tese ad incoraggiare l'entrata di nuovi operatori di comunicazione)
- ***Access regulation and interoperability*** – volte a garantire l'accesso alle reti di comunicazione elettronica da parte dei fornitori di contenuti

LA TUTELA DEL PLURALISMO IN EUROPA (2)

Nella più recente giurisprudenza in materia di media emerge anche la volontà della CEDU di ricostruire **obblighi** per gli Stati **di carattere «positivo»**, vale a dire di predisporre un quadro normativo ed amministrativo tale da garantire ad ognuno l'accesso ad una pluralità di fonti per la formazione della propria opinione

(Sentenza Centro Europa 7, 2012)

IL PLURALISMO NELL' UE

- ✓ I principi sanciti dalla CEDU sono richiamati dall'art. **6 TUE**.
- ✓ Punto di riferimento è oggi rappresentato dall'art. **11.2 della Carta europea dei diritti fondamentali**, in base al quale «*la libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati*».
- ✓ Quanto più in particolare alla politica audiovisiva, **né il TUE né il TFUE contemplano alcuna competenza diretta al riguardo**.
- ✓ La politica audiovisiva nell'UE trova tuttavia fondamento nelle disposizioni del TFUE che garantiscono il **mercato interno e la concorrenza**; **l'armonizzazione tecnologica** o utilizzo di standard tecnologici simili, ad esempio, nelle produzioni Internet; **l'istruzione**; **la formazione professionale**; **la cultura**; **l'industria**.

IL PLURALISMO E LE SUE ACCEZIONI

- La Commissione ritiene che il pluralismo non indichi solo la pluralità di operatori nel settore delle comunicazioni (c.d. **“plurality of ownership”**), ma implichi un effettivo accesso dei cittadini alla diversità delle informazioni ivi presenti (c.d. **pluralismo interno**; *Media pluralism in the Member States of the European Union*, SEC(2007)32).
- L'esigenza della tutela del pluralismo viene indicata anche nei *considerata* della **direttiva 2007/65/CE** sui servizi media audiovisivi e ribadita nella **direttiva n. 13 del 2010**, in particolare nel *considerato* n. 8, che stabilisce che **“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”**.

PRIME OSSERVAZIONI

- Nel quadro giuridico europeo il **pluralismo** dell'informazione viene considerato un bene primario tale conferire alla relativa tutela al livello di **principio generale**.
- La tutela del pluralismo **non sia identificabile e confondibile con la libera concorrenza**, per la diversa portata e natura degli interessi in campo. Il pluralismo dell'informazione – anche nell'ottica europea – **è più intimamente connesso all'idea di democrazia**.
- Gli indirizzi europei, quindi, suggerirebbero il mantenimento di un modello di **controllo di tipo regolatorio** (peraltro espressamente contemplato nel contiguo campo delle comunicazioni elettroniche)

UNO SGUARDO COMPARATIVO: IN UK

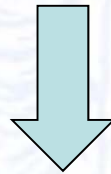
- Ai sensi del Communications Act, è dovere dell'Ofcom, da un lato, fare l'interesse dei cittadini in relazione all'informazione e, dall'altro, promuovere l'interesse dei consumatori nei mercati rilevanti, favorendo la concorrenza.
- In particolare, Ofcom può adottare **misure difensive tese a prevenire la riduzione del pluralismo (tra queste figurano, per esempio, le norme relative al controllo sulle fusioni tra operatori del mercato dei media)**; è il caso ad esempio dell'analisi del 2010 relativa alla proposta di News Corp di acquisire il controllo completo di BSkyB: il parametro di riferimento per le valutazioni (negative) in tema di public interest è stata la quota di audience dei programmi di news and current affairs che il soggetto acquirente avrebbe raggiunto a valle dell'operazione.

UNO SGUARDO COMPARATIVO: IN FRANCIA

- Il Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) ha come missione storica quella di garantire il pluralismo nell'informazione.
- Tra le competenze del CSA figurano, per quanto qui di interesse:
 - l'elaborazione di **pareri** legislativi, economici o di politica internazionale, su domanda del Parlamento o dell'Autorità della concorrenza;
 - **il rispetto della concorrenza** e la risoluzione delle controversie tra gli attori del mercato dei servizi media audiovisivi. Quando il CSA deve risolvere una controversia in cui i fatti sono suscettibili di costituire anche pratiche anticoncorrenziali, esso è tenuto a consultare l'Autorité de la Concurrence.

UNO SGUARDO COMPARATIVO: IN GERMANIA

- In Germania il mercato televisivo è sottoposto al controllo di 14 autorità indipendenti, una per ogni stato federale. Secondo la Costituzione tedesca, infatti, la materia televisiva rientra nella competenza del singolo Land.
- Il ruolo principale di tali autorità è la regolamentazione della televisione privata, attraverso la concessione di licenze, la supervisione dei programmi e **il controllo delle concentrazioni nel settore dei media**.
- Tuttavia, con riguardo al tema della concorrenza, la competenza è affidata in via esclusiva al Bundeskartellamt, l'Autorità federale tedesca della concorrenza.



- **Anche dall'analisi comparativa emerge dunque che la tutela del pluralismo venga tenuta distinta dalla mera libera concorrenza, con l'attribuzioni di poteri specifici ad autorità ad hoc, distinte da quelle che sorvegliano il generale regime di libera concorrenza**

LIMITI EX ANTE NEGLI ALTRI PAESI

Limiti (diversi) ex ante si rinvengono anche in altri Paesi UE:

- ✓ nel **Regno Unito** sono vietate le operazioni che incorrono nella c.d. **regola del 20/20**, che vieta ad ogni impresa titolare di una quota superiore al 20% nel mercato nazionale dei quotidiani di assumere una partecipazione superiore al 20% in una società titolare di una licenza televisiva.
- ✓ in **Germania** la legge ha fissato un limite alla concentrazione nel settore televisivo, sia in chiaro che a pagamento, pari al 30% della **quota di audience nazionale**.
- ✓ In **Spagna**, la Ley 7/2010 del 31 marzo (art. 36) riconosce il diritto a possedere partecipazioni in diverse imprese operanti nel settore dei servizi media audiovisivi, salvo quando **l'audience media** dell'insieme dei canali superi il 27% dell'audience totale durante i dodici mesi consecutivi precedenti all'acquisizione.
- ✓ La **Francia** si avvale dello strumento della **limitazione del numero di autorizzazioni**.

LA TUTELA DEL PLURALISMO IN ITALIA

- Analogamente agli ordinamenti europei, anche il nostro ordinamento contempla vari profili del pluralismo. In specie:
 - **P. interno**, come apertura del singolo mezzo informativo alle diverse tendenze politiche e culturali presenti nel Paese. Naturalmente il principio assume particolare valenza per il servizio pubblico, presidiato dagli obblighi della concessionaria (Corte cost. sent. n. 826/1988).
 - **P. esterno**, vale a dire la necessità di una pluralità di operatori attivi nella comunicazione, che – attraverso la concorrenza tra di loro – rendano possibile al cittadino di informarsi e formare una propria opinione, politica o culturale, nonché di svolgere le conseguenti valutazioni tra i diversi punti di vista emersi (Corte cost. sent. n. 112/93)
 - **P. sostanziale**, che ha più specificamente a che fare con la formazione della volontà politica del cittadino-elettore attraverso le pari opportunità degli attori della comunicazione politica, indipendentemente dal mezzo attraverso cui viene veicolato il contenuto (disciplina della *par condicio*) (Corte cost. sent. 155/2002).

IN ITALIA: IL SISTEMA INTEGRATO DELLE COMUNICAZIONI

- Il **Sistema integrato delle comunicazioni** (“SIC”) è il mega “paniere” creato dall’art. 2 della legge n. 112 del 2004 (cd. Legge Gasparri) ed oggi confluito nel Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (“Tusmar”).
- **Tre tipi di analisi:**
 1. verifiche sui limiti ex ante a seguito della notifica di intese e/o operazioni di concentrazioni (rt. 43, co. 1 Tusmar);
 2. analisi dei singoli mercati che compongono il SIC e delle posizioni ivi detenute (art. 43, co. 2-5, Tusmar);
 3. periodica valorizzazione economica del SIC e (soprattutto) verifica del rispetto da parte degli operatori del limite del 20% dei ricavi complessivi del SIC (art. 43, co. 9, Tusmar).

L'ANALISI DEI MERCATI DEL SIC

- In data 8 giugno 2015, l'Agcom ha pubblicato la **delibera n. 286/15/CONS** che avvia l'analisi dell'individuazione del mercato rilevante e dell'accertamento delle posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo nel settore dei SMAV.
- La delibera trova la propria base giuridica nell'art. **43, comma 2, TUSMAR**
- **Due fasi:**
 1. individuazione dei mercati rilevanti nel SIC con annessa fase di consultazione sul relativo schema di provvedimento;
 2. accertamento delle eventuali situazioni di dominanza o lesive del pluralismo e dei possibili rimedi, con ulteriore consultazione.

DOMINANZA E PLURALISMO

L'art. 43, co. 2, Tusmar prevede dunque che l'Agcom verifichi che **«non si costituiscano» posizioni dominanti** nel sistema integrato delle comunicazioni e nei mercati che lo compongono

Come pacificamente riconosciuto in dottrina, dunque, la disposizione vieta l'evento in sé dell'acquisizione di una posizione di dominanza, **senza richiedere** – come il diritto antitrust in senso stretto – l'ulteriore elemento dello **sfruttamento abusivo** di tale posizione.

Tuttavia, nel successivo co. 5 del medesimo art. 43, si prevede che l'Autorità adotti i provvedimenti necessari «per **eliminare o impedire** il formarsi delle posizioni di cui ai commi 7, 8, 9, 10, 11 e 12, o **comunque lesive del pluralismo**».

LE QUESTIONI SUL TAVOLO

La lettura complessiva dell'art. 43 Tusmar pone le seguenti questioni:

1. se **vieti unicamente la creazione ex novo di una posizione dominante** prima inesistente o se il divieto si estenda anche alle posizioni dominanti già consolidate alla data di avvio del procedimento amministrativo di controllo;

2. se l'art. 43 TUSMAR, letto unitariamente, vieti:

a) qualsiasi posizione dominante in quanto tale;

b) solo le posizioni dominanti che siano **anche lesive del pluralismo** (quindi dotate di un *quid pluris* in termini di lesività), cercando in questo senso di salvaguardare al più la libertà d'impresa specie nelle ipotesi di crescita cd. spontanea;

c) o addirittura – estremizzando al massimo l'esigenza di tutela del pluralismo - anche le **posizioni non dominanti**, ma **che siano comunque** (alla luce di valutazioni discrezionali tecniche spettanti all'AGCOM) **lesive del pluralismo**.

Per il futuro

- “*The implementation of the MPM2014 for Italy shows a medium/high risk for media pluralism in the country. Of 34 indicators, 30% (10) show high, 61% (20) medium and 9% (3) low risk.*” (Centre for Media Pluralism and Media Freedom, EUI, 2014).
- Applicazione più costante delle regole del TUSMAR
- Modifica dei parametri in ragione delle nuove realtà del mercato (*digital platforms*) ovunque localizzate?
- Una valutazione non condizionata dalla configurazioni dei mercati ma orientata al pluralismo come nel caso UK?
- Una nuova disciplina armonizzata a livello europeo?