

dagli operatori nell'imminenza del termine di scadenza dell'istruttoria, il Consiglio nella riunione del 4 Giugno 2003, con delibera n. 201/03/CONS, ha disposto una proroga di 30 giorni del termine di conclusione del procedimento.

In data 16 giugno 2003, le società RTI e Publitalia '80 hanno formulato richiesta di proroga del procedimento ai sensi dell'art. 15, comma 4, del Regolamento.

La motivazione della richiesta di proroga risiede nella *“complessità delle tematiche dibattute nel corso dell'istruttoria”* e nella *“la copiosità della documentazione prodotta dalle parti del procedimento”*, documentazione che, peraltro - proseguono le esponenti - si è *“potuto conoscere soltanto pochi giorni prima del termine fissato per la presentazione delle memorie conclusive”*. Ciò in ragione del fatto che gli altri soggetti intervenuti nel procedimento hanno partecipato al contraddittorio in una fase successiva rispetto alle ricorrenti, le quali pertanto hanno effettuato l'accesso ai relativi atti solo nella parte finale dell'istruttoria. In forza di queste motivazioni le società richiedono: *“un congruo termine di proroga del procedimento”*. In caso di diniego le esponenti affermano si determinerebbe una violazione del principio del contraddittorio.

Ciò premesso, sul piano procedurale si osserva che l'art. 15, comma 4, del regolamento di cui alla delibera 26/99, dispone che i soggetti ai quali vengono trasmesse le risultanze istruttorie: *“possono, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione delle risultanze istruttorie, presentare istanza motivata per la proroga del termine di conclusione del procedimento”*.

Le istanze sono state rigettate perché, dal punto di vista sostanziale, non si sono ravvisate lesioni del contraddittorio o del diritto di difesa delle parti istanti.

Le società hanno comunque trasmesso le proprie memorie conclusive, in data 17 giugno u.s., secondo quanto previsto dalle disposizioni della delibera n. 208/03/CONS.

Alla luce di quanto rilevato, le richieste di proroga del procedimento presentate da RTI e Publitalia non sono state accolte.

In data 16 giugno 2003, anche la società Centro Europa 7 S.r.l. (di seguito Centro Europa 7), intervenuta nel procedimento in oggetto, ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. b), del Regolamento, ha formulato, nell'ambito della sua memoria conclusiva, richiesta di proroga del procedimento ai sensi dell'art. 15, comma 4, del suddetto Regolamento.

La motivazione dell'istanza di proroga risiede in presunte lacune del procedimento svolto dall'Autorità, con la richiesta, rivolta a quest'ultima, di effettuare una più approfondita analisi sulle dinamiche concorrenziali proprie del mercato pubblicitario anche attraverso: *“l'acquisizione dei contratti tipo di Publitalia, dei contratti sottoscritti con grandi utenti e le grandi agenzie onde evidenziare con l'acquisizione di prove positive e tangibili, le pratiche che mortificano la concorrenza”*.

Anche tale richiesta di proroga non ha trovato accoglimento.

1.3. Partecipazione all'istruttoria

Partecipano all'istruttoria, ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. a) del Regolamento, le società RAI, Sipra, RTI, Publitalia e Mediaset.

La società Centro Europa 7 e la società Rete A S.r.l. (di seguito Rete A) hanno presentato richiesta di partecipazione al procedimento in qualità di soggetti interessati ex art. 5, comma 1, lett. b) del Regolamento. Le richieste di partecipazione al procedimento sono state accolte.

1.4. L'accesso agli atti

I soggetti notificati sono stati invitati, ai sensi dell'art. 6, comma 3, del Regolamento a formulare le proprie osservazioni sui documenti acquisiti o formati dall'Autorità in data anteriore a quella di notifica del provvedimento di avvio d'istruttoria.

L'Autorità ha ricevuto richieste di accesso agli atti da parte di tutti i soggetti notificati, ad eccezione di Mediaset. Gli accessi si sono svolti in data 27 marzo u.s.. Oggetto dell'accesso sono stati gli atti di cui al procedimento istruttorio aperto con delibera 212/02/CONS e chiuso con delibera n. 13/03/CONS e gli atti del procedimento di cui alla delibera n. 14/03/CONS.

RTI e Publitalia hanno espresso le loro considerazioni al riguardo con due memorie presentate il 9 aprile 2003. Le tesi esposte nelle memorie sono state poi approfondite e discusse in sede di audizione.

RAI e Sipra hanno richiesto nuovamente di avere accesso agli atti del procedimento e gli accessi si sono svolti, rispettivamente, in data 29 e 30 aprile 2003.

Anche i soggetti intervenuti ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. b) del Regolamento hanno formulato richieste di accesso agli atti. In particolare Rete A ha svolto il proprio accesso in data 15 maggio u.s., mentre l'accesso agli atti di Centro Europa 7 si è svolto in data 20 maggio 2003.

In seguito alla comunicazione delle risultanze istruttorie i soggetti RTI, RAI e Publitalia hanno nuovamente formulato richiesta di accesso agli atti; tali accessi si sono svolti il 12 giugno 2003.

Le memorie conclusive sono state trasmesse dagli operatori nei giorni 16 e 17 giugno 2003, in seguito alla loro ricezione i soggetti partecipanti al procedimento sono stati invitati a prendere visione ed estrarre copia delle stesse.

1.5. Le audizioni

In data 3 aprile u.s. hanno formulato richiesta di audizione i soggetti RTI e Publitalia. Le due società sono state ascoltate congiuntamente in audizione il giorno 17 aprile 2003. Mediaset non ha formulato richiesta di audizione.

RAI e Sipra hanno formulato successivamente richiesta di audizione, che si è svolta per entrambe il 15 maggio 2003. Lo stesso giorno si è svolta anche l'audizione della società Rete A.

È stata, inoltre, convocata in audizione per il giorno 18 aprile 2003, ai sensi dell'art. 7, comma 5 del Regolamento, la società Auditel al fine di consentire all'Autorità di acquisire informazioni circa gli indici d'ascolto delle emittenti nazionali e locali.

In data 26 maggio, infine, è stata audita la società Centro Europa 7.

Ad eccezione di Mediaset, tutti i soggetti intervenuti al procedimento ai sensi dell'art. 5, comma 1, hanno depositato memorie.

1.6. Le richieste di informazioni

In data 21 marzo 2003, è stata trasmessa al Ministero delle comunicazioni (Direzione generale Concessioni ed Autorizzazioni) una richiesta di informazioni volta a individuare il numero di soggetti effettivamente operanti sul territorio nazionale nel corso del triennio 1998-2000. A tal fine si è richiesto alla DGCA di fornire l'elenco delle emittenti televisive in ambito nazionale operanti, in ciascun anno oggetto di analisi, in base a provvedimenti di diversa natura, quali concessioni, autorizzazioni ed altri provvedimenti di natura giurisdizionale; si è inoltre richiesto di conoscere anche il numero complessivo delle emittenti che operavano nel mercato delle trasmissioni televisive in ambito locale. La richiesta di informazioni è stata evasa dal Ministero in data 13 maggio u.s.

In data 29 aprile 2003, è stata inviata una richiesta di informazioni alla società Auditel concernente i dati sugli indici di ascolto e di diffusione delle diverse forme di televisione (nazionale, locale, analogico, digitale, in chiaro, a pagamento). La richiesta si inquadra nell'ambito degli approfondimenti concernenti i profili di concorrenza e di pluralismo del settore televisivo. La richiesta è stata riscontrata da Auditel in data 13 maggio u.s.

1.7. La chiusura dell'attività istruttoria

La delibera n. 202/03/CONS, del 4 giugno 2003, ha stabilito la chiusura dell'attività istruttoria relativa al procedimento aperto con delibera n. 14/03/CONS. Nel disporre la conclusione della fase istruttoria, la delibera ha altresì fissato per il giorno 16 giugno 2003 il termine perentorio per la presentazione di eventuali osservazioni e memorie conclusive.

Successivamente, in data 6 giugno u.s., in conformità a quanto previsto dall'art. 15 del Regolamento, sono state notificate ai soggetti intervenuti nel procedimento, ai sensi dell'art. 5 comma 1, del suddetto Regolamento, le risultanze istruttorie.

In data 10 giugno 2003, la società RAI ha formulato istanza di proroga del termine di presentazione della memoria conclusiva fino al giorno 18 giugno 2003. La motivazione dell'istanza di proroga consisteva nel fatto che le risultanze istruttorie erano state notificate a ridosso della pausa del fine settimana e di conseguenza la società aveva potuto avviare l'esame delle risultanze istruttorie solo a partire da lunedì 9 giugno.

L'istanza della società è stata accolta parzialmente ed il termine per la presentazione delle memorie conclusive è stato prorogato fino al giorno 17 giugno 2003, con delibera n. 208/03/CONS dell'11 giugno 2003. Tale termine è stato previsto al fine di garantire ai soggetti partecipanti al procedimento un più ampio diritto alla difesa e, parallelamente, per garantire all'Autorità la possibilità di esaminare le memorie conclusive prima dell'audizione.

1.8. L'audizione conclusiva

In data 19 giugno u.s. si è svolta l'audizione conclusiva, innanzi al Consiglio, e hanno partecipato le società RAI, Sipra, RTI, Publitalia '80 e Rete A. Nel corso dell'audizione le parti intervenute hanno illustrato al Consiglio le proprie posizioni in ordine alle problematiche già oggetto di analisi e di contraddittorio nel corso del procedimento istruttorio.

2. Lo sviluppo del contraddittorio

Come noto, il procedimento istruttorio in oggetto è stato aperto ai sensi dell'art. 2, comma 7, della legge n. 249/97, e si è svolto nel rigoroso rispetto del principio del contraddittorio. I soggetti notificati ed intervenuti nell'ambito del procedimento sono stati messi in condizione, per tutto il corso del procedimento, di esercitare i loro diritti mediante l'accesso agli atti, la presentazione di memorie e le audizioni.

Qui di seguito si svolge una sintesi delle deduzioni formulate dagli operatori, intervenuti nel procedimento ai sensi dell'art. 5, comma 1 del Regolamento.

2.1. RTI

Il primo aspetto messo in rilievo da RTI afferisce all'interpretazione dell'art. 2, comma 8, lett. a) della legge n. 249/97. In particolare, la Società si sofferma sulla definizione dei concetti di "proventi" e "risorse", sostenendo che fra i due concetti esiste in primo luogo una differenza di tipo qualitativo, data dal fatto che i proventi sono ricavi di competenza delle imprese che operano nel settore, mentre le risorse sono i costi complessivi sostenuti dagli utenti del mercato televisivo. La differenza di tipo qualitativo determina una differenza di tipo quantitativo, che si sostanzia nel risultato che i proventi sono sempre inferiori alle risorse.

La Società, nella propria memoria, definisce come segue il concetto di risorse: *“la nozione di risorse esprime l'ammontare complessivo della spesa destinata ai mercati di riferimento; mentre la nozione di proventi esprime la quota di tale grandezza destinata in via definitiva a ciascuna delle*

imprese che competono su ognuno dei mercati in considerazione e da esse percepita e percepienda. Il modo corretto di misurare il volume complessivo delle risorse consiste, dunque, nella quantificazione della spesa degli utenti del mercato televisivo. Il calcolo della spesa globale degli utenti fa sì che non si possa prescindere ad esempio, dall'inclusione nel monte risorse del canone lordo, comprensivo cioè della quota spettante all'Erario e dell'IVA, degli abbonamenti al lordo di IVA a carico delle persone fisiche delle spese degli inserzionisti pubblicitari al lordo delle commissioni d'agenzia" [memoria RTI – 9 aprile 2003]

La Società traduce l'interpretazione giuridica del concetto di risorse in termini quantitativi, producendo uno studio dell'Istituto di Economia dei Media (datato marzo 2003), in cui viene stimata la spesa di comunicazione in Italia dal 1998 al 2002. Lo studio quantifica il valore delle risorse considerando il canone RAI al lordo dell'IVA e della quota spettante all'erario, la spesa degli utenti in acquisto di servizi di televisione a pagamento a lordo dell'IVA e misurando la spesa degli inserzionisti al lordo delle commissioni delle agenzie d'intermediazione. Questo approccio metodologico determina una stima del valore del mercato superiore rispetto a quella espressa dall'Autorità con delibera n. 13/03/CONS. Ne deriva che in termini di quote di mercato, RTI risulta al di sotto della soglia di cui all'art. 2, comma 8, lett. a) della legge n. 249/97 in ciascun anno oggetto di analisi. La Società ribadisce anche la significatività dell'analisi dei trend di raccolta di risorse negli anni 1998-2000, i quali mostrano un andamento decrescente della quota di mercato di RTI.

La Società formula, inoltre, alcune considerazioni di diritto in merito ai divieti previsti all'art. 2 della legge n. 249/97, i quali vengono interpretati anche alla luce di una lettura delle conclusioni della delibera n. 365/00/CONS che, secondo RTI, ha escluso la sussistenza *“di posizioni dominanti vietate pur avendo accertato che all'epoca dei fatti oggetto di quell'istruttoria il limite del 30 per cento era stato oltrepassato. Tale delibera costituisce, infatti, l'antecedente logico ed economico delle decisioni future in materia di posizioni dominanti del settore televisivo, nel senso che eventuali scostamenti da quanto allora era stato accertato, se risultano anch'essi dovuti a sviluppo spontaneo, non possono ritenersi illegittimi proprio perché coperti da detto accertamento. Se risultassero scostamenti in peius, essi potrebbero diventare oggetto di verifica, ed eventualmente di sanzioni da parte dell'Autorità, soltanto qualora derivassero da intese o da concentrazioni, circostanza che nella fattispecie è ben lungi dall'essersi concretizzata ed oltretutto non è stata nemmeno prospettata.”*

In sintesi, RTI sostiene che l'Autorità con la decisione assunta con delibera n. 365/00/CONS abbia legittimato in via definitiva l'assetto di mercato rilevato al 1997 e pertanto oggi si possano prendere in considerazione solo eventuali scostamenti che vadano nella direzione di una maggiore concentrazione delle risorse del mercato. Tale maggiore concentrazione delle risorse sarebbe in ogni caso sanzionabile solo ove realizzata attraverso intese o concentrazioni, comunque lesive del pluralismo. Appare, dunque, che la Società attribuisce alla clausola dello sviluppo spontaneo prevista dall'art. 2, comma 9, della legge n. 249/97, il potere di derogare permanentemente al superamento dei limiti di cui al comma 8 della Legge. La Società infatti sostiene che *“lo sviluppo spontaneo dell'impresa non è richiamato dalla legge per legittimare transitoriamente una posizione dominante, ma soltanto per giustificare al momento della sua entrata in vigore il superamento dei limiti quantitativi in essa stabiliti. Pertanto, il superamento dei limiti è compatibile con una posizione di non dominanza sul mercato televisivo. D'altro canto, l'Autorità nel citato provvedimento [delibera 365/00/CONS] ha sì accertato il superamento dei limiti, ma lo ha ricondotto all'espansione naturale dell'impresa, tale da non determinare una posizione dominante vietata e, dunque, lo ha considerato non lesivo della concorrenza, né del pluralismo. A seguito di tale accertamento non può essere contestato il mantenimento di una posizione dominante, dal momento che ne era stata esclusa l'esistenza. Potreb-*

be essere eventualmente oggetto di specifica contestazione soltanto la costituzione di una posizione dominante attraverso il compimento di atti giuridici o comportamenti lesivi.” [memoria RTI — 9 aprile 2003]

Quanto ai temi del pluralismo, la società, riportando uno studio del prof. A. Liberatore - Ordinario dell'Università degli Studi di Firenze, rileva che fra il 1998 ed il 2002 vi sia stato un incremento complessivo dell'offerta televisiva, soprattutto grazie al contributo delle emittenti satellitari. Secondo la ricerca depositata dalla Società, nell'anno 2002 ogni utente italiano riceve, in media, 28 canali. Sul tema RTI conclude affermando che: *“L'incremento dell'offerta televisiva, oltre a smentire le preoccupazioni di una chiusura del mercato televisivo, contribuisce ad escludere che si sia verificata alcuna riduzione del pluralismo.”*

Sul piano delle considerazioni di carattere generale la Società ha poi sottolineato, in sede di audizione, la necessità di collocare l'analisi delle risorse nell'ambito del contesto internazionale. L'analisi comparata con i principali Paesi europei mostra infatti che i volumi di raccolta di risorse pubblicitarie dei *broadcasters* italiani siano comunque inferiori rispetto a quelli dei concorrenti dell'Unione Europea.

Nella memoria finale, nonché nel corso dell'audizione conclusiva, la Società ha ribadito quanto espresso nel corso del procedimento ed ha ulteriormente sviluppato alcune argomentazioni difensive. In particolare si è soffermata sul concetto di presunzione di posizione dominante sostenendo che il superamento delle soglie di cui all'art. 2, comma 8, della Legge, non determini la costituzione di una posizione dominante.

2.2. Publitalia

Publitalia '80 ha contestato, in via preliminare, l'applicazione del concetto di Unità Economica: *“la deducente osserva che la legge detta per le concessionarie di pubblicità, e comunque per i soggetti che raccolgono pubblicità, disposizioni specifiche. Di conseguenza l'interprete non può riferirsi ad un'unità economica comprendente la società esercente nel settore televisivo e insieme la società concessionaria. L'equiparazione del soggetto che raccoglie pubblicità per una quota superiore alla metà del fatturato dell'emittente al soggetto destinatario di concessione; l'imputazione, alla società concessionaria di pubblicità che raccolga una quota di proventi superiore al 50 per cento dei proventi pubblicitari di ciascun soggetto titolare di concessione, dell'intero ammontare dei proventi stessi, costituiscono correlazioni convenzionali che presuppongono la distinzione dei soggetti operanti nel mercato dell'informazione televisiva nonché la distinta valutazione delle attività svolte. Tali correlazioni ripugnano all'unificazione delle imprese sul terreno economico.”*

A margine della critica sul concetto di Unità Economica, la Società eccepisce anche l'imputazione dell'insieme dei ricavi da raccolta pubblicitaria (quota della concessionaria più quota retrocessa all'emittente): *“L'imputazione di cui al comma 14 dell'art. 2 cit. ha l'effetto di attribuire all'esponente gli stessi introiti della società esercente ai fini della definizione di posizione dominante: non può avere l'effetto di ascriverle la somma di tali introiti con le interessenze dovute per la raccolta pubblicitaria, in ragione della presunta unità economica. L'imputazione convenzionale comporta l'attribuzione alla concessionaria della maggior somma tra gli introiti propri e gli introiti che convenzionalmente le sono attribuiti; costituisce tuttavia un limite insuperabile, tale da impedire qualunque altra finzione convenzionale in sede interpretativa [...] La soluzione legislativa ha trovato espressione in prescrizioni distinte, che non possono essere trascurate sulla base di una nozione incompatibile con la distinzione dei ruoli nel mercato dell'informazione. Invero l'esponente opera nel sottomercato della raccolta pubblicitaria, nel quale la concorrenza non è limitata per effetto delle barriere all'ingresso conseguenti alla scarsità di risorse alla necessità di un titolo abilitativo accordabile nei limiti di un numero chiuso.”*

In merito alle considerazioni afferenti alla struttura del mercato della raccolta pubblicitaria, la Società sostiene che si tratta di un mercato concorrenziale con possibilità di ingresso di nuovi operatori e con un numero significativo di concorrenti sul piano nazionale. In un'ottica di sistema Publitalia'80 sostiene che la tutela della concorrenza in questo mercato debba essere realizzata non attraverso l'applicazione dell'art. 2 della legge n. 249/97, il cui fine principale è la tutela del pluralismo, ma attraverso la disciplina generale a tutela della concorrenza prevista nella legge n. 287/90.

Infine, la Società ha svolto alcune considerazioni afferenti alla composizione delle risorse del mercato televisivo nel triennio oggetto di analisi, sottolineando come il peso della risorsa pubblicitaria sia in diminuzione a favore dei ricavi da vendita di abbonamenti. In altre parole, la concessionaria sottolinea come l'affermazione del modello della televisione a pagamento in prospettiva possa portare ad un maggiore equilibrio fra le fonti di finanziamento del settore televisivo.

2.3. Sipra

Come esplicitato nel corso dell'audizione e nella relativa memoria depositata agli atti, Sipra ritiene che l'Autorità abbia offerto una inesatta interpretazione della disciplina vigente.

Il rilievo riguarda, *in primis*, l'utilizzo del concetto di “unità economiche”, già previsto dalla delibera n. 365/00/CONS. Secondo Sipra, infatti, non sussisterebbe alcuna disposizione normativa in base alla quale l'Autorità sia legittimata a cumulare le risorse raccolte da due soggetti diversi (nella fattispecie Rai e Sipra), sia pure appartenenti allo stesso gruppo ed operanti nello stesso settore. Le soglie cui si fa riferimento, in altre parole, sarebbero indicate nell'articolo 2, comma 8, della legge n. 249/97 in maniera del tutto autonoma e distinta per i diversi soggetti e mercati. Una siffatta interpretazione, che riferisce l'analisi ai singoli operatori dei mercati indicati dalla norma, permetterebbe a Sipra di mantenere, relativamente agli anni 1998-2000, su cui verte l'istruttoria, una posizione consentita dalla legge in quanto ampiamente al di sotto del limite di raccolta delle risorse del settore.

Ampliando il campo della propria analisi, Sipra contesta l'interpretazione secondo cui il mero superamento delle soglie di cui al citato articolo 2, comma 8, della legge n. 249/97 configura una posizione dominante vietata tale da consentire all'Autorità di procedere all'adozione delle misure previste dal comma 7. Tale comma, infatti, nell'indicare i poteri esercitabili dall'Autorità, effettuerebbe un espresso rinvio al comma 1, che a sua volta fa riferimento a “qualsiasi atto o comportamento avente per oggetto o per effetto la costituzione o il mantenimento di una posizione dominante”. Al fine di verificare l'esistenza di una posizione dominante punibile, dunque, l'Autorità dovrebbe dimostrare che il soggetto in esame ha posto in essere, nel periodo storico di riferimento, atti o comportamenti che abbiano determinato la costituzione di una posizione dominante vietata, non rilevando, in tal senso, il mero sfioramento delle soglie. L'insussistenza di atti finalizzati alla costituzione di intese o concentrazioni da parte di Sipra, dunque, dimostrerebbe la non applicabilità dell'articolo 2 al soggetto. Ad ulteriore riprova di tale conclusione, Sipra nota che i limiti di cui al comma 8 andrebbero valutati solo in sede di rinnovo delle concessioni o autorizzazioni. Essi, pertanto, non dovrebbero essere automaticamente applicati in sede di accertamento delle posizioni dominanti.

L'applicabilità dei limiti di cui al comma 8, peraltro, secondo Sipra, andrebbe valutata tenendo presente il successivo comma 9, che introduce la “discriminante” dello sviluppo spontaneo. Poiché, infatti, la norma non si occupa esplicitamente dell'ipotesi di superamento delle soglie dovuto a sviluppo spontaneo in data successiva rispetto all'entrata in vigore della legge n. 249/97, a pena di considerare illecito ciò che invece è stato ritenuto lecito per il 1997, in assenza di intese o concentrazioni poste in essere dal soggetto, non dovrebbe considerarsi punibile ai sensi del comma 7 un soggetto che ha mantenuto le quote precedenti. A conferma di quanto rilevato, Sipra richiama la sentenza del T.A.R. del Lazio sez. II, del 9 maggio 2001, n. 4027.

Un ulteriore rilievo della società riguarda il periodo temporale oggetto dell'istruttoria: poiché l'Autorità effettua le proprie analisi in relazione alla situazione di mercato del triennio 1998-2000, la concessionaria reputa illogico adottare misure deconcentrative che rischierebbero di essere del tutto sproporzionate alla luce dei cambiamenti, tra cui la recessione e l'ingresso di nuovi soggetti nel mercato, che hanno caratterizzato il settore dall'anno 2000 ad oggi.

Infine, in sede di audizione, è stato richiesto alla Società di esplicitare la propria posizione in merito all'interpretazione ed all'eventuale applicazione dei commi 14 e 15 dell'articolo 2 della legge n. 249/97. In ottemperanza a tale richiesta, Sipra ha trasmesso una ulteriore memoria in data 30 maggio 2003, nella quale si rileva quanto segue:

- il comma 14 prevede l'equiparazione, ai soli fini della definizione di posizione dominante, del soggetto concessionario o autorizzato all'esercizio dell'attività radiotelevisiva al soggetto che raccoglie pubblicità per una quota superiore al 50% del fatturato dell'emittente. L'applicazione della norma in esame, nota la Società, avrebbe senso soltanto qualora l'emittente e la concessionaria di pubblicità fossero soggetti formalmente distinti e non, come nel caso di Sipra, qualora la concessionaria sia legata all'emittente da un rapporto di esclusiva o faccia parte del medesimo gruppo societario;

- il comma 15 attribuisce convenzionalmente alla concessionaria di pubblicità che raccoglie una quota superiore al 50% dei proventi derivanti da pubblicità, sponsorizzazioni e televendite di soggetti concessionari o autorizzati, l'intero ammontare degli stessi proventi raccolti dall'emittente. Anche in questo caso - nota la Società - si tratterebbe di una disposizione che non incide sulla posizione di Sipra, la cui quota nel mercato pubblicitario radiotelevisivo è determinata esclusivamente dall'intero ammontare di pubblicità raccolto per la RAI. L'ammontare delle risorse di Sipra, in altre parole, coinciderebbe con l'intero ammontare delle risorse pubblicitarie di RAI, a prescindere dall'applicazione del comma 15.

2.4. RAI

La posizione di RAI è stata riassunta, in prima istanza, nella memoria del 14 maggio 2003 e rappresentata nel corso dell'audizione tenutasi il successivo 15 maggio nella sede di Napoli dell'Autorità.

In via preliminare, la RAI analizza le delibere n. 365/00/CONS e n. 13/03/CONS, reinterpretandone alcuni passaggi fondamentali, ed il quadro normativo di riferimento. In tale contesto, si ipotizzano le possibili conseguenze dell'adozione di provvedimenti ai sensi dell'articolo 7 della legge n. 249/97, e si segnala l'illegittimità costituzionale di un'eventuale obbligo, in danno della RAI, di dismissione o di recesso da quote di mercato, che configurerebbe una vera e propria espropriazione senza prevederne al contempo una adeguata remunerazione. Una tale ipotesi, rileva l'emittente, non sarebbe contemplata dalla legge n. 249/97, che si limiterebbe a fotografare la situazione esistente al momento della propria entrata in vigore ed a prevedere che l'Autorità impedisca lo sviluppo, tramite nuove intese o concentrazioni, di posizioni dominanti vietate, ovvero la limitazione della concorrenza e del pluralismo. A sostegno di questa affermazione di principio sono proposte le seguenti considerazioni:

- l'art. 2, ai commi 6 ed 8, prevede due categorie di limiti rispettivamente inerenti la struttura del mercato e l'entità delle risorse economiche acquisibili dai diversi soggetti. Tale disciplina, per la sua compiuta applicazione si avvale di un articolato regime transitorio contemplato all'art. 3, commi 6, 7 e 9. Il regime transitorio è volto ad rendere operativo un assetto strutturale del mercato, pluralistico e concorrenziale, sul quale poi l'Autorità dovrebbe esercitare la vigilanza attraverso l'applicazione dei limiti di cui all'art. 2. Peraltro i limiti strutturali e quantitativi di cui all'art. 2 appaiono nel disegno legislativo tra loro complementari. Ciò in quanto il primo definisce il *level playing field*, individuando il numero di attori che possono operare

sul mercato ed il secondo limite serve a porre un calmiera allo sviluppo dei diversi operatori del mercato. Il limite comportamentale, dunque, assicura che le condizioni di equilibrio e di pluralismo, realizzate in chiave statica dall'intervento regolatorio volto a definire la struttura del mercato, non vengano alterate in chiave dinamica da una eccessiva crescita di uno o più operatori.

- la legge distingue chiaramente la posizione dominante dalla posizione dominante vietata. La mera costituzione (o rafforzamento) di una posizione dominante, nell'accezione comunemente accolta dal diritto antitrust, non configurerebbe necessariamente una violazione della disciplina in materia di comunicazioni, come si evincerebbe dalla giurisprudenza amministrativa e dalla lettera dell'articolo 2, comma 7, della legge n. 249/97, che prevede la possibilità di intervento correttivo dell'Autorità non nei confronti di qualsiasi posizione dominante, bensì soltanto di quelle che possono essere ricondotte al divieto sancito dall'articolo 2, comma 1, ovvero comunque lesive del pluralismo.

- parimenti, non costituirebbe posizione dominante vietata il mero superamento delle soglie quantitative contemplate dall'articolo 2, comma 8. Secondo la RAI, infatti, tanto la delibera n. 365/00/CONS quanto il T.A.R. del Lazio avrebbero riconosciuto che il comma 9 dell'articolo 2 esclude la possibilità di intervento dell'Autorità nel caso in cui il superamento delle soglie sia presente al momento di entrata in vigore della legge e sia riconducibile ad un fenomeno di "sviluppo spontaneo dell'impresa". Nella stessa prospettiva, il terzo periodo del comma 9 disporrebbe che in sede di rilascio o rinnovo dei titoli abilitativi le parti interessate possono dimostrare che l'eventuale superamento delle soglie quantitative non determina una "*posizione dominante vietata*". Tali disposizioni, di concerto con la citata interpretazione del comma 7 (secondo cui l'Autorità dovrebbe adottare provvedimenti correttivi nei confronti delle sole posizioni dominanti vietate), indurrebbero, secondo la RAI, a considerare le soglie ed il loro eventuale superamento come un mero indice (e non l'unico) da prendere in considerazione nel quadro di un apprezzamento discrezionale complesso, che non può mai, di per sé, comportare l'automatica applicazione di provvedimenti correttivi da parte dell'Autorità. Esso, infatti, andrebbe necessariamente integrato con la valutazione di altri fattori, quali il numero di operatori nel mercato, le loro caratteristiche, i dati di ascolto ecc..

Conclusa l'analisi del quadro normativo, la memoria passa ad esaminare la posizione dell'azienda nel mercato; in essa si sostiene che:

- RAI non ha dato vita ad intese con altri operatori concorrenti e non avrebbe, per tale motivo, modificato la situazione esistente al momento di entrata in vigore della legge.

- la raccolta di risorse dell'azienda durante tutto il triennio in esame sarebbe inferiore rispetto a quella riscontrata per l'anno 1997 e, in ogni caso, eventuali scostamenti rispetto alle soglie di cui al comma 8 sarebbero ancora da attribuirsi allo stesso "sviluppo spontaneo" già rilevato dalla delibera n. 365/00/CONS.

- la posizione della RAI non potrebbe definirsi dominante nel mercato rilevante, dal momento che l'azienda non è in grado di esercitare alcuna effettiva egemonia nei confronti dei concorrenti e dei terzi in genere.

- non sarebbe ravvisabile nel mercato alcuna lesione della concorrenza o del pluralismo - che anzi si è accresciuto - rispetto a quanto rilevato dalla precedente istruttoria in materia condotta dall'Autorità.

Per tale insieme di motivi, dunque, la RAI ritiene che continuino a sussistere tutti i presupposti contemplati dall'articolo 2, comma 9, e che, conseguentemente, debba escludersi qualunque intervento da parte dell'Autorità. Il riferimento del comma 9 al "*momento dell'entrata in vigore*

della presente legge”, infatti, servirebbe ad identificare non l’ambito temporale di applicazione della legge, bensì il suo ambito soggettivo, e definirebbe una disciplina speciale ma non transitoria, interamente applicabile anche in relazione al triennio 1998-2000.

Un ulteriore rilievo riguarda il computo del canone nel complesso delle risorse del mercato: esso, nota la concessionaria pubblica, non costituisce remunerazione di mercato alla stregua della pubblicità, bensì rappresenta la fondamentale modalità di finanziamento del servizio pubblico radio-televisivo, posto a garanzia del pluralismo e della concorrenza. A differenza dei proventi pubblicitari, esso non costituirebbe una risorsa contendibile acquisita sul mercato, bensì costituirebbe la compensazione di oneri addizionali, risultanti dall’assolvimento della missione attribuita all’azienda. Per tale motivo, dunque, il canone dovrebbe essere computato fra le risorse del mercato, ai sensi dell’articolo 2, comma 8, della legge n. 249/97, ma non fra i proventi. Viceversa, la sua inclusione per intero tra i proventi ingenererebbe forti dubbi sulla legittimità costituzionale della norma, dal momento che la stessa Corte Costituzionale, nella sua sentenza n. 284 del 2002, ha rilevato che il canone ha da tempo assunto natura di prestazione tributaria fondata sulla legge, motivata dall’interesse generale che sorregge l’erogazione del servizio pubblico. Il canone, quindi, potrebbe essere considerato provento soltanto per la parte eccedente il finanziamento degli obblighi connessi al servizio pubblico. In ogni caso, anche qualora l’Autorità ritenesse di considerare l’intero canone un provento, RAI chiede che siano scorporate dallo stesso le quote destinate ai seguenti servizi, che non sarebbero riferibili all’emittenza televisiva via etere:

1. radiofonia;
2. offerta satellitare;
3. informazione regionale (TG);
4. trasmissioni radiofoniche e televisive per le minoranze linguistiche;
5. gestione abbonamenti TV;
6. Rai International.

Per quanto attiene alla definizione delle risorse, non espressamente definite dalla legge n. 249/97, la RAI chiede che siano incluse nel computo, oltre ai fatturati delle emittenti e delle concessionarie di pubblicità ed alla quota di canone che affluisce a RAI, anche le quote di canone versate all’Erario, le commissioni di agenzia ed i tributi prelevati dall’Erario come, ad esempio, l’IVA. La nozione di risorse, infatti, dovrebbe riflettere l’ammontare complessivo della spesa riferibile al settore in esame, dal quale le voci appena elencate non possono essere estromesse.

Un ultimo rilievo riguarda il concetto di unità economica. Oltre che irrilevante ai fini dell’analisi del superamento delle quote, esso apparirebbe anche privo di fondamento normativo. RAI osserva, infatti, che il legislatore ha voluto identificare delle specifiche soglie di mercato nell’ambito di un insieme di fattori tra loro ben distinti. Il criterio di unità economica, che consisterebbe in una mera somma algebrica dei proventi raccolti in due diversi settori dalle emittenti e dalle concessionarie di pubblicità, non potrebbe dunque conciliarsi con la lettera e l’impianto prefigurato dall’articolo 2 della legge n. 249/97. Sul punto, RAI, nella sua memoria conclusiva, concorda con quanto espresso nelle risultanze istruttorie, ove precisa che: *“il concetto di unità economica ha una sua valenza nella fase di analisi poiché consente di evidenziare il risultato economico dei gruppi societari, ma può perdere significato quando occorre contestare l’eventuale violazione del disposto normativo”*.

In sede di audizione è stato richiesto alla Società di fornire ulteriori elementi di valutazione, di natura quantitativa, che permettessero di affinare l’analisi dei mercati con riferimento sia alle tendenze evolutive sia alle tesi, esposte dalla RAI, concernenti la parziale o totale esclusione del cano-

ne dal computo delle soglie di cui all'art. 2, comma 8, della Legge. In seguito a questa richiesta RAI ha trasmesso una ulteriore memoria in data 30 maggio 2003.

La memoria del 30 maggio pone, in via preliminare, una questione di diritto circa l'applicazione dell'art. 2, comma 7, della legge n. 249/97. Segnatamente la Società sostiene che il percorso delineato dal suddetto articolo potrebbe portare l'Autorità, ove ne ricorrano i presupposti, all'adozione dei *“provvedimenti necessari”*. Tali provvedimenti tuttavia vengono adottati dall'Autorità, nel disegno del legislatore, *“adeguandosi al mutare delle caratteristiche dei mercati”*. Questo tipo di analisi rappresenterebbe una pre-condizione rispetto all'adozione di una qualsivoglia misura ai sensi dell'art. 2, comma 7, della legge n. 249/97. Ovvero, ad avviso di RAI, non si potrebbe accertare una posizione dominante vietata e non si potrebbero adottare provvedimenti sulla base di dati storici. Ne deriva, prosegue RAI, che l'Autorità debba valutare non solo le condizioni attuali dei mercati, ma anche quelle prospettiche, inquadrando in tale ambito l'andamento dei singoli soggetti. A suffragio di questa tesi la Società presenta dei dati quantitativi i quali evidenziano fra l'anno 2000 ed il 2002 un decremento, in termini nominali, degli investimenti pubblicitari sui mezzi della RAI.

In merito agli approfondimenti formulati da RAI, sul tema del canone di abbonamento, si rimanda al paragrafo 3.5.

2.5. Rete A

Rete A, soggetto esercente l'attività di radiodiffusione televisiva in ambito nazionale, partecipa all'istruttoria in qualità di soggetto interessato ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lett. b) del Regolamento. Come esplicitato nella memoria e nel corso dell'audizione, la società ritiene che l'Autorità, al fine di individuare una posizione dominante vietata, debba porre l'attenzione sull'equiparazione tra concessionaria di pubblicità e concessionario televisivo, ai sensi dell'art. 2, comma 14 della legge n. 249/97.

L'emittente sottolinea che l'articolo 2, comma 14, della legge n. 249/97 equipara, ai fini della definizione di posizione dominante, *“i soggetti che raccolgono pubblicità per una quota superiore al 50% del fatturato di un'emittente”* ai destinatari di concessione o di autorizzazione. Il rilievo riguarda in particolar modo la società Publitalia, concessionaria in esclusiva della raccolta di pubblicità per le tre reti dell'emittente RTI: Canale 5, Italia 1 e Retequattro. In forza di questa equiparazione, Publitalia, controllando le tre emittenti tramite la raccolta pubblicitaria, supererebbe il limite anticoncentrativo di cui all'art. 2, comma 6. Del resto, la deroga transitoria al limite antitrust (previsto dall'art. 3, comma 6 della legge n. 249/97) di cui beneficia il canale Retequattro non sarebbe riferibile ai soggetti che raccolgono pubblicità, ancorché equiparati ai destinatari di concessione o di autorizzazione, dal momento che essa sarebbe subordinata ad adempimenti che possono essere assolti solo dalle emittenti titolari di un provvedimento abilitativo all'esercizio dell'attività. Poiché, dunque, Publitalia opererebbe *contra legem* (non essendole consentito di raccogliere la pubblicità per le tre reti RTI), la terza rete in eccedenza dovrebbe raccogliere la pubblicità in proprio, oppure accordarsi con un'altra concessionaria estranea al gruppo Mediaset.

In merito al concetto di unità economica, Rete A ritiene che l'interpretazione seguita dall'Autorità, anche nel precedente procedimento istruttorio, sia corretta, muovendo dal presupposto che i ricavi societari siano considerati a livello di gruppo.

Un ultimo rilievo riguarda l'interpretazione dell'art. 2, comma 8: in fase di prima applicazione della legge n. 249/97, l'Autorità, pur avendo accertato un superamento dei limiti di cui all'art. 2, comma 8, non ha ritenuto di applicare le sanzioni previste dal comma 7 del medesimo articolo, sul presupposto che quel superamento fosse un'espansione naturale delle imprese, ai sensi dell'art. 2, comma 9. La situazione attuale del settore radiotelevisivo italiano, caratterizzato nella sostanza da un polo pubblico e da un polo privato, sarebbe —secondo Rete A— connotata dalla carenza di pluralismo e dalla

scarsa competitività del mercato. Se nel precedente procedimento istruttorio l'Autorità ha deciso di non adottare provvedimenti sanzionatori nonostante il superamento dei limiti posti dall'art. 2, comma 8, in virtù della deroga di cui al citato comma 9, allo stato attuale non sembrerebbero esservi ostacoli tali da impedire un intervento volto a rimuovere i comportamenti anticoncorrenziali e lesivi del pluralismo che caratterizzano il mercato della raccolta pubblicitaria sul mezzo televisivo.

2.6. Centro Europa 7

Centro Europa 7, concessionaria radiotelevisiva in ambito nazionale, partecipa all'istruttoria in qualità di soggetto interessato ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lett. b) del Regolamento. Come esplicitato nella richiesta di intervento e nel corso dell'audizione, la Società ritiene che l'Autorità debba procedere con la massima urgenza, al fine di eliminare la posizione dominante sussistente nel mercato televisivo e ripristinare la concorrenza ed il pluralismo dell'informazione.

L'emittente sottolinea che come nella precedente istruttoria volta ad individuare la sussistenza di posizioni dominanti nel mercato televisivo, pur sussistendo i presupposti di cui all'art. 2, comma 8, non sono stati applicati provvedimenti sanzionatori, in virtù della deroga di cui al successivo comma 9. La stessa evidenza come non sia corretto interpretare il comma 9 dell'art. 2 della Legge come una deroga permanente al superamento dei limiti fissati dal legislatore, poiché questo permetterebbe il perdurare di una posizione dominante vietata nel mercato televisivo.

Inoltre il legislatore all'art. 2, comma 1, della Legge, estende il divieto sia alla costituzione sia al mantenimento di posizione dominante, ed inoltre anche il comma 7 del medesimo articolo, nel prevedere un "*adeguamento al mutare delle caratteristiche dei mercati*", rinvia ad un'attività di controllo da parte dell'Autorità circa l'esistenza e/o il mantenimento di una posizione dominante. La Società ha sostenuto che il procedimento istruttorio attualmente in corso si debba concludere con un intervento dell'Autorità volto a rimuovere le cause che determinano una situazione non concorrenziale del mercato televisivo. Inoltre, ha richiesto che vengano confermati i recenti orientamenti della Corte Costituzionale, e che vengano poste in essere misure deconcentrative consistenti nella vendita del ramo di azienda RTI relativo all'emittente televisiva Retequattro. In tal modo si libererebbero le frequenze che Centro Europa 7 potrebbe utilizzare creando programmi di intrattenimento e di informazione, e quindi maggiore concorrenza e pluralismo sul mercato.

Centro Europa 7 rileva, altresì, che l'incertezza nel mercato e la scarsa qualità delle frequenze disponibili sul mercato -fortemente interferenziate e disponibili solo per raggiungere una copertura fino a 20% del territorio- causano la mancanza di investimenti da parte delle emittenti ed afferma, inoltre, che le risorse presenti nel mercato, in particolare con la fusione Telepiù/Stream, si stanno riducendo a danno degli investimenti con il risultato di una diminuzione della qualità della programmazione.

Con riferimento al concetto di unità economica, ritiene che l'equiparazione tra concessionaria di pubblicità e concessionaria televisiva è sancita espressamente dalla legge (art. 2, commi 1 e 14 della legge n. 249/97). Del resto il ricorso a tale concetto ha come scopo quello di interpretare le quote di mercato, evidenziando il peso economico di imprese appartenenti al medesimo gruppo al fine di evitare l'elusione di limiti posti alla raccolta di risorse economiche. Facendo riferimento al pluralismo, Centro Europa 7 ribadisce che, come espresso dalla Corte Costituzionale, esso è fortemente leso nel sistema televisivo italiano attuale e contesta la posizione di quanti continuano a sostenere che esiste un mercato concorrenziale con un gran numero di operatori, ove il peso delle risorse pubblicitarie sarebbe in diminuzione in favore dei ricavi da vendita di abbonamenti, e che, in definitiva, il pluralismo si sarebbe arricchito anche grazie al contributo delle emittenti satellitari.

Per quanto attiene alla determinazione delle quote di mercato, inoltre, sottolinea che nessuna altra interpretazione può essere data all'art. 2, comma 8, lett. a) della legge n. 249/97, ove è previsto che i proventi debbano essere considerati al netto dei diritti dell'Erario e delle spettanze delle agen-

zie di intermediazione, pertanto un quantificazione dei proventi al lordo di queste fonti porterebbe a risultati fuorvianti rispetto ai fini dell'istruttoria in corso.

Con riferimento alla richiesta di informazioni al Ministero delle comunicazioni avente ad oggetto l'individuazione dei soggetti effettivamente operanti sul territorio nazionale nel triennio 1998-2000, Centro Europa 7 sottolinea come la stessa risulti erroneamente presente nell'elenco, pur essendo titolare solo virtualmente delle frequenze. Altro dato inesatto che Centro Europa 7 riscontra nella comunicazione inviata dal Ministero delle Comunicazioni riguarda l'emittente "7 Plus" che, secondo quanto riportato, non avrebbe ottenuto le frequenze perché priva dei requisiti, mentre invece la stessa emittente ha ottenuto da parte del Consiglio di Stato il riconoscimento del possesso dei requisiti necessari per collocarsi in graduatoria utile ai fini dell'ottenimento della concessione.

Oggetto di contestazione risulta anche la richiesta di informazioni alla società Auditel. Centro Europa 7, infatti, valuta poco attendibili i dati forniti dalla società di rilevazione e soprattutto ritiene che l'Autorità avrebbe dovuto promuovere indagini e controllare con continuità i rilevamenti effettuati da Auditel.

3. Rilievi interpretativi emersi nel corso del contraddittorio

Come illustrato nel corso del contraddittorio, gli operatori hanno formulato le loro considerazioni sui procedimenti di cui alle delibere n. 13/03/CONS e n. 14/03/CONS focalizzando i rilievi sui differenti profili afferenti all'interpretazione dell'articolo 2 della legge n. 249/97.

Nel merito, gli elementi sui quali si sono registrate diverse posizioni interpretative sono stati i seguenti:

- a) presunzione di posizione dominante;
- b) clausola dello sviluppo spontaneo;
- c) definizione del concetto di risorse;
- d) applicabilità della categoria di unità economica;
- e) natura giuridica e finalità economica del canone RAI;
- f) tendenze evolutive dei mercati.

Le diverse posizioni interpretative relative ai profili di natura giuridica ed economica che costituiscono i presupposti dell'attività di verifica prevista dalla delibera n. 14/03/CONS sono di seguito sinteticamente rappresentate

3.1. L'art. 2, comma 7: la presunzione di posizione dominante

Il divieto di posizione dominante viene sancito nell'art. 2, in primo luogo dal comma 1, nel quale il legislatore vieta *"nei settori delle comunicazioni sonore e televisive [...] qualsiasi atto o comportamento avente per oggetto o per effetto la costituzione o il mantenimento di una posizione dominante."*

Il comma 1 si può configurare come una norma di principio che, nell'affermare un generale divieto di posizione dominante, offre anche una linea interpretativa della *ratio* dell'art. 2, che può considerarsi - al contrario- come una *lex specialis* rispetto alla disciplina generale in materia di tutela della concorrenza in cui, come noto, la posizione dominante non è di per se passibile di sanzioni, se non nei casi di abuso. I settori delle comunicazioni sonore e televisive, in ragione della loro valenza strategica per lo sviluppo sociale ed economico del paese, hanno spinto il legislatore a dettare una disciplina più stringente rispetto ad altri mercati, secondo cui può essere sottoposto a san-

zioni ogni soggetto che si trovi in posizione dominante vietata, a prescindere dall'eventuale abuso della stessa. Questa disciplina si pone sostanzialmente a tutela dei valori fondamentali del pluralismo e della concorrenza.

I principali strumenti per accertare la violazione del divieto di cui al comma 1 sono offerti dai commi 6 e 7. Il comma 6 individua un limite finalizzato ad allocare in modo efficiente - e nel rispetto del principio del pluralismo - le risorse tecniche del mercato, ossia le frequenze. Le frequenze costituiscono, naturalmente soprattutto per le trasmissioni analogiche terrestri, la principale risorsa scarsa del settore. Peraltro la Corte Costituzionale si era già pronunciata sul fatto che la distribuzione delle frequenze costituisse uno dei fattori critici per la realizzazione di un assetto pluralistico del mercato.

Il comma 7, viceversa, riguarda la distribuzione delle risorse economiche sempre al fine di evitare una eccessiva concentrazione di esse in capo ad uno o più soggetti. Per raggiungere questo scopo il legislatore individua alcuni criteri di natura comportamentale, cioè riguardanti la dinamica dell'attività di impresa. Il primo criterio deriva dal combinato disposto dei commi 1 e 2 ed è il divieto di intese e concentrazioni, ovvero il divieto di qualsiasi atto o comportamento avente per oggetto o per effetto la costituzione o il mantenimento di una posizione dominante. Il secondo criterio, fissato nel successivo comma 8, proibisce la raccolta di risorse in misura superiore rispetto a delle quote percentuali prefissate.

Il legislatore, dunque, fissa il divieto di posizioni dominanti con una formulazione molto ampia, e poi indica in modo analitico i criteri da seguire per garantire il rispetto del suddetto divieto. Secondo questa interpretazione, contravvenire ad uno dei due criteri appena esposti determina in capo al soggetto una presunzione di posizione dominante. Rispetto a questo sistema presuntivo, il legislatore impone all'Autorità, nel caso in esame con la previsione dell'art. 2 comma 7, un procedimento con ampie garanzie di contraddittorio per gli operatori al fine di poter rappresentare le proprie posizioni. L'attivazione di diversi procedimenti amministrativi, e quindi diverse modalità di contraddittorio, sono previsti a seconda del "criterio" violato. Nei casi di intese e concentrazioni saranno gli operatori a dover informare sia l'Autorità sia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'esercizio delle rispettive competenze. Nei casi di superamento delle quote di mercato, viceversa, è l'Autorità, in quanto soggetto che vigila sul complesso del mercato delle comunicazioni, ad intervenire d'ufficio per aprire un'istruttoria nel rispetto dei principi del contraddittorio.

Sulla presunzione di posizione dominante, alcuni degli soggetti intervenuti nel procedimento hanno sostenuto che il superamento delle soglie non determina di per sé una presunzione di posizione dominante, ma al contrario sia un semplice elemento che l'Autorità deve utilizzare ai fini di una valutazione più ampia di natura discrezionale, con l'obiettivo di verificare eventuali violazioni del pluralismo e della concorrenza. Per tutti valga quanto espresso dalla RAI, che nella sua memoria conclusiva ha scritto: *"si dovrebbe comunque rilevare che eventuali scostamenti quantitativi rispetto alle soglie costituiscono unicamente un indice presuntivo e non sono comunque tali da configurare in capo a RAI una posizione dominante vietata suscettibile di dar luogo all'adozione di misure correttive [...] le soglie previste dal co. 8, dell'art. 2, costituiscono infatti un criterio (e non il solo) di cui l'Autorità deve tener conto nelle sue valutazioni [...] l'analisi dell'Autorità ex art. 2, co. 7, non può quindi limitarsi al mero riscontro quantitativo, bensì deve essere necessariamente integrata da un più articolato esame, di carattere qualitativo, volto a stabilire in concreto se, tenuto conto dell'insieme delle circostanze rilevanti, e segnatamente del mutare delle caratteristiche dei mercati, sia configurabile una reale lesione dei valori fondamentali di pluralismo e concorrenza tutelati dalla legge"*.

In estrema sintesi, gli operatori chiedono all'Autorità di procedere all'accertamento della sussistenza di una posizione dominante attraverso una valutazione discrezionale che tenga conto del rispetto dei principi in materia di pluralismo e concorrenza e non attraverso l'applicazione di criteri meccanicistici.

In verità il dettato normativo conferisce all'Autorità un ampio margine discrezionale, ma tale discrezionalità non attiene all'individuazione della posizione dominante, ma bensì alla eventuale adozione di misure correttive ed alla tipologia delle misure ritenute opportune. Infatti, se da un lato il legislatore indica all'art. 2 i criteri per individuare una posizione dominante, dall'altro non indica con la stessa precisione le misure correttive da adottare, limitandosi ad individuare, nel comma 7, solo un'*estrema ratio*, quella dalla *dismissione di azienda o di rami d'azienda*. In questa ottica, trova anche un corretto inquadramento la previsione contenuta nel comma 7, che indica all'Autorità di adeguarsi *al mutare delle caratteristiche dei mercati*, dove l'adeguamento significa conformare la decisione al contesto dinamico dei mercati che non poteva essere conosciuto aprioristicamente dal legislatore, il quale pertanto demanda all'organismo amministrativo la scelta circa l'eventuale adozione di un provvedimento che incida sul funzionamento dei mercati.

Alcuni operatori, con riferimento alla prassi tipica della disciplina *antitrust*, hanno anche sollevato la distinzione fra posizione dominante e posizione dominante vietata, sostenendo che una posizione dominante, individuata dal superamento delle soglie, che non si configuri come lesiva del pluralismo e che non sia realizzata attraverso intese o concentrazioni distorsive del meccanismo della concorrenza, non ricade necessariamente nell'accezione di posizione dominante vietata ai sensi dell'art. 2, legge n. 249/97.

3.2. L'art. 2, comma 9: il criterio dello sviluppo spontaneo

L'art. 2, comma 9, è stato più volte richiamato dagli operatori nel corso del contraddittorio, principalmente allo scopo di sostenere l'applicazione del criterio dello sviluppo spontaneo anche al periodo 1998-2000. Il dato letterale della norma sembra disciplinare due possibilità di intervento: in via generale, esso prevede che, nel caso in cui anche uno solo dei limiti quantitativi indicati nelle lettere a), b) e c) del precedente comma 8 sia stato raggiunto mediante intese o concentrazioni, l'Autorità provvede, nel rispetto del principio del contraddittorio, ai sensi del comma settimo. In via eccezionale, viceversa, lo stesso sembra disporre che l'Autorità non debba provvedere ai sensi del comma 7 qualora i soggetti che esercitano l'attività radiotelevisiva superino, al momento di entrata in vigore della legge n. 249/97, i limiti stabiliti dal comma 8 mediante lo sviluppo spontaneo dell'impresa che non determini una posizione dominante, né elimini o riduca il pluralismo e la concorrenza. Parimenti, con riferimento specifico alla verifica, da compiere prima della data del rilascio, ovvero del rinnovo di concessioni ed autorizzazioni, il comma 9 dispone che i soggetti interessati possano dimostrare l'insussistenza di una posizione dominante vietata.

Rispetto alla procedura ordinaria dettata dal comma 7, nel quale si delinea un iter procedurale compiuto, che procede dall'apertura dell'istruttoria fino all'adozione delle misure correttive, senza alcun richiamo all'adozione dei criteri di cui al comma 9, il nono comma si applica a tre ipotesi specificamente delineate: il superamento delle soglie di cui al comma 8 mediante intese o concentrazioni, la prima applicazione delle legge ed il rinnovo ovvero rilascio di concessioni. Una siffatta interpretazione del dettato normativo appare, tra l'altro, suffragata dalla sentenza del T.A.R. del Lazio sul ricorso n. 11824/2000 presentato da TV Internazionale S.p.A. contro l'Autorità, nella quale più volte viene affermato che l'applicazione del concetto dello sviluppo spontaneo è prevista solo *“in via eccezionale ed in sede di prima applicazione”* della legge n. 249/97.

L'applicazione al caso di specie del comma 9, dunque, non parrebbe del tutto corretta, a prescindere dalla considerazione che a differenza dell'istruttoria conclusasi con la delibera 365/00/CONS il procedimento in corso sia stato espressamente avviato ai sensi del comma 7.

Per confutare questa posizione la RAI ha evidenziato nella sua memoria conclusiva che: *“secondo un’interpretazione sistematica e non meramente letterale, la disciplina dell’art. 2, comma 9, è una disciplina speciale, che legittima gli eventuali scostamenti rispetto ai tetti di risorse contemplati dalla Legge che siano obiettivamente riconducibili alla situazione esistente al momento di entrata in vigore della Legge. Tale legittimazione non esaurisce i suoi effetti in sede di prima applicazione del disposto normativo [...] ma perdura, almeno per i soggetti (come appunto la RAI) la cui situazione, quanto alla distribuzione delle risorse, non presenti elementi di discontinuità rispetto agli elementi formulati all’atto della prima applicazione della Legge.”* Come segnalato in precedenza, una posizione simile è stata espressa anche da altri soggetti intervenuti nel procedimento, quali, ad esempio, RTI.

Secondo questa interpretazione, lo sviluppo spontaneo dell’impresa non è richiamato dalla legge all’art. 2, comma 9 per legittimare “in via eccezionale” una posizione dominante, bensì per giustificare dal momento della sua entrata in vigore (1° agosto 1997) il superamento dei limiti quantitativi stabiliti all’art. 2, comma 8. Ne deriva che il superamento delle soglie già riscontrato per l’anno 1997 sarebbe compatibile, non solo in sede transitoria e di prima applicazione, ma in modo permanente con una posizione di non dominanza sul mercato televisivo.

Una linea interpretativa diretta a trasformare una norma transitoria in una deroga permanente ai limiti di raccolta delle risorse economiche fissati dal legislatore non appare condivisibile. In altre parole, accedere a questa interpretazione determinerebbe una situazione in cui l’Autorità con propria deliberazione deroga, non in via transitoria, bensì in via definitiva, al contenuto di una norma di legge. Pertanto, si ritiene che il comma 9 trovi applicazione soltanto nei casi espressamente previsti dal legislatore e, per quanto attiene al superamento della soglia, la fattispecie dello sviluppo spontaneo assume una rilevanza limitata temporalmente alla prima applicazione della Legge.

Pertanto, come già evidenziato nel corso dell’analisi delle posizioni dei soggetti destinatari dell’istruttoria, l’applicazione del criterio dello sviluppo spontaneo al triennio 1998-2000 è stata propugnata anche dalle due concessionarie di pubblicità Sipra e Publitalia’80, secondo le quali l’insussistenza di atti finalizzati alla costituzione di intese o concentrazioni determinerebbe la non applicabilità dell’articolo 2, comma 7. La lettera della Legge porta a rilevare che il criterio dello sviluppo spontaneo, per espressa previsione del comma 9, è applicabile esclusivamente in relazione ai “*limiti quantitativi [-e di conseguenza ai mercati-] indicati nelle lettere a), b) e c) del comma 8*” ed ai “*soggetti che esercitano attività radiotelevisiva*”; secondo l’interpretazione letterale sarebbe da escludersi, dunque, che possano beneficiare di tale criterio anche le concessionarie di pubblicità le quali, da un lato, non esercitano attività radiotelevisiva e, dall’altro, sono attive nel mercato di cui allo stesso comma 8, lettera e).

3.3. L’art. 2, comma 8: la definizione del concetto di risorse

Si premette che le eccezioni formulate dai soggetti intervenuti nel procedimento hanno riguardato non la quantificazione delle risorse e dei proventi fatta dall’Autorità -attraverso i dati elaborati dalla società AC Nielsen per gli anni 1998 e 1999 e l’Informativa Economica di Sistema per l’anno 2000- quanto invece la metodologia di definizione del mercato rispetto alla quale le Società hanno contestato la mancata considerazione di alcune componenti.

L’interpretazione del concetto di risorse è stato un tema ampiamente trattato nel corso dell’istruttoria di cui alla delibera n. 365/00/CONS; al termine del citato procedimento istruttorio un elemento che è rimasto non definito riguarda la riconducibilità dello sconto d’agenzia al volume complessivo delle risorse; allora era stato definito secondo due metodologie, l’una inclusiva e l’altra esclusiva dello sconto (le c.d. ipotesi A ed ipotesi B).

Una chiave interpretativa atta a consentire una soluzione della questione risulta la lettura delle soglie stabilite dall'art. 2, comma 8, alla luce delle discipline nazionale e comunitaria in materia di tutela della concorrenza. In particolare si potrebbe valutare il concetto di risorse secondo la nozione di mercato rilevante. Come noto, nella dottrina antitrust il mercato rilevante viene definito secondo due variabili: il prodotto/servizio offerto e l'area geografica nella quale avvengono le transazioni economiche.

L'art. 2, comma 8 lett. a), richiamato espressamente dall'art. 2, comma 7, prevede che: *“i soggetti destinatari di concessioni televisive in ambito nazionale anche per il servizio pubblico, di autorizzazioni per trasmissioni codificate in ambito nazionale, ovvero di entrambi i provvedimenti possono raccogliere proventi per una quota non superiore al 30 per cento delle risorse del settore televisivo in ambito nazionale riferito alle trasmissioni via etere terrestri e codificate.”* Il mercato rilevante del prodotto dunque è quello dell'offerta delle trasmissioni televisive via etere terrestri e codificate, mentre sotto il profilo geografico il mercato rilevante è definito dal territorio nazionale. Secondo una metodologia in linea con la prassi del diritto della concorrenza, è necessario stabilire se la commissione d'agenzia si possa correttamente considerare, sotto il profilo competitivo ed economico, una componente della *“offerta di trasmissioni televisive”* o meno. Per definire se le attività delle agenzie di pubblicità, e quindi le loro risorse, facciano parte del mercato dell'offerta di trasmissioni televisive occorre, pertanto, determinare quale sia il ruolo svolto dalle stesse in questo o in altro mercato. Un'indicazione in questo senso è stata offerta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, in un procedimento relativo ad intese restrittive della libertà di concorrenza ai sensi dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90, definì il ruolo delle agenzie di pubblicità identificato come *“creazione, programmazione ed amministrazione di azioni di pubblicità e promozione”* [prov. 4041, giugno 1996]. In termini generali il ruolo dell'agenzia di intermediazione è, dunque, quello di consulente dell'impresa nella gestione dell'investimento pubblicitario, che può essere concretamente veicolato su una molteplicità di *media* (televisione, radio, stampa, affissioni, Internet). Sotto questo profilo, l'agenzia di intermediazione non rientra fra i soggetti che concorrono all'offerta delle trasmissioni televisive, pertanto i costi di intermediazione non devono, secondo l'interpretazione desunta dalla prassi del diritto antitrust, essere calcolati nelle *“risorse del settore televisivo”*.

Tale assunto viene poi avvalorato dalla considerazione che per le agenzie di intermediazione non sussista il requisito di sostituibilità dell'offerta che è requisito essenziale per individuare il mercato rilevante nell'ambito di un'analisi della concorrenza. Sull'argomento, d'altra parte, si è espressa la Commissione europea fornendo le linee guida per la definizione di un mercato rilevante: *“Secondo una giurisprudenza consolidata, il mercato del prodotto/servizio rilevante comprende i prodotti ed i servizi sostituibili o sufficientemente intercambiabili, in funzione delle loro caratteristiche obiettive, grazie alle quali sono particolarmente atti a soddisfare i bisogni costanti dei consumatori, dei loro prezzi e dell'uso cui sono destinati, ma anche in funzione delle condizioni di concorrenza e/o struttura della domanda e dell'offerta sul mercato in questione. I prodotti o servizi che sono scarsamente o relativamente intercambiabili tra loro non fanno parte dello stesso mercato”* (cfr. par. 44 - Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica - G.U.C.E. C 165, 11 luglio 2002, pag. 6-31).

Dunque la disciplina antitrust e la logica economica portano a ritenere che le commissioni d'agenzia siano da escludere dal perimetro di mercato oggetto del procedimento in corso.

In merito alla quantificazione del valore del mercato va ulteriormente precisato che gli operatori, nel corso del contraddittorio hanno ribadito che la corretta interpretazione del concetto di risorse vada ricercata non attraverso un'analisi di tipo concorrenziale ma attraverso un'analisi di tipo sta-