

ALDO FRIGNANI

## DISCIPLINE ANTITRUST E COMUNICAZIONI DI MASSA: ESPERIENZE STRANIERE E PROBLEMATICHE CEE

**SOMMARIO**    **PREMESSA.** — **PARTE PRIMA: LEGGI ANTITRUST GENERALI.** — 1. Stati Uniti d'America. — 1.1. Le restrizioni verticali. — 1.2. Small business. — 1.3. Concentrazioni. — 1.4. Interventi legislativi e tentativi di protezionismo. — 2. Gran Bretagna. — 2.1. Progressiva riduzione dei settori esenti. — 2.2. Controllo delle concentrazioni. — 2.3. Organi per la messa in opera. — 3. Francia. — 3.1. Prezzi. — 3.2. Dipendenza da un'altra impresa. — 3.3. Concentrazioni. — 3.3. Sanzioni civili. — 3.5. Esenzioni per categoria. — 3.6. Giurisdizionalizzazione. — 3.7. Ambito di applicazione. — 4. Germania. — 4.1. Intese e posizioni dominanti. — 4.2. Accordi di cooperazione. — 4.3. Concentrazioni. — 5. Comunità Economiche Europee. — 5.1. Struttura. — 5.2. Piccole e medie imprese. — 5.3. Gruppi. — 5.4. Imprese pubbliche e aiuti degli stati. — 5.5. Concentrazioni. — 5.6. Valutazione del contesto economico. — 6. Conclusioni sulla prima parte.

**PARTE SECONDA: COMUNICAZIONI DI MASSA E CONCORRENZA.** — 1. Stati Uniti d'America. — 1.1. Stampa. — 1.2. Radio e televisione (broadcasting). — 1.3. Il problema delle conglomerati. — 1.4. Il principio della *fairness doctrine*. — 2. Gran Bretagna. — 2.1. Stampa. — 2.2. Broadcasting. — 3. Francia. — 3.1. Stampa. — 3.2. Radio e televisione. — 3.3. L'applicazione delle regole comuni della concorrenza. — 4. Germania. — 4.1. Stampa. — 4.2. Radiotelevisione. — 4.3. Conglomerati. — 4.4. Parità di trattamento fra emittenti pubbliche e private. — 4.5. Tendenze monopolistiche nel settore e dei media. — 5. Comunità economica europea. — 6. Conclusioni sulla seconda parte.

## PREMESSA

Il nostro non è un convegno astratto e teorico (come se dovessimo discettare sul negozio giuridico, o sulla nozione di azione in diritto processuale civile), ma si colloca in un momento decisivo per il nostro futuro assetto legislativo nella materia che ci occupa, nel mezzo di una accesa battaglia parlamentare su diverse proposte di legge che vertono sia sulla disciplina antitrust generale, sia sulla disciplina antitrust nei « media » (stampa e radiotelevisione).

\* Relazione presentata al XXXV Corso di studi del Centro Internazionale Magistrati Luigi Severini, tenuto a Perugia-Foligno, 7-

10 settembre 1988 sul tema « Disciplina antitrust e comunicazioni di massa ». Si omettono i due allegati.

Ecco dunque che alcune domande mi sembrano di fondamentale importanza:

- dove si collocherà l'Italia (la sua disciplina) rispetto al contesto internazionale e soprattutto rispetto agli altri Paesi CEE?
- quale tesoro abbiamo fatto (o stiamo per fare) delle esperienze (talune secolari: v. gli USA)<sup>1</sup> altrui?
- abbiamo tenuto in debito conto i vincoli (giuridici prima, ma poi anche di convenienza o di opportunità) che ci derivano dalla disciplina comunitaria?

*Un'altra premessa.* Il tema ha due sfaccettature che, anche se non fossero state messe in luce sul titolo, sarebbe stato inevitabile esaminare contestualmente: in ogni esperienza straniera prima è venuta la legge generale sulla libertà di concorrenza e poi successivamente si è provveduto a vederne l'applicazione alle comunicazioni di massa, e non viceversa. Dunque, anche la mia relazione sarà divisa in due parti: legge antitrust generale (I), comunicazioni di massa e concorrenza (II). Purtroppo però in questo *survey* comparatistico ho dovuto selezionare alcuni dei modelli che ho ritenuto (con inevitabile arbitrarietà) più interessanti per noi<sup>1-bis</sup>. Anche così facendo però non si è potuto entrare nei dettagli, ma si è dovuto procedere per grandi linee.

*Ultima premessa.* Mi sono volutamente astenuto dal fare comparazioni con la situazione italiana o coi progetti in discussione, in primo luogo per non invadere il terreno del Prof. Ghidini; e poi per lasciare che ciascuno tiri le proprie conclusioni dalle esperienze straniere.

## PARTE I: LEGGI ANTITRUST GENERALI

### 1. STATI UNITI D'AMERICA.

Una illustrazione dei recenti sviluppi del diritto antitrust degli Stati Uniti non può non partire dal ruolo assunto dalla c.d. Scuola di Chicago, che — come è arcinoto — ha assunto il miglior sistema allocativo delle risorse come obiettivo di tali norme, e le analisi macro — e micro — economiche come strumento di misurazione (della conformità tra obiettivi e risultati).

<sup>1</sup> Richiamo qui per tutti PARDOLESI, *Gli aspetti giuridici di una politica della concorrenza* (relazione del 1987 in corso di stampa) e BUXBAUM, *Trade Restrictions, Mergers and Concentration in the U.S. Recent Developments and Future Perspective* (relazione tenuta a Bologna nel maggio 1988).

<sup>1-bis</sup> Per uno sguardo sulla situazione in altri Paesi non presi in considerazione nel presente studio, si rinvia alla seguenti relazioni presentate allo stesso Corso di Perugia:

per il Belgio BOGAERTS, *Dispositions antitrust et les medias en Belgique*; LAMBEAU, *Le Conseil du Contentieux économique et la loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de la puissance économique*; per il Lussemburgo GERARD, *Discipline antitrust dans la communication de masse*; per il Portogallo, REIS FIQUEIRA, *Monopolio televisivo e controllo dell'informazione pubblica in Portogallo*; per l'Irlanda, MCCARTHY, *Antitrust Control in Mass Media*.

È legittimo domandarsi se alla sua affermazione non abbia contribuito il particolare clima politico, il reaganismo, che ha caratterizzato gli USA negli ultimi otto anni: ciò è indubitabile, benché si debba riconoscere che l'*economis analysis of law* sia iniziata ben prima di allora, e si possa prevedere che la sua onda lunga sopravviverà al reaganismo, anche grazie all'entrata di molti suoi epigoni o seguaci nel *judiciary*<sup>2</sup>.

Per quanto gli influssi della scuola di Chicago si siano fatti sentire in tutti i settori dell'antitrust, selezioniamo qui alcuni grandi argomenti.

### 1.1. LE RESTRIZIONI VERTICALI.

Il diritto antitrust statunitense è cambiato notevolmente per quanto concerne la valutazione delle restrizioni verticali; si è passati infatti da una dichiarazione di illiceità per sé nel caso *Schwinn* del 1967 al caso *Sylvania* del 1977 nel quale definitivamente fu dichiarato che le restrizioni territoriali, le restrizioni alla libertà di spostare il luogo di vendita ed altre restrizioni erano sottoposte alla cosiddetta *rule of reason*, e cioè le Corti erano chiamate a giudicare del rapporto fra gli effetti positivi (in particolare, i servizi *pre — e post — sale*) e quelli negativi derivanti dalla restrizione.

In altri termini si è ammesso che eventuali restrizioni della concorrenza all'interno della marca possano essere più che compensate dall'intensificarsi della concorrenza tra marche diverse (*redeeming virtue*)<sup>3</sup>.

Anche in un'altra area, che sembrava non impermeabile a nuove idee, si è sentito un vento di cambiamento: intendiamo riferirci al divieto del prezzo imposto. Come è noto, si tratta di un divieto che molte legislazioni antitrust contengono anche se gli economisti non sono ancora riusciti ad individuare delle motivazioni economiche incontestabili per l'esistenza dello stesso.

Ebbene negli USA dopo le aperture possibiliste del caso *Mon-santo*, 1984<sup>4</sup>, nel luglio 1988 nel caso *Business Electronics* la Corte Suprema, seppure a maggioranza, ha dichiarato che il produttore può legittimamente risolvere il contratto quando la politica di sconti praticata dal proprio distributore sia tale da danneggiarlo seriamente<sup>5</sup>. Non è ancora l'abolizione del prezzo imposto, tuttavia si in-

<sup>2</sup> E nonostante manchi l'apporto di BORK alla Supreme Court, esclusione che nell'ultimo numero dell'*Harvard L. Rev.*, 1988 viene definita, per la statura scientifica dell'uomo, « scandalosa ».

<sup>3</sup> Cfr. FRIGNANI, *Restrizioni alla concorrenza e norme antitrust nel franchising*, in *Riv. dir. ind.*, 1978, I, 140 (ora raccolto in FRIGNANI, *Factoring, Leasing, Franchising*,

*Venture Capital, Concorrenza*, 3<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 1987, 112) e le diverse opinioni di POSNER in 45 *U. Chi. L. Rev.*, 1977, 1 e PITOFKY, in 78 *Col. L. Rev.*, 1978, 1.

<sup>4</sup> *Spray - Rite Service Corp. v. Monsanto Co.*, 465 U.S. 752 (1984).

<sup>5</sup> *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 108 S. Ct. 1515 (1988).

travedono in questo campo degli spiragli di ammissione della *rule of reason*.

Assai più marginale (ed incerta nei suoi sbocchi finali) appare l'influenza della scuola di Chicago nella revisione della condanna di comportamenti di « monopolizing » ex sez. 2 Sherman Act: alludiamo, in particolare, ai *tie-ins* ed al *price-cutting*, che essa vorrebbe — se non liberalizzare — almeno condurre sotto l'ombrello della *rule of reason*; ma la dimostrazione della carenza di effetti monopolistici di simili pratiche non è stata fornita con sufficiente tranquillità<sup>6</sup>.

## 1.2. SMALL BUSINESS.

Non sono formalmente esentate e soffrono di una situazione ambigua: per Areeda, Turner quando hanno « so little market power as to be presumptively reasonable »<sup>7</sup> sono lecite ai sensi della sez. 1 Sherman Act.

Oltre quelle che possono essere singolarmente esentate dal Presidente (quando le ritenga « to be in the public interest as contributing to the national defense »), la Small Business Administration può esentare i « joint programs for research and development ».

Easterbrook<sup>8</sup> ha però criticato l'ambiguità dei due criteri (ragionevolezza e *little power*) prospettando la tesi che quando le imprese non hanno *market power* allora non possono neppure impedire la concorrenza.

L'attitudine delle Corti (caso *Eastman Kodak* 1979) ed anche del Department of Justice (*Research Joint Ventures Guidelines* 1980) fu dapprima improntata ad una certa severità, ma poi nel 1983 il Department of Justice introdusse il criterio della *rule of reason*<sup>9</sup>, che poi ha decisamente influenzato il *National Cooperative Research Act* del 1° ottobre 1984.

## 1.3. CONCENTRAZIONI.

Gli sviluppi dell'ultimo decennio sono, per un verso importanti, per l'altro di segno non univoco.

Non sono passati tentativi (un po' semplicistici, per il vero) di fissare un tetto massimo di quota di merato al di sopra del quale fosse imposta la *divestiture* (si ricordi il 12% del *Concentrated Industries Bill* del 1979), oppure di fissare un tetto massimo di profitti considerati non monopolistici (il 15% dell'*Industrial Reorganization bill*).

<sup>6</sup> Rimando anche a DENOZZA, *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 1988, 5.

<sup>7</sup> AREEDA, TURNER, *Antitrust Laws*, I, 1978, n. 230 c.

<sup>8</sup> *The Limits of Antitrust*, in 63 *Tex. L. Rev.*, 1984, 1.

<sup>9</sup> Cfr. HAWK B., *United States, Common Market and International Antitrust*, II, 276.

Dunque il criterio *strutturale* da solo non basta e la valutazione deve essere fatta tenendo conto anche del comportamento.

Ciò significa teoricamente minore certezza, in concreto maggiori poteri alla FTC che potrà (e dovrà) tener conto delle esigenze del settore, della congiuntura economica, e così via.

Le incertezze di questa discrezionalità si riflettono nella richiesta a gran voce delle *Guidelines*, che il Department of Justice ha emanato, le prime del 1968, le altre del 1982-84. Sia le prime che le seconde non si discostano dall'approccio strutturale per misurare il grado di concentrazione, ma nelle seconde il segnale di pericolo scatta ad un livello più alto<sup>10</sup> e si rivaluta il criterio del pericolo di collusione come tipico *by-product* dell'oligopolio<sup>11</sup>.

Oggi si può dire che il trattamento è fatto sulla base di una « multi-factor analysis » che ancora lascia insoddisfatto l'*aim of predictability*<sup>12</sup> ed in cui sono presenti non di rado considerazioni sociali o di politica occupazionale.

#### 1.4. INTERVENTI LEGISLATIVI E TENTAZIONI DI PROTEZIONISMO.

Va menzionato in primo luogo l'Hart-Scott-Rodino Act del 1976 che si interessava in particolare di problemi processuali (legittimazione degli Stati, *parens patriae actions*) e sanzionatori (*damages*), dall'altro ampliava i poteri che la FTC aveva in base al Clayton Act e rendeva necessaria la autorizzazione preventiva delle concentrazioni internazionali.

Con il *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* del 1982 furono concessi maggiori poteri di indagine alla FTC.

L'*Export Trading Company Act* del 1984 stabilisce gli standards e le procedure osservando i quali gli esportatori USA possono ottenere un certificato di controllo, attestante che certe intese — se volte all'esportazione — sono esenti dalla legge antitrust. L'esenzione era già presente nel Webb Pomerene Act del 1918, ma si era rivelata di scarsa utilità.

L'*Export Act* si ispira al principio per cui bisogna ridurre il livello di disciplina (restrizioni alla libertà) all'interno al fine di consentire una migliore concorrenza sui mercati stranieri.

Questo movimento legislativo si salda con l'altro volto alla difesa contro pratiche di *dumping* o di sussidi di cui godano nello Stato di

<sup>10</sup> Nel 1968 l'indice di concentrazione era CR4, mentre ora si adotta l'Herfindhal-Hirschman Index, che si basa sulla somma dei quadrati delle quote di mercato di ciascuna impresa e diventa pericoloso quando l'indice HHI dopo la fusione supera lo 0,18.

<sup>11</sup> Rinvio ancora a PARDOLESI, *op. cit.*

<sup>12</sup> JORDE T.M., *Coping with Merger Guidelines and the Government's « fix-it-first » Approach: a Modest Appeal for More Information*, 32 *Ant. Bull.*, 1987, 579.

origine le imprese straniere che esportano negli USA (*Antidumping Law*; § 301 del Trade Act del 1974; § 337 U.S. *Tariff Act*), che sotto la regola — ineccepibile — di evitare distorsioni alla concorrenza sul mercato americano non riesce a mascherare un certo protezionismo<sup>13</sup>.

## 2. GRAN BRETAGNA.

Nel primo decennio della sua entrata nel mercato comune la Gran Bretagna ha cambiato la legislazione antitrust 3 volte (1973, 1976, 1980) ed uno studio terminato nella primavera del 1988 ha proposto una ulteriore riforma, soprattutto con riferimento al controllo delle concentrazioni.

Ecco i punti principali di alcuni recenti sviluppi.

### 2.1. PROGRESSIVA RIDUZIONE DEI SETTORI ESENTI.

Con il *Restrictive Trades Practices Act* del 1976 furono sottoposti al diritto antitrust i servizi; nel 1984 anche (in parte) le telecomunicazioni (*Telecommunication Act*), nel 1985 i trasporti nonché i trasporti aerei; nel 1987 le *building societies* (società che esercitano il credito fondiario), ecc. La Monopolies and Merger Commission può svolgere indagini anche su industrie nazionalizzate e su alcuni enti pubblici.

### 2.2. CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI.

Una impresa non è soggetta a investigazione se il suo fatturato (contando anche quello del gruppo di cui sia eventualmente parte) è inferiore a 5 milioni di sterline e la sua quota di mercato inferiore al 25%. Nel 1987 la soglia di fatturato è stata portata a 15 milioni di sterline.

Con il *Competition Act* del 1980 si sono previste nuove procedure e dati nuovi poteri al Office of Fair Trading (OFT) in merito al controllo delle concentrazioni. Negli ultimi anni infatti i pareri su concentrazioni o progetti di concentrazione, presentati al Segretario di Stato per il Commercio e l'Industria sono stati da 200 a 300 annui. Se il parere è negativo la maggior parte dei progetti vengono volontariamente abbandonati; ultimamente solo una decina all'anno sono stati deferiti alla Monopolies and Merger Commission, che ne rifiuta l'ap-

<sup>13</sup> Cfr. le relazioni contenute nel 1984 *Fordham Corporate Law Institute* ed il commento di FRIGNANI, *Concorrenza interna e*

*concorrenza internazionale. Le esperienze statunitensi e comunitarie a confronto*, in *Giur. com.*, 1985, I, 201.

provazione quando reputa la concentrazione suscettibile di nuocere all'interesse generale (sec. 84 Fair Trading Act) (nel 1986 ne ha rifiutato 6; nel 1987, 7 tra cui il progetto Ferruzzi-Berisford).

### 2.3. ORGANI PER LA MESSA IN OPERA.

OFT e MMC hanno solo poteri investigativi e propositivi (pareri e suggerimenti). Gli *orders* vengono emessi solo dal Secretary of State (ma solo dopo che siano fallite le trattative tra le imprese interessate e OFT per la eliminazione della pratica illecita); contro di essi è ammesso il ricorso alla Restrictive Trade Practices Court (i ricorsi sono abbastanza rari).

### 2.4. CONCENTRAZIONI.

La legge inglese è basata sull'*actual or potential adverse effect on competitions*, che si riconosce essere impossibile se non esiste il *market power* (che è nozione più larga della posizione dominante ex art. 86 CEE). Questo forse spiega la sicurezza con la quale fu emesso l'ordine alla Ford di concedere licenze a terzi sui propri pezzi di ricambio (1984), identificando il mercato rilevante anche nei pezzi di ricambio di un proprio prodotto.

Comunque la situazione in materia di controllo delle concentrazioni è tutt'altro che soddisfacente, essendo ancora in discussione se sia opportuno che il criterio debba essere solo quello della riduzione della concorrenza (che ha prevalso finora), oppure anche quello dell'efficienza o altri criteri ancora<sup>14</sup>.

## 3. FRANCIA.

Dal 1945 ad oggi la Francia ha cambiato 6 o 7 volte la sua legislazione antitrust.

L'ordonnance n. 88-1243 del 1° dicembre 1986 non è solo una *consolidation* degli atti precedenti, ma completamente innovativa sotto importanti aspetti.

### 3.1. PREZZI.

La nuova legge segna l'abolizione del principio che i prezzi sono stabiliti o controllati dallo Stato e l'affermazione solenne che « Les prix... sont librement déterminés par le jeu de la concurrence » (art. 1).

<sup>14</sup> Cfr. l'articolo di YAMEY pubblicato in *Sole-24 Ore*, 29 dicembre 1987.

### 3.2. DIPENDENZA ECONOMICA DA UN'ALTRA IMPRESA.

Viene introdotto il concetto di « *dipendenza economica* » da un'altra impresa, nella quale si trova « un entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente » (art. 8, n. 2) e sancito il divieto di abusarne (dunque un concetto soggettivo di posizione dominante, mutuato dal diritto tedesco: art. 26 (2) 2).

### 3.3. CONCENTRAZIONI.

Ogni progetto o concentrazione suscettibile di pregiudicare la concorrenza può (non deve) essere notificato al Ministro dell'Industria.

Il controllo pubblico però non interviene al di sotto di una soglia minima: 25% di quota del mercato, oppure fatturato di 7 miliardi di franchi.

Del pari la facoltatività della messa in azione della procedura significa, da un lato, che molto è lasciato alla volontà politica<sup>15</sup> e, dall'altro, che si sono voluti sensibilizzare gli amministratori (a prendersi i rischi della mancata notifica)<sup>16</sup>.

È ammessa (art. 4) la valutazione comparativa e compensatoria degli effetti positivi di una concentrazione con gli effetti negativi.

### 3.4. SANZIONI CIVILI.

È stato abolito il sistema sanzionatorio penale (alla base della disciplina del 1945)<sup>17</sup>, con la riconduzione delle sanzioni alla nullità (art. 9), all'ordine di cessazione (artt. 13 e 42), all'ammenda (art. 13), alla pubblicazione della decisione (art. 13) ed a misure provvisorie (art. 12).

### 3.5. ESENZIONI PER CATEGORIA.

Sono ora previste dall'ultimo comma dell'art. 10 e vedremo l'uso che ne sarà fatto.

### 3.6. GIURISDIZIONALIZZAZIONE.

Seppure attraverso un *iter* un po' rocambolesco<sup>18</sup>, il nuovo anti-trust francese ha segnato una svolta decisiva verso la giurisdizionaliz-

<sup>15</sup> Dal 1977 al 1986, 8 pareri in materia di concentrazione sono stati espressi dalla Commissione, e solo 1 decisione di cessazione fu presa.

<sup>16</sup> Così MOUSSERON, SELINKY, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Litec, Paris, 1987.

<sup>17</sup> Sanzioni penali che esistevano anche nella legge canadese, trasformate poi in sanzioni civili con la legge del 1986: cfr. KAISER,

*The Canadian Competition Act*, in *Swiss Rev. Int. Comp. L.*, 1987, 27.

<sup>18</sup> Le varie vicende sono descritte da MOUSSERON, SELINKY, *op. cit.* La decisione del Consiglio Costituzionale del 20 gennaio 1987, che aveva ritenuto incostituzionale il trasferimento della competenza alla Corte d'Appello, prevista nella legge 20 dicembre 1986 (e che ha poi provocato la legge 28 aprile 1987) è in *Act. juridique (Droit adm.)*, 20 maggio 1987, 345, con nota di CHEVALLIER.



zazione: in effetti i ricorsi contro le decisioni della Commissione, che prima dovevano essere indirizzati al Consiglio di Stato, saranno ora di competenza dei giudici ordinari (legge 28 aprile 1987).

Inserita nel dibattito se sia meglio lasciare l'antitrust nelle mani della pubblica amministrazione o dei giudici, la legge francese ha voluto ribadire la competenza della prima, evitandone però una troppo estesa discrezionalità, tramite il controllo giudiziario.

### 3.7. AMBITO DI APPLICAZIONE.

Praticamente non ci sono settori dell'economia esentati: infatti le regole si applicano (art. 53) « à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont les fait de personnes publiques ».

## 4. GERMANIA.

Anche in Germania il diritto antitrust — come tutta la disciplina dell'attività economica — può definirsi un diritto in continuo divenire.

Non è ancora infatti stata digerita la quarta novella del 1980 (alla GWB del 1957) che sono cominciate le richieste e proposte per una riforma globale. Sulle grandi linee c'è ancora contrasto in seno al Governo. Tuttavia il Ministro Bangemann, benché escluda la necessità di una riforma generale, ammette l'urgenza di arricchire l'armamentario giuridico per il controllo delle concentrazioni. L'accento è posto sui seguenti punti:

a) Soprattutto nelle concentrazioni del settore del *commercio*, bisogna migliorare la valutazione della *Nachfragemacht* attraverso la determinazione di elementi caratteristici della fattispecie (flessibilità di riorganizzazione, mancanza di alternative di rifornimento o rivendita, ecc.) (modifica all'art. 22.1.2).

b) Individuazione della nozione di imprese *forti sul mercato* (e cioè non ancora occupanti una posizione dominante) e creazione di una pretesa (« Anspruch » e cioè da far valere in giudizio) a favore delle piccole e medie imprese ad essere approvvigionate dalle imprese « forti sul mercato » (modifica agli artt. 37.a e 26.2.2).

c) Abbassamento della soglia minima perché scatti il controllo sulle fusioni dal 25% al 10%.

d) Sottoposizione al diritto antitrust del settore dell'*energia*; ulteriore ampliamento della sottoposizione per banche, assicurazioni, trasporti.

e) Ammissione, fra gli accordi di cooperazione, dei contratti per l'acquisto in comune.

Allo stato, ecco alcuni sviluppi recenti.

#### 4.1. INTESE E POSIZIONI DOMINANTI.

Non esiste praticamente contrasto né in giurisprudenza né in dottrina su queste nozioni, o sul trattamento delle singole fattispecie. Contrasto esiste invece sui prezzi abusivi, per la difficoltà di trovare un criterio adeguato per stabilire quale sarebbe il prezzo di concorrenza. Il BKartA ha utilizzato soprattutto il criterio dell'*Als-Ob* (che ha trovato anche accoglimento legislativo art. 22 (4) 2), applicando poi anche quello del *Vergleichmarkt* ed infine quello della *Sockeltheorie*<sup>19</sup>, ma il BGH non è stato d'accordo: pur concordando pienamente sulla legittimità del ricorso a tali criteri, in diverse occasioni ha rimproverato al BKartA una non corretta analisi fattuale per la loro applicazione (caso Vitamina B12 del 3 luglio 1976 e caso Valium del 12 febbraio 1980)<sup>20</sup>.

#### 4.2. ACCORDI DI COOPERAZIONE.

Nonostante permangano i dubbi<sup>21</sup> sulla legittimità di esentarli o in base alla loro funzione (ad es. gli accordi di ricerca e sviluppo: ma si ribatte che è rimasto il campo principe in cui le imprese possono farsi concorrenza) o in base alla loro taglia (ma si ribatte che lo stimolo concorrenziale è sempre stato vitale per le piccole imprese, mentre sarebbe deleteria la sottrazione alla concorrenza), la richiesta che proviene dalla base è per una estensione qualitativa e quantitativa dell'esenzione, che il legislatore ha in parte accettato (novelle del 1973 e del 1976) e sembra incline ad accettare ulteriormente (proposte per una riforma globale).

#### 4.3. CONCENTRAZIONI.

È il fronte caldo dell'antitrust tedesco, quello dove sono stati fatti i passi più avanzati, e sollevate le critiche più accese. Le prime norme sul controllo delle concentrazioni, introdotte nel 1973, non diedero i risultati sperati, sicché nella novella del 1980 si sono dettate norme più severe: in primo luogo col § 3 dell'art. 22 si sono stabilite « presunzioni » di posizione dominante su basi strutturali (un'impresa sola quando controlla più di un terzo del mercato; tra imprese con il 50%; cinque imprese con il 75%); in secondo luogo con il § 23a si sono introdotte fattispecie legislative di presunzione che la concen-

<sup>19</sup> In base al criterio dell'*Als-Ob* si deve fare riferimento ad una situazione-modello, ipotetica o reale, di concorrenza efficace; in base al criterio del *Vergleichmarkt* si deve instaurare un confronto con i prezzi degli stessi o analoghi beni in mercati comparabili; in base alla *Sockeltheorie* bisogna prendere in considerazione i prezzi praticati dall'im-

presa in esame in un precedente periodo di tempo.

<sup>20</sup> Cfr. lo studio di MELI V., *L'abuso di posizione dominante mediante imposizione di prezzi « non-equi »* (in corso di pubblicazione come Quaderno della *Giur. comm.*).

<sup>21</sup> Una sintesi delle opinioni è in EMMERICH, *Wettbewerbsrecht*, 5<sup>a</sup> ed., 1988.

trazione ha l'effetto di creare una *überragende Marktstellung*. Ciononostante i commentatori e la stessa MonopolKommission fanno osservare gli scarsi effetti che tali norme hanno avuto per contrastare l'ondata notevole di concentrazioni che si sono verificate in Germania nell'ultimo decennio. Ciò può essere ricondotto a varie ragioni. *In primis* la molteplicità delle competenze: nel controllo delle concentrazioni interviene il Min. Economia, che emana le direttive (e può autorizzare concentrazioni nei singoli casi); il BKartA, che deve applicare le norme del GWB e le direttive del Ministro; la MonopolKommission che controlla l'attività del BKartA e presenta le sue proposte al Min. Economia; il Kammergericht ed il BGH cui spetta il controllo giudiziario. I contrasti fra questi diversi organi sono noti: il BGH è restio a impedire le fusioni e cassa le decisioni del BKartA e del KG (v. i casi Metro Kaufhos e Coop-Wandmaker, perché non era stata dimostrata posizione dominante nel mercato della domanda)<sup>22</sup>.

La fusione DaimlerBenz-AEG fu approvata, perché la taglia da sola non è motivo di divieto e perché, operando in due settori diversi, non c'era trasferimento di risorse finanziarie o tecniche che rinforzassero la posizione dominante. Ma la MonopolKommission ha espresso parere decisamente contrario (ribadendo che quando una delle imprese partecipanti supera i due miliardi DM di fatturato l'analisi delle possibili conseguenze deve essere più severa)<sup>23</sup>.

Le autorità tedesche danno molto peso a quel profilo dell'*efficienza economica* che si traduce in posti di lavoro, capacità di esportazione, penetrazione in mercati stranieri, magari sottovalutando effetti negativi.

Quanto alla valutazione del mercato, si comincia a tener conto del mercato mondiale (dec. Olivetti-Triumph Adler) e nella prospettiva dinamica, non più soltanto statica (nella dec. Olivetti-Triumph Adler si disse che il 40% posseduto dopo l'acquisizione era instabile e poteva diminuire da un momento all'altro).

## 5. COMUNITÀ ECONOMICA EUROPEA.

Il modello CEE è troppo noto, perché sia necessario qui riproporne mosse e cadenze. Tuttavia una riflessione su recenti sviluppi, tendenze e problemi, può essere altamente istruttiva.

<sup>22</sup> Cfr. BKartA, *Tätigkeitsbericht*, 1985-1986, Deutscher Bundestag, 11-Wahlperiode, Drucksache 11-554.

<sup>23</sup> Cfr. MonopolKommission, 7 Hauptgutachten, 1986-1987.

## 5.1. STRUTTURA.

Il diritto antitrust sostanziale della CEE non è più racchiuso in quattro articoli del Trattato (85, 86, 90 e 92) contenenti regole con carattere di sufficiente astrattezza, più qualche norma di carattere procedurale.

Oggi siamo in una fase di completa « regolamentazione » che la Commissione sta completando, utilizzando il potere di emettere regolamenti di esenzione per categoria, ex § 3 art. 85.

L'elenco è assai nutrito:

- Reg. n. 1983/83 sugli accordi di distribuzione esclusiva;
- Reg. n. 1984/83 sugli accordi di acquisto esclusivo;
- Reg. n. 2349/84 sugli accordi di licenza di brevetto;
- Reg. n. 123/85 sugli accordi di distribuzione autoveicoli e pezzi di ricambio;
- Reg. n. 417/85 sugli accordi di specializzazione;
- Reg. n. 418/85 sugli accordi di ricerca e sviluppo;
- Reg. n. 556/89 sugli accordi di licenza di know-how;
- Reg. n. 4087/88 sugli accordi di franchising.

Sono infine da ricordare i regolamenti in tema di trasporti aerei e marittimi.

La Commissione ha sempre dichiarato che la regolamentazione per categoria era necessitata dall'esigenza di sbarazzarsi di migliaia di notificazioni singole (cosa verissima), tuttavia il vero scopo era quello di realizzare una *Marktstruktur* o per settore o per tipi di contratti (tale sviluppo si oppone a quello degli USA ove ci si astiene dallo strumento « regolamentare »).

La via delle comunicazioni, pur non abbandonata (v. ad es. quella 13 settembre 1986 sugli accordi di importanza minore; o quella del 18 dicembre 1978 sugli accordi di sub-fornitura) sembra invece in regresso e, comunque, inadeguata a reggere il paragone con le *Guidelines* del Department of Justice americano.

## 5.2. PICCOLE E MEDIE IMPRESE.

Il favore verso le piccole e medie imprese nel momento applicativo delle norme sulla concorrenza, sempre pomposamente declamato, stenta a trovare una linea sistematica precisa. Per un verso, operando sulla teoria del pregiudizio sensibile, si riconosce che le intese intervenute tra imprese al di sotto di certe soglie non producono effetti restrittivi e pertanto non violano l'art. 85 (comunicazione del 13 settembre 1986). Per altro verso si è percorsa la strada degli accordi di cooperazione, teoricamente aperti anche alle grandi imprese (in quanto l'elemento discriminante dalle intese risiederebbe nel diverso scopo della cooperazione), ma in pratica percorribile con sicurezza solo dalle medio-piccole. In sintesi, c'è ancora incertezza tra l'uno e l'altro polo, quello dell'esclusione dal divieto per la non sensibilità

dell'effetto restrittivo e quello dell'esenzione per gli effetti positivi ex art. 85, § 3.

### 5.3. GRUPPI.

La presenza di gruppi presenta due ordini di problemi: quanto alla valutazione delle intese all'interno del gruppo, all'originaria esclusione dal divieto si sta proponendo la sostituzione con una regola più flessibile che tenga conto del reale grado di autonomia tra le partecipanti e della necessità o meno della restrizione.

Quanto invece alla formazione del gruppo tramite la creazione di una o più società figlie-comuni, si sta rivalutando l'ottica cooperativa (che ne mette in risalto gli effetti positivi) rispetto a quella concentrativa, che le voleva sottoporre a criteri di valutazione diversi da quelli del § 3 dell'art. 85.

### 5.4. IMPRESE PUBBLICHE E AIUTI DEGLI STATI.

Il combinato disposto degli artt. 90 e 92-94 non lascia alcun dubbio sulla volontà dei padri del Trattato di sottoporre anche le imprese pubbliche ed i rapporti tra lo Stato e le stesse alle comuni regole sulla concorrenza. Le resistenze degli Stati all'applicazione che la Commissione nell'ultimo decennio ha cominciato a pretendere sono note (ricorso contro la direttiva sulla trasparenza, ricorso contro la dec. *British Telecommunication*, resistenze ai progetti di liberalizzazione dei trasporti aerei, ricorso contro la direttiva sui terminali di telecomunicazione del 16 maggio 1988, ecc.); eppure è difficile disconoscere che un « regime di concorrenza non falsata » (art. 3, lett. f) possa sperarsi se l'economia va a due merce o è sottoposta a due regimi: quella privata alla concorrenza, quella pubblica al protezionismo ed all'assistenzialismo (ciò poi avrebbe effetti sconvolgenti se le due si trovano sullo stesso mercato).

### 5.5. CONCENTRAZIONI.

Gli artt. 85 e 86, nonostante i lodevoli sforzi di Commissione e Corte (Continental Can, Philip Morris) si sono rivelati armi spuntate. Quest'anno dovrebbe essere quello buono per il regolamento che ha questi capisaldi (progetto del 19 maggio 1988)<sup>24</sup>:

- sottoposizione al controllo soltanto per le operazioni che coinvolgono le grandi imprese ed hanno dimensione comunitaria;
- notifica preventiva obbligatoria dei progetti di tale concentrazione;

<sup>24</sup> G.U. n. C 130 del 19 maggio 1988, 4.

— divieto delle operazioni di concentrazioni che determinano la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante; una possibilità di autorizzazione se producono effetti positivi (analogia col § 3 dell'art. 85);

— cooperazione stretta tra Commissione e autorità degli Stati membri per favorire una procedura rapida.

La situazione di incompatibilità con il mercato comune « va valutata in funzione, tra l'altro, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato e del potere economico e finanziario delle imprese interessate, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi, della struttura dei mercati in questione, della concorrenza internazionale, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, nonché dell'andamento della domanda e dell'offerta dei prodotti o servizi in questione » (art. 2.2).

Ma i giochi non sono ancora fatti, poiché gli Stati vogliono contare di più: ciò si tradurrebbe — ad avviso di molti ed anche mio — nel risorgere di ottiche « nazionali » (o nazionalistiche) a discapito della valutazione comunitaria degli effetti di una concentrazione.

## 5.6. VALUTAZIONE DEL CONTESTO ECONOMICO.

Fino a qualche anno fa era diffusa l'accusa alla Commissione di fare delle valutazioni economiche circa gli effetti sulla concorrenza di certe pratiche con insufficiente approfondimento o con strumenti di misurazione a dir poco grezzi. Tanto è vero che la Corte con questa motivazione ha annullato, totalmente o parzialmente, alcune importanti decisioni della Commissione (United Brands, Michelin, Hasselblad). Ebbene negli ultimi anni si deve registrare, con soddisfazione, una maggiore attenzione al dato economico, un approfondimento — anche critico — del criterio seguito per la misurazione o della posizione sul mercato o degli effetti sulla concorrenza (minor numero di casi, ma più solidamente motivati: Philip Morris, AKZO)<sup>25</sup>.

## 6. CONCLUSIONI SULLA PRIMA PARTE.

1. *Settori esentati*. Si va verso una progressiva riduzione dei settori esentati: ad es. le banche sono soggette alle norme comuni in Germania, Francia, Canada (sez. 33 della legge del 1986) con esclusione dell'attività strettamente connessa ai fini istituzionali.

2. *Imprese pubbliche*: non sono esentate.

<sup>25</sup> Rinvio a FRIGNANI, *L'utilisation des preuves économiques dans les litiges anti-trust*, in *Rapports nationaux italiens au XII*

*Congrès Intern. de droit Comparé* (Sydney-Melbourne 1986), Giuffrè, Milano, 1986.

3. *Controllo concentrazioni.* Storicamente è sempre intervenuto dopo un certo numero di anni (se non di decenni) di esperienza nell'applicazione dei divieti delle intese e dell'abuso di posizione dominante. I criteri adottati sono cambiati in relazione alle diverse esigenze, tempi e mercati. Insufficienza del criterio strutturale e rivalutazione di quello comportamentale. Per le conglomerate si invocano criteri più rigidi.

4. Le legislazioni attuali non sono più composte solo di poche regole astratte, ma risultano ispessite da una lunga serie di fattispecie particolari, per offrire maggiore « prevedibilità » agli operatori (USA, diverse leggi e *Guidelines*; CEE, regolamenti e comunicazioni; Germania, ingrossamento progressivo della GWB; in Francia si dice che la legge del 1986 non abroga le grandi « circolari » precedenti (Royer, Schrivener, ecc.) che devono essere tenute presenti).

5. La pretesa « neutralità » della legge antitrust è negata da tutti: in quanto miri ad una certa *struttura di mercato*, essa è strumentale alla visione economica prevalente nel momento.

6. La pretesa « neutralità » degli organi preposti alla sua messa in opera è negata da tutti: non solo le varie « Commissioni » fanno politica economica (con la discrezionalità amministrativa), ma anche le Corti la fanno (seppure tramite l'interpretazione della norma).

7. In nessun ordinamento (neppure quello francese) il sistema dei ricorsi giurisdizionali è a doppio binario, giustizia ordinaria e giustizia amministrativa.

## PARTE II: COMUNICAZIONI DI MASSA E CONCORRENZA

### 1. STATI UNITI D'AMERICA.

#### 1.1. STAMPA.

La disciplina dei newspapers è sempre stata sottoposta al regime comune delle leggi antitrust, per quanto concerne sia le restrizioni orizzontali che quelle verticali.

Il discorso si è fatto più delicato con riferimento alla ondata di concentrazioni che negli ultimi 50 anni ha subito il settore della stampa, in particolare dei quotidiani.

Per opinione generale le operazioni di mergers nel settore della stampa sono sempre state sottoposte alla sez. 7 della Clayton Act, combinata — secondo alcuni — con la sez. 2 dello Sherman Act. Ma non risulta che fino al 1981 la Federal Trade Commission sia intervenuta per controllare in via preventiva operazioni di mergers nella stampa. Mentre invece il Department of Justice ha più volte

utilizzato tale normativa per proibire delle concentrazioni già effettuate: sono noti il caso *US v. Times Mirror Corp.*, 1968, come pure il caso *US v. Citizen Publ. Co.*, 1969.

È soltanto nel 1976 con l'*Antitrust Improvement Act* che viene resa obbligatoria la notificazione preventiva delle concentrazioni nel settore dei newspapers (come in tutti gli altri settori), quando il fatturato annuale di una delle società partecipanti supera i 100.000.000 di dollari e il fatturato annuale della società (fondenda) supera i 10.000.000 di dollari.

La principale difesa in una procedura *ex sez. 7* del Clayton Act è stata da tempo quella della « failing company », allorché l'operazione di concentrazione interveniva per salvare una impresa che altrimenti sarebbe stata condannata e pertanto il risultato della operazione concentrativa sarebbe stato pro-competitivo e non anticompetitivo. La Federal Trade Commission e le Corti, pur ammettendo in linea teorica la possibilità della difesa basata sulla teoria della failing company, nel campo della stampa sono state poco propense a riconoscerne l'applicabilità, probabilmente influenzate dall'esigenza di salvaguardare il principio del Primo Emendamento sulla *freedom of press*.

Questa rigidità fu tuttavia soggetta a varie critiche finché il Congresso nel 1970 approvò il *Newspapers Preservation Act*, con il quale si conferisce una limitata esenzione dalla normativa generale antitrust per i « joint operating agreement » e cioè per quelle forme di intervento di due o più imprese titolari di edizioni giornalistiche che intervenivano per preservare, seppure gestendo in comune, qualche impresa giornalistica condannata altrimenti alla sparizione. Due condizioni minime devono essere rispettate: i) che la fusione non concerna l'*editorial* o *reportorial staff*, ii) che rimanga indipendentemente la *editorial policy*.

Come commentano giustamente Oppenheim e Shields<sup>26</sup>, tale legge « is a congressional rule of reason, which sanctions joint conduct as reasonably ancillary to the main lawful purpose of publishing a newspaper ».

L'utilizzo del Newspaper Preservation Act è stato in questi 18 anni molto ampio, il ché ha consentito sì la permanenza sul mercato di un grandissimo numero di quotidiani di diffusione nazionale, regionale o locale, ma altresì la costituzione di diversi gruppi che controllano un numero assai elevato di giornali.

La presenza di questi gruppi e la loro compatibilità con un regime di concorrenza è oggetto di un acceso dibattito<sup>27</sup>, in cui però sinora sono prevalse queste proposizioni: i) la Corte Suprema ha sempre dichiarato che la *big size* per sé non costituisce violazione, e neppure la posizione di monopolio<sup>28</sup> (dunque la mera esistenza dei gruppi non è

<sup>26</sup> OPPENHEIM, SHIELDS, *Newspapers and Antitrust Laws*, Michie Co., Charlottesville, 1981.

<sup>27</sup> Vedilo riassunto in OPPENHEIM, SHIELDS, *op. cit.*, 223. Critico è BARNETT, *Regulating Newspapers: Novel Problems for*

*Justice*, in *Legal Times of Washington*, 1° settembre 1980.

<sup>28</sup> Dal caso *US v. United States Steel Corp.*, 251 U.S. 417 (1920) al caso *US v. United Shoe Machinery Corp.* 340 US 521 (1954).



illecita); ii) per determinare se una fusione nella stampa è contraria alla sez. 7 Clayton Act si richiede un'analisi di *rule of reason*; iii) hanno poco senso limiti quanto al numero di giornali posseduti o al numero di copie vendute (anzi tali limiti potrebbero essere contrari alla libertà di espressione)<sup>29</sup>, si deve guardare invece alla posizione sul mercato locale.

## 1.2. RADIO E TELEVISIONE (BROADCASTING).

Le trasmissioni radio e, successivamente, televisive sono state da sempre sottoposte ad una autorizzazione e controllo amministrativo (*regulated industry*), che veniva in buona sostanza giustificato con il fatto che le onde sono limitate e pertanto questo campo è un bene pubblico, con la conseguenza che spetta allo Stato deciderne l'utilizzo e le modalità di utilizzo da parte dei privati.

La disciplina fondamentale è ancor oggi contenuta nel *Communication Act* del 1934, che affida alla Federal Communication Commission degli ampi poteri, basati sul fatto che per operare in questo settore è necessaria una preventiva autorizzazione o licenza.

I poteri della FCC sono molto pregnanti sia nella fase preventiva che in quella di controllo, benché faccia la massima attenzione a non giungere mai ad un controllo sul contenuto delle trasmissioni radio televisive: il principio della *non-censorship* è fondamentale negli USA: v. il caso *FCC v. Pacific Foundation* del 1978<sup>30</sup>.

Quanto ai presupposti la FCC non solo esamina le capacità tecniche di colui che vuole installare una stazione radioemittente, ma questi deve altresì provare le esigenze del pubblico in quel determinato territorio o in quel determinato mercato e che la sua trasmissione avrà dunque un benefico influsso per il pubblico in generale.

Nella autorizzazione la FCC fissa i giorni, le ore, la potenza, l'area, la frequenza, la lunghezza d'onda ecc... e avrà i poteri di controllare l'esatta corrispondenza dell'esercizio dell'impresa al contenuto dell'autorizzazione.

Quanto alla durata, di solito per una stazione radio la FCC consente una licenza fino a 7 anni, per una stazione televisiva fino a 5, per emittenti che siano nello stesso tempo radio e tv fino a 3. Tutte queste licenze sono rinnovabili e in realtà sono rinnovate salvo che ci sia la violazione di uno degli obblighi imposti nell'autorizzazione oppure una violazione di legge<sup>31</sup>.

La FCC ha sempre adottato regole interne molto severe per quanto concerne la proprietà delle emittenti:

<sup>29</sup> È questa l'opinione espressa nel 1979 dall'allora capo dell'*Antitrust Division* del Department of Justice, Shenefield, in *Ownership Concentration in Newspapers*, in 65 *A.B.A.J.*, 1979, 1335.

<sup>30</sup> Naturalmente ciò non ha nulla a che

vedere con la proibizione delle trasmissioni che costituiscono *obscenity* o violano altre norme penali.

<sup>31</sup> Cfr. PEMBER D., *Mass Media Law*, 3<sup>a</sup> ed., Duberque, Iowa, 1984; FRANKLIN, *Mass Media Law*, 3<sup>a</sup> ed., 1987.

a) Fino al 1984 vigeva la *seven-seven-seven rule*, in base alla quale un'unica impresa non poteva possedere più di 7 stazioni AM, più di 7 stazioni a modulazione di frequenza (FM), più di 7 stazioni televisive (di cui però solo 5 ad alta frequenza VHF).

b) Fino alla stessa data con riferimento allo stesso bacino di utenza (*single market*) vigeva la *one-to-a customer rule* e cioè non più di una combinazione AM-FM-TV per una singola impresa.

Il Presidente della FCC Fowler ha proposto a partire dal 1982 l'abbandono delle due regole suddette ed ha proceduto ad una progressiva *deregulation*.

In primo luogo alla fine del 1982 ha eliminato la *trafficking rule*, per la quale una licenza di trasmissione non poteva essere venduta prima dei tre anni (giustificandola con la necessità di non impedire l'entrata di nuovi capitali sul mercato, né di obbligare una persona a rimanervi anche se non lo desidera più).

In secondo luogo ha tolto di mezzo la regola delle « Top-50 », in base alla quale chi voleva acquistare la quarta stazione TV nei 50 mercati TV più ampi doveva dimostrare che i benefici dell'acquisizione avrebbero superato gli svantaggi derivanti dall'aumento della concentrazione (delle fonti di comunicazione per il pubblico).

Quanto alla regola « 7-7-7 », nel luglio 1984 la FCC aveva emesso una decisione che prevedeva una fase intermedia di 5 anni (nella quale era ammessa la regola del « 12+12+12 », per giungere poi ad una completa libertà (salvo un suo controllo per prevenire una concentrazione troppo spinta). Il Congresso reagì male e nel 1985 la FCC ritornò sui suoi passi: è proibito ad ogni impresa televisiva di raggiungere più del 25% degli spettatori della nazione; si possono possedere fino ad un massimo di 14 stazioni emittenti e, per gli enti controllati da gruppi con partecipazione di minoranza, non si può raggiungere una audience di più del 30% (si è cioè passati dalla fissazione di un numero massimo di emittenti, che non ha senso nello sviluppo odierno dell'industria radio-televisiva, ad un approccio in termini di quota di audience).

Infine nell'aprile del 1984 ha abolito la regola della « concentrazione del controllo regionale », che impediva l'acquisizione di imprese emittenti, che risultassero nella proprietà comune di tre stazioni, dove due fossero nell'ambito di 100 miglia dalla terza, ed una qualsiasi delle tre avesse un raggio di azione che si sovrapponeva con l'altra<sup>31-bis</sup>.

<sup>31-bis</sup> KRASHOW, BOTEIN, *Deregulation of Broadcasting in the United States: Quo Vadimus*, in *Media Law and Practice*, 1986, 56.

### 1.3. PROBLEMA DELLE CONGLOMERALI.

Nel 1975 la FCC si pone il problema della proprietà di imprese emittenti da parte di imprese giornalistiche nella stessa città, decidendo che per il futuro avrebbe impedito tale combinazione. Siccome però emanò l'ordine di *diverstitute* solo nei casi (16 per la precisione) nei quali nella stessa area esistevano un'unico giornale ed un'unica stazione di proprietà della stessa impresa, si finì davanti alla Supreme Court, che nel 1978 approvò la decisione della FCC, accogliendo le argomentazioni della stessa, in base alle quali estendere l'ordine di scorporo a tutte le conglomerati esistenti: a) avrebbe provocato un disastro all'industria del settore; b) avrebbe impedito a meritevoli proprietari di stazioni emittenti di continuare un servizio al pubblico; c) avrebbe dato luogo ad un incremento nella crescita di catene di emittenti<sup>32</sup>.

Allo scopo di attaccare le conglomerati giganti nel 1979 il sen. Kennedy presentò un progetto che avrebbe impedito la fusione a società con un fatturato annuale superiore ai \$ 2,5 miliardi e l'avrebbe consentita a quelle che avevano un fatturato inferiore ai \$ 350 milioni, solo se fossero riusciti a convincere il governo che tale fusione avrebbe accresciuto la concorrenza o prodotto benefici per i consumatori. Ma il progetto cadde.

### 1.4. IL PRINCIPIO DELLA FAIRNESS DOCTRINE ED IL SUO ABBANDONO.

Nella sua dec. del 4 agosto 1987 la FCC ha detto che in futuro non richiederà più il mantenimento delle prescrizioni principali della *fairness doctrine*, in base alla quale le emittenti erano finora obbligate ad includere nei loro programmi i temi controversi di pubblico interesse ed a presentarli in modo equilibrato.

Le reazioni accese (pro e contro) in tutti gli ambienti non si sono fatte attendere (chi accusava la FCC di aver tolto anche questo ultimo baluardo di serietà ed invece chi l'approvava confidando sulle forze del mercato, e la reazione degli ascoltatori); fu subito presentato un progetto per reintrodurlo legislativamente, ma esso incontrò il veto del Presidente<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> FCC v. National Citizens Committee for Broadcasting, 1978.

<sup>33</sup> Cfr. LE DUC R., *Beyond Broad-*

*casting: Patterns in Policy and Law*, White Plains, N.Y., Logman, 1987.

## 2. GRAN BRETAGNA.

### 2.1. STAMPA.

Il settore della stampa è sempre stato sottoposto alle regole generali sulla concorrenza<sup>34</sup>.

Il problema delle concentrazioni fu affrontato per la prima volta nel Monopolies and Mergers Act del 1965, e le relative norme furono poi riprese nel Fair Trading Act del 1973.

In base alla sez. 58, § 1 tutte le fusioni nel settore della stampa, alle quali partecipino *editori*, con quotidiani che tirano giornalmente più di 500.000 esemplari, devono essere autorizzate preventivamente dal Ministro, previo parere — obbligatorio ma non vincolante — della Monopoly Commission.

Il Ministro può decidere da solo (senza richiedere il parere) nel caso di una comprovata fusione di *risanamento* (quando il giornale fondendo non si sarebbe più retto in piedi da solo), oppure quando il giornale fondendo tira meno di 25.000 copie (sez. 58, §§ 2, 3, 4).

La Monopoly Commission deve dire « whether the transfer in question may be expected to operate against the *public interest* taking into account all matters which appear in the circumstances to be relevant and, in particular, the need for accurate presentation of news and free expression of opinion ».

Si chiede dunque la Commissione di fare una previsione precisa degli effetti della fusione (in particolare non dovrà guardare solo alla posizione dominante — come in Germania — ma a *tutte le circostanze*, tenendo presente due obiettivi: presentazione accurata delle notizie e libera espressione delle opinioni).

Va però ricordato il clamore suscitato dall'acquisizione del Times da parte del gruppo Thompson Newspaper Ltd. La MMC, nell'approvarla nel 1966, pretese garanzie dell'acquirente circa l'indipendenza del giornale, l'integrità del corpo redazionale e l'astensione da controlli che non fossero puramente economici.

### 2.2. BROADCASTING.

Il settore radiotelevisivo è regolato dal Broadcasting Act del 1981 e dal Cable and Broadcasting Act del 1984.

<sup>34</sup> Ecco alcuni casi recenti di cui si è occupato l'OFT:

— 1983 caso *Scottish and Universal Newspapers Ltd* (è una ipotesi di predatory pricing per tener lontano un concorrente);

— 1983 caso *Essex County Newspapers* (obbligo di non discriminare nell'accettare gli annunci pubblicitari);

— 1982 caso *Shieffield Newspapers Ltd*: eliminate restrizioni per la libertà dei dettaglianti di immagazzinare e distribuire altri giornali;

— 1985 caso *Holmes Mac Dougall Ltd*: il rifiuto di un editore di accettare certi annunci pubblicitari sui suoi periodici è illecito (rapporto OFT 29 aprile 1987).

È richiesta una preventiva licenza del Min. Interni (sec. 3 Broadcasting Act del 1981), che è stata accordata finora a due società, BBC e IBA, enti di diritto pubblico, col compito di esercitare il « servizio pubblico per informare, istruire, divertire » (sec. 2 Broadcasting Act).

Per quanto concerne le trasmissioni via cavo sono state concesse licenze a diverse società private.

Esistono imprese private produttrici di programmi, sia a livello nazionale che locale, ma la trasmissione può avvenire solo tramite gli enti che esercitano il servizio pubblico.

Se lo stabilimento è condizionato ad autorizzazione amministrativa, il comportamento (anche degli enti radio-televisivi di detto pubblico) soggiace alle regole comuni sulla concorrenza. Si veda il rapporto del settembre 1985 della MMC, ove si concludeva che le pratiche di BBC e ITP di limitare la pubblicazione da parte di terzi di informazioni in anticipo sui programmi sono anticoncorrenziali.

Si veda altresì il caso *Thames Television* del 1984 ove l'OFT sottopose ad esame la clausola delle agevolazioni proporzionali alla quota delle spese di pubblicità televisiva di ciascun inserzionista.

### 3. FRANCIA.

Nel settore stampa e comunicazioni audiovisive la Francia ha conosciuto di recente due stagioni, quella socialista e quella liberale.

#### 3.1. STAMPA.

In Francia la disciplina della stampa di informazione è stata, fino al 1986, assicurata dalla legge n. 84/937 del 23 ottobre 1984 che mirava a limitare la concentrazione e ad assicurare la trasparenza finanziaria ed il pluralismo delle imprese di stampa.

La legge era basata su tre punti principali: un tetto massimo alla proprietà di quotidiani, la creazione di un comitato di redazione permanente (presso ogni quotidiano), l'obbligo di notificazione preventiva di ogni operazione di concentrazione.

Quanto al primo punto si stabiliva che un soggetto poteva possedere o controllare diversi quotidiani nazionali di informazione politica e generale solo se il totale della loro diffusione non superava il 15% della diffusione di tutti i quotidiani nazionali della stessa natura (art. 10). Si stabiliva poi che un soggetto poteva possedere o controllare più quotidiani regionali, dipartimentali o locali di informazione politica e generale se il totale della loro diffusione non eccedeva il 15% della diffusione di tutti i quotidiani regionali, dipartimenti o locali della stessa natura (art. 11). Infine si riconosceva che un soggetto poteva possedere più giornali regionali, dipartimentali o locali e uno o più giornali nazionali se la diffusione di questi quotidiani non eccede-

deva il 10% della diffusione nazionale se si trattava di quotidiani nazionali e il 10% della diffusione regionale o locale se si trattava di giornali di quest'ultima categoria (art. 12).

La legge richiamava le seguenti osservazioni:

a) In primo luogo le disposizioni relative alla concentrazione riguardavano soltanto i quotidiani di informazione politica e generale.

b) In secondo luogo la legge riguardava soltanto le operazioni di acquisto o di presa di controllo. Infatti il superamento delle soglie fissate agli artt. 10, 11, 12 non era condannato se si trattava della creazione di quotidiani nuovi oppure di effetti derivanti dallo sviluppo della diffusione. Ciò che era proibito era l'accrescimento del grado di concentrazione attraverso la *croissance externe*, mentre invece la *croissance interne* era considerata un elemento pro-competitivo.

c) La norma sull'obbligo preventivo di notificare le concentrazioni serviva appunto alla Commissione sulla trasparenza ed il pluralismo della stampa per potere controllare quand'era che le soglie vietate erano raggiunte.

d) Veniva fatto comunemente osservare dagli studiosi in modo critico che la legge del 1984 era più severa rispetto alla legge del 1977, in quanto non ammetteva in nessun caso una valutazione comparativa dei benefici al progresso economico sociale o di carattere finanziario per le imprese giornalistiche comparati con gli svantaggi che ciò potesse comportare alla concorrenza<sup>35</sup>.

Con la legge n. 86-897 del 1° agosto 1986 veniva abrogata la legge del 1984, veniva soppressa la Commissione per la trasparenza ed il pluralismo della stampa (riaprendo lo spazio alla giustizia ordinaria), alleggeriti gli obblighi di trasparenza e le norme anticoncentrazione. Dichiarate incostituzionali le norme su quest'ultimo punto<sup>36</sup> la legge n. 86-1210 del 27 novembre 1986, vi provvedeva dichiarando vietata la « presa di controllo » che comportasse una quota eccedente il 30% della diffusione sul territorio nazionale delle pubblicazioni quotidiane (art. 11).

### 3.2. RADIO E TELEVISIONE.

Tutto il settore si trova oggi disciplinato dalla legge n. 86/1067 del 30 settembre 1986 relativo alla libertà di comunicazione. L'art. 1 di tale legge stabilisce che lo stabilimento e l'uso delle installazioni di telecomunicazioni, lo sfruttamento e l'utilizzazione di servizi di teleco-

<sup>35</sup> Cfr. MASCLÉ, *La loi sur les entreprises des presse*, in *AJDA*, 20 dicembre 1984, 644.

<sup>36</sup> Conseil Const. sent. n. 86-210 DC del 29 luglio 1986.

municazioni sono liberi. Tale libertà può essere limitata, nel rispetto del principio di uguaglianza di trattamento, solo a causa dei bisogni della difesa nazionale, per esigenze di servizio pubblico, salvaguardia dell'ordine pubblico, della libertà e della proprietà altrui, nonché dell'espressione pluralista delle correnti di opinione.

La declamazione della libertà di radiodiffusione, proclamata dall'art. 1, viene poi annacquata in una serie di disposizioni della legge che conferiscono alla Commissione Nazionale della Comunicazione e delle Libertà una serie di poteri molto incisivi. In particolare l'art. 25 demanda alla Commissione di stabilire le caratteristiche dei segnali emessi, il luogo di emissione, i limiti di potenza irradiante, mentre altri articoli consentono alla stessa di porre tutta una serie di condizioni e di limitazioni all'esercizio del diritto affermato all'art. 1.

Prima della legge del 1982 era stato abolito il monopolio dello Stato, sostituito con un sistema di autorizzazione: essa venne concessa a tre emittenti pubbliche, che coprivano tutto il territorio, svolgendo il « servizio pubblico delle trasmissioni televisive ».

La prima autorizzazione ad una emittente televisiva privata fu concessa nel 1984 (*pay-TV*); seguita poi da La Cinq nel 1985.

La legge del 1986 riordinò il sistema, proclamando solennemente il principio della libertà, sottoponendo l'esercizio delle imprese di telecomunicazione ad un regime di autorizzazione (dove possano venire stabiliti vari oneri e condizioni in vista dell'interesse pubblico): in sostanza, si è posto in essere un sistema dualistico pubblico-privato<sup>37</sup>, aumentando il grado di concorrenza fra i due settori e delle emittenti private fra di loro<sup>38</sup>.

Le norme anticoncentrazione venivano ritenute inadeguate dal Conseil Constitutionnel<sup>39</sup> a tutelare il pluralismo dei mezzi di informazione ed il legislatore vi provvedeva con la legge n. 86-1210 del 27 novembre 1986, introducendo un regime assai complicato, che un autore cerca di schematizzare nel modo seguente:

a) *Partecipazione massima di uno stesso soggetto al capitale di una stessa società:*

- televisione nazionale: non più del 25% del capitale;
- televisione regionale: non più del 50% del capitale, se la rete serve più di 200.000 abitanti (sotto tale limite non c'è alcun limite). In compenso, al di sopra dei 6.000.000 di abitanti (come nel caso della regione parigina), la rete è assimilata ad una rete nazionale;
- televisione via satellite: non più del 50% del capitale;

<sup>37</sup> Cfr. REGOURD S., *La dualité public-privé et le droit de la communication audiovisuelle*, in *Rev. dr. admin.*, 1987, 350.

<sup>38</sup> Cfr. BOUTARD-LABARDE, *Les règles de*

*concurrence dans le droit de la communication audiovisuelle*, in *Rev. dr. admin.*, 1987, 398.

<sup>39</sup> Sent. n. 86-217 DC del 18 settembre 1986.

— stampa: nessun limite.

b) *Limitazione delle posizioni dominanti in uno solo dei media:*

— televisione nazionale: una società non può essere titolare che di una sola autorizzazione alla diffusione. Tuttavia, uno stesso gruppo può possedere partecipazioni in tre reti differenti: al massimo il 25% nella prima, il 15% nella seconda, il 5% nella terza;

— televisione regionale: impossibilità di ottenere autorizzazioni all'emissione per una utenza di più di sei milioni di spettatori;

— televisione nazionale e regionale: divieto di cumulo;

— televisione via satellite: una società non può essere titolare che di due autorizzazioni. Tuttavia, un gruppo può possedere partecipazioni in tre reti diverse: al massimo il 50% nella prima, il 33% nella seconda, il 5% nella terza;

— radio: è consentito il cumulo di una rete nazionale e di più radio locali, se queste non servono più di quindici milioni di utenti;

— reti-cavo: divieto di cumulo di autorizzazioni oltre gli otto milioni di utenti.

c) *Gruppi multimediali: televisione via etere, radio, reti-cavo, stampa.*

A livello nazionale, uno stesso gruppo può essere presente nei quattro *media*. Ma non può oltrepassare le soglie indicate qui sotto che in due dei quattro seguenti casi:

— per la televisione via etere, la soglia è fissata a quattro milioni di utenti;

— radio: trenta milioni di abitanti;

— reti-cavo: sei milioni di abitanti;

— stampa: essere editore di più di 20% della diffusione totale di quotidiani di informazione politica e generale. È tuttavia previsto un termine massimo di sei mesi per la regolarizzazione delle situazioni esistenti.

— A livello regionale e locale, la scelta è più ridotta. In ogni zona, ciascun gruppo deve scegliere fra due delle seguenti quattro possibilità:

— la televisione via etere;

— la radio, se cumulando le autorizzazioni si raggiunge una *audience* potenziale nella zona che superi il 10% della *audience* potenziale complessivamente disponibile per tutte le altre radio nella stessa zona;

— una rete-cavo;

— uno o più quotidiani<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> La sintesi è di ROUX A., *La libertà di comunicazione in Francia*, in *Pol. dir.*, 1987, 383.



### 3.3. L'APPLICAZIONE DELLE REGOLE COMUNI DELLA CONCORRENZA.

Il problema della sottoposizione dei due settori alle comuni regole in tema di concorrenza è risolto in senso positivo.

Per quanto concerne la stampa il parere della Commissione della concorrenza del 2 ottobre 1986 (concernente la stampa regionale)<sup>41</sup> dice esplicitamente che nessuna norma della legge del 1984 esclude le imprese della stampa dall'applicazione delle regole sulla concorrenza<sup>42</sup>.

Per quanto concerne la radiotelevisione si dovrebbe poter applicare lo stesso ragionamento; la conclusione è avvalorata anche da un riferimento testuale nell'art. 60.VIII della legge n. 85-1067<sup>43</sup>.

## 4. GERMANIA.

### 4.1. STAMPA.

In Germania la libertà di stampa e di emittenza è garantita espressamente dall'art. 5 della Costituzione: « Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äussern und zu verbreiten... ».

Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet ».

a) Fino al 1973 le opinioni circa la possibilità di controllare le concentrazioni nella stampa attraverso il GWB (§ 22) erano divise<sup>44</sup>, anche se col tempo sembrava registrarsi una leggera prevalenza dei sì: il § 22 serve a perseguire la libertà di concorrenza, che è lo scopo della GWB (BGH 1976 Sportartikelmesse II) ed è altresì lo strumento per garantire la libertà di stampa<sup>45</sup>.

b) Con le riforme del 1973 e — soprattutto — 1976 i dubbi sono definitivamente cessati.

Il § 23.1.7 sottopone all'obbligo di preventiva comunicazione al BKartA le fusioni nel settore della stampa, quando le imprese partecipanti hanno un fatturato annuale superiore ai 25 milioni di DM (che corrisponde ad una vendita di circa 70/80.000 copie di quotidiani). In questo modo si sono volute abbracciare anche le concentrazioni aventi per protagonisti piccole imprese.

Se si tratta di imprese di pura vendita di giornali o periodici, il limite è portato a 34 milioni di DM.

<sup>41</sup> In B.O.C.C. del 19 febbraio 1987.

<sup>42</sup> Favorevoli MOUSSERON, SELINSKY, *op. cit.*, 157.

<sup>43</sup> Cfr. BOUTARD, LABARDE, *op. loc. cit.*

<sup>44</sup> Favorevole era ad es. P. ULMER.

<sup>45</sup> MOESCHEL, *Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz*, Tuebingen, 1978, 160.

La soglia invece si alza (fino al tetto di 500 milioni di DM che è la regola generale) quando alla fusione partecipano imprese attive in altri settori<sup>46</sup>.

Quanto al potere di vietare le fusioni i criteri da tenere in considerazione sono quelli comuni della GWB. Negli ultimi anni i dinieghi di autorizzazione sono stati diversi (ad es. nel 1986 il BGH ha confermato il divieto di fusione tra *Süddeutsche Zeitung* e *Donau Kurier*; mentre nel 1987 il BGH ha confermato il divieto di fusione tra *Gruener e Jahr* (Gruppo Bertelsmann) e *Zeitverlag*, che avrebbe posto in essere un oligopolio dominante nel mercato dei settimanali politici.

#### 4.2. RADIOTELEVISIONE.

Per esaminare il trattamento della Radio TV alla luce delle norme sulla concorrenza, bisogna tener presente la giurisprudenza costituzionale.

Nel 1961 il Bundesverfassungsgericht<sup>47</sup> disse che la differenza tra il settore della stampa e quello delle radiodiffusioni era che nella prima esiste un grosso numero di indipendenti, che rappresentano diversi colori e tendenze politiche in concorrenza, mentre nella radiodiffusione per motivi tecnici e per gli enormi costi il numero delle emittenti è destinato a rimanere piccolo. Questa particolare situazione richiede misure particolari per la realizzazione ed il mantenimento della libertà di radiodiffusione garantita dall'art. 5. Come forma organizzativa corrispondente il B VerfG indicò l'allora esistente ente di diritto pubblico, che rappresentava i più significativi gruppi politici, di opinione e sociali (dopo aver riconosciuto che la Costituzione non riservava necessariamente allo Stato la radiodiffusione).

Nel 1971 la Corte osservò che con lo sviluppo della tecnica televisiva, si aveva un potente strumento di comunicazione di massa, col pericolo di abuso allo scopo di esercitare un influsso di parte sull'opinione pubblica, donde la necessità di un controllo per garantire la peculiarità, e l'impossibilità di lasciarlo al libero gioco delle varie forze<sup>48</sup>.

Nel 1981 fu data risposta alla questione se un legislatore statale (un Land) poteva autorizzare e regolamentare un programma di un'emittente privata: nel dare risposta affermativa e nel riprendere le conclusioni del 1961 e 1971, il BVerfG riaffermò la necessità di leggi per garantire la libertà di radiodiffusione ed un controllo del governo che sulle emittenti private, per garantire tale obiettivo; la legge deve stabilire le condizioni per la concessione e il rifiuto dell'autorizza-

<sup>46</sup> Cfr. MOESCHEL, *op. cit.*, 166; ME-STMAECKER, in IMMENGA, MESTMACKER, *GW B-Kommentar*, 1981, 783.

<sup>47</sup> Sent. 28 febbraio 1961 in BVerfG/E, 12, 205.

<sup>48</sup> Sent. 27 luglio 1971 in BVerfG/E, 57, 295.

zione alle radiodiffusioni e, dove le possibilità tecniche di comunicazione non permettono a tutti i potenziali concorrenti di essere presenti, stabilire i criteri di selezionare fra gli stessi<sup>49</sup>.

Nel novembre del 1986 il BVerfG decise che spetta agli enti pubblici di radiodiffusione assicurare il servizio di base essenziale di radiodiffusione, perché essi soli sono in grado di raggiungere l'intera popolazione della nazione e di offrire un programma completo<sup>50</sup>.

Per questo compito istituzionale è ammesso non applicare alla radio-TV pubblica gli stessi elevati livelli di standard riferentisi all'ambito dei programmi ed alla protezione della diversità di opinioni, che si applica alle emittenti private.

### 4.3. CONGLOMERALI.

Un tempo il problema si poneva soprattutto per gli editori di giornali, che editavano anche altra stampa oppure libri o dischi, oppure che avevano interessi in altri settori industriali e si rispondeva che erano sottoposti anch'essi alle comuni regole del GWB sul controllo delle concentrazioni; ciò che differiva erano i criteri di calcolo per stabilire la soglia minima<sup>51</sup>.

Con le nuove tecniche e nuovi mezzi di radiodiffusione e l'abbassamento degli investimenti necessari a far funzionare un'emittente, il pericolo è che posizioni dominanti esistenti nel settore della stampa possano estendersi e diventare posizioni dominanti anche nel settore delle radioemissioni.

Non solo si è negata una specie di preferenza agli editori della stampa ad entrare nel mercato delle radioemissioni, ma taluno ne ha messo in luce i pericoli per la indipendenza di questa: una TV condotta da sola dagli editori di giornali sarebbe inconciliabile con le finalità di una radiodiffusione autonoma economicamente indipendente, e con una stampa autonoma economicamente indipendente<sup>52</sup>. Dall'altra parte si è risposto che una tale limitazione all'entrata sarebbe contraria alla Costituzione.

La legge sui « media » di Amburgo (3 dicembre 1985) prevede limitazioni per le emittenti di programmi regionali che abbiano già una posizione dominante nel mercato della stampa: esse non possono da sole possedere un'emittente e non possono nella stessa detenere più del 25% dei diritti di voto<sup>52-bis</sup>.

<sup>49</sup> Sent. ... in BVerfG/E, 57, 295.

<sup>50</sup> Sent. ... in BVerfG/E, 73, 118.

<sup>51</sup> Cfr. IMMENGA, MESTMAECKER, *GW/B-Kommentar*, 948; concorda anche MÖESCHEL, *op. loc. cit.*

<sup>52</sup> MESTMAECKER, *op. loc. cit.* è contrario a questa partecipazione se conduce al controllo del mercato.

<sup>52-bis</sup> V. la sintesi della Von WALLEMBERG, *Private Broadcasting in Germany-legal Foundations and Practice*, in *Media Law & Practice*, 1987, 86; HARTWIG M., *L'ordinamento radiotelevisivo e gli interventi della giurisprudenza costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Pol. dir.*, 1987, 421.

#### 4.4. PARITÀ DI TRATTAMENTO FRA EMITTENTI PUBBLICHE E PRIVATE.

Si incrocia qui il discorso sulla parità di trattamento delle emittenti pubbliche e private: per un verso si è detto che se le funzioni sono diverse (il perseguimento di un interesse generale per le prime), allora si giustifica che alle emittenti di diritto pubblico siano conferite posizioni privilegiate; per altro verso si sottolinea la necessità che, di fronte alle norme sulla concorrenza, emittenti pubbliche e private siano poste su un piede di uguaglianza, per dedurne — abbastanza sorprendentemente — che chi ha bisogno di maggior tutela sarebbe l'emittenza pubblica, in situazione di inferiorità rispetto alla privata, a causa di troppi vincoli ed oneri derivanti dallo svolgimento delle sue funzioni di pubblico interesse<sup>53</sup>.

Ricordo che nel 1987 il BKartA ha dichiarato illegittimo l'accordo, c.d. globale, tra gli enti pubblici radio-televisivi ARD e ZDF e le Deutsche Sportbund per la trasmissione sportiva di gare. Tale esclusiva infatti impedisce l'accesso delle televisioni private a questo mercato<sup>54</sup>.

#### 4.5. TENDENZE MONOPOLISTICHE NEL SETTORE DEI MEDIA.

Il tema è stato affrontato (e non per la prima volta) dalla MonopolKommission nel suo Sesto *Hauptgutachten* del 1984/85, il cui cap. V è interamente dedicato ai « media ». La MK trae le seguenti conclusioni: il numero delle imprese editrici di giornali non è complessivamente cambiato dal 1975 al 1985, anzi essi hanno aumentato il numero complessivo di copie; si può prevedere una certa stabilità senza una grossa tendenza ad ulteriori concentrazioni. Nel settore della radio-televisione la concorrenza tra pubblico e privato c'è solo nel mercato della *pubblicità* e non invece in quello dell'*offerta di programmi*. In questo settore non esiste un « mercato » (concorrenziale) in senso proprio (*Leistungswettbewerb*), perché la domanda è rigida e non influente sull'offerta (fa eccezione la Pay-Tv, che però è poco sviluppata).

Il governo, nella sua risoluzione sul Sesto *Hauptgutachten* (maggio 1987) ha indicato queste direttrici (politiche): gli editori (privati) del settore stampa se entrano nella radio-tele-diffusione possono migliorarne la concorrenza; essi non devono esserne preventivamente esclusi; il sistema misto pubblico privato può avere effetti positivi.

<sup>53</sup> V. il dibattito di ULLRICH, *Funktionsbindung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und der Kontrollanspruch des Kartellrecht*, in HOFFMANN-RIEM (a cura di),

*Rundfunk im Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, 1988 (in corso di pubblicazione).

<sup>54</sup> Dec. 27 agosto 1987 in WuW/E, 1987.

Nel Settimo Hauptgutachten, presentato nell'estate 1988, la MK, dopo aver approvato la prassi del BKartA di applicare le norme comuni della GWB sul divieto di acquisire o accrescere una posizione dominante che ostacoli la concorrenza, mostra qualche preoccupazione sulle concentrazioni tra stampa e radio-televisione, contrariamente al BKartA che ritiene i due mercati separati, ed evidenzia in tali accordi l'aumento della capacità concorrenziali delle radio-Tv private.

Quanto al settore radio-televisivo, la MK prende atto con preoccupazione che le ultime sentenze della Corte costituzione (BVerfG) sanciscono una posizione di privilegio delle imprese pubbliche su quelle private (legittimando l'espansione per le prime e la riduzione di spazio per le seconde, aggiungendo così dei vincoli giuridici a quelli tecnici, con cui queste devono far i conti); si schiera contro la tesi della separazione della valutazione concorrenziale secondo che ci si ponga sul piano economico o su quello dell'informazione (dicendo che la « *wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eine notwendige Voraussetzung erfolgreicher publicizistischer Tätigkeit ist* ») e chiede venga impedita una ulteriore espansione del settore pubblico (p. 521 dal dattiloscritto).

## 5. COMUNITÀ ECONOMICA EUROPEA.

Chiare indicazioni nel senso della concorrenza, anche nel settore della stampa e radiotelevisione, provengono dalla CEE.

Non c'è dubbio che le imprese sia nel campo della stampa che in quello delle radiodiffusioni siano soggette alle norme sulla concorrenza.

Non molto c'è da dire sulle imprese di stampa, perché tutte private. Diverso il caso delle imprese di radiodiffusione, perché in larga misura (fino ad ora) imprese pubbliche, o destinatarie di diritti speciali o esclusivi o incaricate di servizi di interesse generale.

Dal caso BRT II (1974) al caso Sacchi (1974) al caso Telemarketing (3 ottobre 1985), la Corte di Giustizia ha pertinacemente resistito ai diversi tentativi di sottrarle alle regole di concorrenza, ed in particolare all'art. 86, posto che in ciascuno degli Stati la loro posizione era monopolistica.

In particolare nella sent. Telemarketing, che riguardava un comportamento della Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT), la Corte ha affermato per diritto:

« 1. L'art. 85 del Trattato CEE dev'essere interpretato nel senso che esso è applicabile ad un'impresa che detiene una posizione dominante su un dato mercato, anche quando tale posizione è imputabile non all'attività dell'impresa stessa, ma alla circostanza che, a causa delle disposizioni legislative o regolamentari, non vi può essere concorrenza su tale mercato o può esservi solo una concorrenza estremamente limitata.

2. Costituisce un abuso ai sensi dell'art. 86 il fatto, per un'impresa che detiene una posizione dominante su un dato mercato, di riservarsi o di riservare ad un'impresa appartenente allo stesso gruppo, e senza necessità obiettiva, un'attività ausiliare che può essere esercitata da una terza impresa nell'ambito delle attività di quest'ultima su un mercato vicino, ma distinto, col rischio di eliminare ogni concorrenza da parte di tale impresa »<sup>55</sup>.

Dal canto suo la Commissione nella procedura RAI-Unitel<sup>56</sup>, mentre ha riconosciuto all'ente radiotelevisivo pubblico il diritto di trasmissione in diretta di « manifestazioni di particolare rilievo culturale » anche in presenza di una valida esclusiva spettante a terzi, ha tenuto a ribadire che un invito rivolto da un ente radiotelevisivo pubblico alle altre compagnie radiotelevisive europee per boicottare la produzione di un'impresa indipendente (quand'anche come reazione ad un comportamento di quest'ultima ritenuto in buona fede restrittivo della concorrenza) viola l'art. 86 e l'art. 90.

Nel campo televisivo la Commissione è andata più in là, proponendosi l'obiettivo di una « televisione senza frontiere »: con il libro bianco del 14 giugno 1984<sup>57</sup> e con il progetto di direttiva del 29 aprile 1986<sup>58</sup>, essa ha inteso non solo abbassare le barriere territoriali (già peraltro superate dagli sviluppi tecnologici: si pensi alla trasmissione mediante satelliti), ma altresì spezzare i monopoli statali e rendere possibile la libertà di stabilimento per una libera prestazione dei servizi anche in questo campo.

Il *libro bianco*, seppure raccogliendo qualche critica, non destava eccessivi allarmi perché rimaneva allo stadio delle intenzioni. Quando invece la Commissione passò alla fase propositiva concreta, con la presentazione al Consiglio di una proposta di direttiva, allora le reazioni sono divenute quasi isteriche. Innanzitutto si è messo in discussione il fondamento giuridico dell'intervento della Commissione nel settore, non ritenendosi sufficiente il ricorso alle norme sulla libera prestazione dei servizi (art. 59 Trattato); osservandosi che esso urta contro competenze sovrane degli Stati, non devolute alla Comunità (quale il perseguimento dell'interesse pubblico: mancherebbe una costituzione politica, come norma quadro per un ordinamento costituzionale europeo delle comunicazioni), ma soprattutto argomentando con una serie di conseguenze negative:

a) la liberalizzazione del diritto di stabilimento comporterebbe indebiti vantaggi alle imprese private rispetto alle imprese pubbliche;

<sup>55</sup> V. il commento di UBERTAZZI, *Televisione e diritto comunitario antitrust*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, 306.

<sup>56</sup> XII Relazione sulla politica di concorrenza, 1982, n. 90.

<sup>57</sup> In *Dir. inf.*, 1985, 307, 751 e 1031; 1986, 271. Un primo commento in SCHRIKKER, *Grur int.*, 1984, 592.

<sup>58</sup> In G.U.C.E. n. C 179 del 17 luglio 1986, 4.

b) la libertà di trasmissione e di diffusione all'estero, proposta nella direttiva, costituirebbe un vantaggio per le imprese straniere<sup>59</sup>.

Mentre le osservazioni sul fondamento giuridico dell'intervento della Comunità possono avere un qualche peso (benché: i) non si possa mettere in dubbio che anche l'attività di radio-telediffusione è un « servizio » e pertanto ricade sotto le norme che regolano la prestazione dei servizi nella CEE<sup>60</sup>; ii) il progetto di direttiva all'art. 1.1 salvaguardi il rispetto delle norme pubblicitarie fissate da ciascun Stato dove l'emittente vuole stabilirsi; iii) la proposta non fa altro che anticipare — o preparare (evitando una diffusione selvaggia) — ciò che dovrà avvenire dopo il 1992), le critiche basate sui pretesi effetti negativi non riescono a nascondere il fine di una difesa arroccata del monopolio statale nelle radio-telediffusioni. In effetti basterebbe osservare:

— quando ad a), che nella direttiva nulla tocca la facoltà degli Stati di sottoporre le imprese private alla stessa disciplina delle imprese pubbliche, e che — quanto alla maggiore flessibilità di manovra delle prime sul mercato straniero — basterebbe indurre le imprese pubbliche a comportarsi con uguale dinamismo delle private;

— quanto a b), che finora la libertà di diffusione o ritrasmissione all'estero, ammessa per le imprese pubbliche, è stata in vario modo ostacolata per le imprese private<sup>61</sup>.

La realtà è che lo sviluppo delle nuove tecnologie ha già reso inesistenti le barriere politiche (le trasmissioni non possono essere fermate alla dogana!): abbiamo già menzionato i satelliti, ma sono state già superate anche le barriere linguistiche.

In secondo luogo, gli economisti hanno dimostrato che la differenza tra attività di *informazione* ed attività di *spettacolo*<sup>62</sup> non tiene, non essendo possibile dividerle in due mercati separati, né d'altra parte, essa ha fondamento giuridico dovendosi ambedue le attività ritenere ricomprese nella *Rundfunkfreiheit* o nella *freedom of expression*. Se è giusto vedere la radio-telediffusione « come fattore di cultura e contemporaneamente come fattore economico » (Hans Bredow), non è ammesso separare i due aspetti in due mercati distinti (da sottoporre eventualmente a discipline diverse).

<sup>59</sup> Queste ed altre critiche sono sintetizzate in HOFFMANN-RIEM, *Europäisierung des Rundfunk-aber ohne Kommunikationsverfassung?*, in *Rund. u. Fern.*, 1988, 5.

<sup>60</sup> E v. sul punto la Corte 26 aprile 1988, *Bond v. Adverteeders* (*Foro it.*, 1988, IV, 309, nota TIZZANO) dove si afferma: « La diffusione, attraverso operatori via cavo residenti in uno Stato membro, di programmi televisivi trasmessi da emittenti con sede in altri Stati membri e contenenti messaggi pub-

blicitari destinati specificamente al pubblico dello Stato ricevente comporta diverse prestazioni di servizi ai sensi degli artt. 59 e 60 del trattato CEE ».

<sup>61</sup> In Italia si è dovuto attendere la sent. Corte Cost. 13 maggio 1987, n. 153, in *Foro it.*, 1987, I, 1965.

<sup>62</sup> Su cui fa leva per esempio, CORASANITI G., *Informazione, comunicazione e regole antitrust*, in *Dir. inf.*, 1988, 41.

La Comunità è piuttosto giunta alla conclusione che non si fa « informazione senza spettacolo », anzi lo spettacolo è in se stesso « informazione » o, almeno, espressione di « opinione »<sup>63</sup>.

Alcune osservazioni critiche ed in particolare quelle svolte dal Parlamento europeo e dal Comitato economico sociale, hanno trovato eco nelle modifiche alla proposta di direttiva, pubblicate il 27 aprile 1988: dopo aver confermato in grandissima parte l'imposto originario, viene lasciata facoltà agli Stati membri di adattare norme più rigide per le emittenti soggette alla loro giurisdizione, viene proposta maggiore severità per la pubblicità e la sponsorizzazione; obbligo di impedire che i programmi arrechino pregiudizio all'infanzia ed alla gioventù; maggiore rispetto dei diritti d'autore e diritti connessi; il diritto di rettifica.

## 6. CONCLUSIONI SULLA SECONDA PARTE.

1. In tutti gli ordinamenti esaminati, prima è stata emanata una disciplina antitrust generale e solo successivamente quella sul controllo delle concentrazioni dei *media* (stampa e Radio-TV) (facendo qui tesoro delle esperienze maturate nella disciplina generale).

2. Ovunque il settore dei *media* è sottoposto alla legge antitrust generale; è solo per quanto concerne il controllo delle concentrazioni che talvolta si incontrano regole specifiche.

3. In nessun ordinamento è prevista la c.d. opzione zero; spesso per le concentrazioni conglomerati si incontrano soglie di ammissibilità (o di pericolo) più rigide.

4. Emerge la distinzione tra mercato locale e mercato nazionale, ma anche quest'ultimo — per taluni *media* — è già superato dalle nuove tecniche (TV satellite, traduzione istantanea, ecc.).

5. Il controllo è sempre affidato ad un organo indipendente (indipendenza perseguita con metodi diversi) le cui decisioni possono essere sottoposte al vaglio all'autorità giudiziaria.

6. Nei principali Paesi europei si trova un sistema dualistico (o misto), pubblico e privato, con prevalenza e privilegi per il primo.

7. Alcune leggi proclamano solennemente il diritto inalienabile dell'individuo a stampare e trasmettere (USA, I Emendamento; Germania § 5 GG; Francia art. 1 legge 1986).

8. Talvolta esistono (Francia) o si invocano (Germania) norme sulla pubblicità e sui finanziamenti dei *media*, ma nessuna lega il controllo delle concentrazioni ai finanziamenti pubblici.

<sup>63</sup> E vedi la legge inglese che menziona il « divertire » accanto all'« informare ed istruire »; conforme la legge svizzera (atto di concessione).