
CLAUDIO COCUZZA - DANIELA E. TERNO

LA TELEVISIONE A PAGAMENTO TRA LEGGE MACCANICO E DISCIPLINA ANTITRUST

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi sul fenomeno della televisione a pagamento. — 2. La complessa evoluzione legislativa della televisione a pagamento in Italia e nell'Unione Europea. — 3. La disciplina antitrust contenuta nella Legge Maccanico: brevi cenni. — 4. Legge Maccanico e televisione a pagamento. — 5. L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. — 6. Brevi cenni sulla nozione di mercato rilevante. — 7. Il mercato televisivo rilevante nella giurisprudenza dell'Autorità Garante. — 8. Il mercato televisivo rilevante nella giurisprudenza della Commissione UE.

1. CENNI INTRODUTTIVI SUL FENOMENO DELLA TELEVISIONE A PAGAMENTO.

Il settore radiotelevisivo è oggi protagonista di un'importante rivoluzione tecnologica.

I radicali mutamenti, che hanno interessato le tecniche di trasmissione da un lato e le modalità di fruizione dei programmi dall'altro, lasciano però il neofita disorientato: è quindi opportuno, senza tecnicismi e senza pretese di esaustività, far preliminarmente cenno ad alcuni profili di carattere squisitamente tecnico.

Le trasmissioni terrestri per via analogica si basano sull'utilizzo di impianti di diffusione in forma cosiddetta « circolare » che diffondono nell'etere¹ il segnale televisivo sotto forma di onde elettromagnetiche e necessitano di ripetitori per la propagazione del segnale stesso². In ciascuna area geografica di riferimento, vi è dunque spazio, in termini di fre-

* I paragrafi 2, 3, 6 e 8 sono opera di Claudio Cocuzza. I paragrafi 1, 4, 5 e 7 sono opera di Daniela E. Terno

¹ L'etere è lo spazio aereo nel quale si propagano le onde elettromagnetiche. Riceve sostanzialmente il medesimo trattamento dei beni demaniali e, conseguentemente, su di esso lo Stato esercita il proprio potere dispositivo e la propria sovranità. Vedi, in generale, R. ZACCARIA, *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. XV, Padova, 1996,

pag. 269 e ss.; F. CARDARELLI - V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, Roma, 1997, pag. 96 e ss. e A. Contaldo, *Televisione via satellite, problematiche giuridiche del medium transfrontaliero*, in *Democrazia e Diritto*, 1995, pag. 375 e ss.

² In merito ai mezzi di trasmissione del segnale televisivo ed ai canali distributivi delle trasmissioni si veda C. DEMATTÉ - F. PERRETTI, *L'impresa televisiva*, Milano, 1997, pag. 150.

quenze³, per un numero definito e limitato di canali di trasmissione: se tale soglia venisse superata, si genererebbero inevitabilmente fenomeni di sovrapposizione delle trasmissioni, per evitare i quali è necessario provvedere alla pianificazione ed alla rigida ripartizione delle frequenze distributive delle onde hertziane⁴. La trasmissione terrestre pone pertanto inevitabilmente problemi di scarsità e limitatezza dei canali — o meglio delle frequenze — utilizzabili: questo spiega il motivo per il quale le emittenti televisive che utilizzano tale strumento di trasmissione, devono richiedere un'apposita concessione al fine di « occupare » una certa frequenza all'interno della quale effettuare la diffusione del segnale.

Il problema della scarsità delle frequenze, che caratterizza le trasmissioni via etere, è stato in gran parte risolto con l'avvento delle trasmissioni via cavo e via satellite.

Analogamente a quanto accade per le trasmissioni via etere, anche le trasmissioni via cavo necessitano di una rete di interconnessione costituita da ripetitori, trasmettitori ed amplificatori, in quanto la capacità di penetrazione e diffusione del segnale via cavo è geograficamente limitata all'area nella quale è stata installata la rete cablata⁵. L'avvento del satellite e l'utilizzo congiunto di tale tecnica di trasmissione con il cavo, ha permesso — soprattutto in alcuni paesi quali Belgio ed Olanda⁶ — una maggiore diffusione delle programmazioni cablate. L'uso del satellite applicato al cavo consente di collegare le differenti stazioni terrestri centrali di ricezione ed emissione dei segnali e conseguentemente di ottenere con la rete cablata

³ Da un punto di vista fisico, la frequenza è più propriamente una qualità dell'onda elettromagnetica, anche se nel linguaggio comune essa viene spesso utilizzata per indicare l'onda stessa. La frequenza indica il rapporto tra la velocità di propagazione dell'onda e la lunghezza dell'onda. Dal momento che non tutte le onde elettromagnetiche possono essere utilizzate per trasmettere segnali radiotelevisivi, quando si dice che le frequenze sono per loro natura limitate, si vuole in realtà indicare che le onde elettromagnetiche utilizzabili a scopo di telecomunicazione, sono predeterminate ed infungibili, nel senso che al di fuori di uno spettro o di una gamma limitata, non vi sono altre onde caratterizzate da una certa frequenza che potranno essere usate per la trasmissione di segnali televisivi o radiofonici.

⁴ All'interno delle differenti aree geografiche di riferimento, vi sono inoltre problemi di compatibilità tra i segnali trasmessi e diffusi solo all'interno dell'area nella quale viene prodotto il segnale televisivo (emittenti televisive locali) ed i segnali che vengono trasmessi all'interno dell'area da un ripetitore ma provengono da aree differenti (emittenti televisive nazionali).

⁵ Il sistema di trasmissione di segnali televisivi via cavo è costituito da una rete di cavi in rame o in fibra ottica che collega-

no gli utenti terminali del segnale televisivo ad una stazione centrale di ricezione che provvede alla distribuzione del segnale. Il cavo è stato dapprima utilizzato negli Stati Uniti a partire già dal primo dopoguerra ed ha conosciuto un periodo di intenso sviluppo negli anni '80, quando iniziò ad essere combinato con la tecnica di trasmissione via satellite. In Europa, ed in particolare in Italia, esso ha avuto uno sviluppo poco significativo, anche in considerazione del fatto che l'utilità delle reti cablate diviene effettiva quando le aree soggette al cablaggio sono ampie e sia possibile collegare le stazioni di trasmissione dalle quali partono le reti destinate agli utilizzatori finali mediante il satellite.

⁶ In alcuni dei paesi europei di più piccole dimensioni, quali Olanda, Belgio e Svizzera sono stati registrati i più elevati tassi di cablazione. Il successo del cavo in questi territori rispetto alla scarsa diffusione delle reti cablate negli altri Stati europei di maggiori dimensioni, potrebbe essere dovuto alla presenza in questi paesi di una consistente offerta di canali cablati gratuiti trasmessi dagli stati vicini, ad una programmazione via etere nazionale di scarsa qualità e alla presenza di un pubblico multilingue. V. R. BARBERIO - C. MACCHITELLA, *L'Europa delle televisioni*, Bologna, 1989, pag. 141 e ss.

una copertura più vasta, con un ulteriore « risparmio » delle frequenze disponibili⁷.

È proprio l'utilizzo del satellite che costituisce l'innovazione tecnica più importante degli ultimi anni all'interno del settore. Le frequenze utilizzate nella trasmissione via satellite sono infatti tecnicamente ricomprese in una banda di ampiezza estremamente estesa, all'interno della quale può essere contenuto un numero di canali televisivi decisamente superiore rispetto a quello delle frequenze terrestri, con ciò determinandosi una « disponibilità » di canali di trasmissione estremamente elevata.

I satelliti utilizzati per le trasmissioni televisive possono essere di due differenti tipi: di « distribuzione » e di « diffusione ». I primi trasmettono il segnale ad una stazione terrestre che provvede poi a ritrasmetterlo ad altre stazioni dislocate all'interno di un certo bacino di utenza (la tecnica di ritrasmissione potrà essere tanto il cavo quanto l'etere) fino a raggiungere le abitazioni degli spettatori⁸; i satelliti di diffusione trasmettono invece il segnale in modo tale che questo venga captato direttamente dal singolo utente — pertanto senza l'ausilio di stazioni di ritrasmissione terrestri o cablate — semplicemente mediante utilizzo delle antenne cosiddette paraboliche. Dal momento che per effettuare le trasmissioni via satellite si utilizzano alte frequenze, e la tecnologia incorporata ai televisori moderni non è ancora adeguata a ricevere segnali siffatti, la sola antenna parabolica non è sufficiente a ricevere l'immagine; unitamente a quest'ultima è necessario utilizzare un apparecchio ricevitore (o sintonizzatore) che « decodifichi » il segnale inviato dal satellite rendendolo — per così dire — leggibile⁹.

I risultati tecnologici conseguiti negli ultimi anni non riguardano solo le tecniche di trasmissione, ma anche la qualità del segnale stesso. Alle trasmissioni effettuate in via analogica¹⁰ si è infatti aggiunta la trasmissione digitale, basata sul principio matematico della corrispondenza biunivoca tra la grandezza originaria di partenza (l'immagine così come essa è al mo-

⁷ C. GESSA - G. VOTANO, *La nuova disciplina della tv via cavo: normativa italiana ed esperienza francese*, in questa *Rivista*, 1991, pag. 703 e ss. Gli Autori evidenziano come la « sinergia » tra cavo e satellite costituisca una sorta di scelta obbligata e sottolineano la stretta connessione che intercorre tra il destino delle reti cablate e la risoluzione delle problematiche tecnologiche relative all'interazione tra questi due strumenti di trasmissione.

⁸ Il tipo di trasmissione via satellite ora descritta è ad esempio quella utilizzata per i programmi in mondovisione. Un'esauritiva rassegna dei canali europei satellitari e delle problematiche relative all'installazione dell'apparato necessario alla ricezione ed alla visione dei programmi è nell'inserito del Sole 24 ore « *TV via satellite* », del 6 aprile 1998. V. anche G. PANTO, *Un mondo in orbita grazie ai satelliti*, in *Affari & Finanza* del 2 marzo 1998.

⁹ Il telespettatore « del futuro » si tro-

va dunque ad utilizzare una complessa strumentazione per poter godere al meglio delle novità tecnologiche ideate per le trasmissioni tv: accanto al normale televisore si aggiungono l'antenna parabolica, necessaria alla percezione del segnale di provenienza satellitare, nonché l'apposito apparecchio ricevitore, indispensabile per decodificare i segnali televisivi trasmessi via satellite.

¹⁰ Il principio di base della trasmissione analogica è costituito dalla corrispondenza tra due grandezze numeriche di cui una è la rappresentazione dell'altra e varia col variare di questa proporzionalmente all'interno di una certa area di valori. Dal momento della trasmissione al momento della ricezione, il segnale proprio perché composto da numerose informazioni, subisce inevitabilmente una deformazione dovuta ad una serie di interferenze che lo rendono imperfetto e non corrispondente all'originale.

mento dell'inizio della trasmissione) ed il segnale finale di arrivo all'utente (l'immagine così come viene percepita sul video dallo spettatore). Tale corrispondenza perfetta viene realizzata mediante l'utilizzo di sistemi numerici binari, del medesimo tipo di quelli usati per il personal computer¹¹.

La tecnologia digitale consente pertanto di ottenere un'immagine decisamente più fedele all'originale rispetto alle tecniche tradizionali ed altresì di evitare i fenomeni di interferenza tipici delle trasmissioni analogiche, utilizzando come canale di trasmissione uno spettro più limitato. Inoltre essa presenta l'ulteriore vantaggio sostanziale di consentire una notevole « compressione » dei segnali — un po' come accade per le trasmissioni satellitari — con un significativo risparmio di frequenze terrestri¹².

Trasmissione via cavo, trasmissione via satellite e tecnica digitale costituiscono dunque mezzi di diffusione del segnale televisivo che ne migliorano la qualità e che permettono di « liberare » lo spazio limitato delle frequenze terrestri.

La rivoluzione tecnologica che ha interessato il settore delle telecomunicazioni, tuttavia non ha avuto ad oggetto solo le modalità di trasmissione del segnale, ma anche le modalità di fruizione delle trasmissioni da parte dello spettatore¹³.

Indipendentemente dallo strumento di trasmissione utilizzato dall'emittente televisiva, il segnale può essere « in chiaro » — cioè visibile dall'indistinta massa di destinatari cui è rivolto — oppure criptato. In quest'ultimo caso il segnale televisivo verrà criptato in un momento immediatamente antecedente all'emissione mediante la tecnica dello *scrambling*, e potrà pertanto essere visto solo ed esclusivamente da quegli spettatori che siano abilitati a « decodificarlo », normalmente mediante l'utilizzo di un *decoder* (per il quale sono tenuti a pagare un canone d'abbonamento: da qui trae origine la definizione delle emittenti che effettuano tale tipo di trasmissioni come televisioni a pagamento o *pay-tv*)¹⁴.

Il criptaggio è pertanto semplicemente una tecnica di codifica del segnale e non una modalità di trasmissione: esso non attiene allo specifico stru-

¹¹ La procedura di trasmissione di un segnale televisivo mediante il sistema digitale è composta da diverse operazioni: innanzitutto il segnale viene trasformato da analogico in digitale e successivamente compresso. Il segnale emesso a frequenze elevate (Gigahertz), raggiunta la parabola dello spettatore, viene riconvertito e ridotto in frequenze più basse (Megahertz), compatibili con gli attuali apparecchi televisivi. Da ultimo il segnale viene decodificato da un apparecchio ricevitore che lo rende perfettamente « leggibile », e ne conserva, al contempo, l'alta definizione dell'immagine e del suono che caratterizza la tecnologia digitale. Tecnicamente la compressione del segnale viene effettuata mediante un apparecchio chiamato *encoder* che garantisce una migliore trasmissione e conseguentemente una percezione qualitativamente più elevata del segnale da un punto di vista sia visivo che acustico.

¹² Il « risparmio » delle frequenze viene ottenuto mediante una tecnica denominata di compressione digitale, grazie alla quale diventa possibile inviare un numero di canali oscillante tra 4 e 10 occupando le frequenze necessarie ad un solo canale analogico tradizionale.

¹³ Secondo taluni autori, correttamente, C. DEMATTÈ - F. PERRETTI, *L'impresa televisiva*, cit., pag. 24 e ss. - nel distinguere le trasmissioni in chiaro dalle trasmissioni in forma codificata, rileverebbe, in luogo della modalità di fruizione del segnale, la modalità di accesso consentito allo spettatore (libero o condizionato).

¹⁴ La prima emittente televisiva a pagamento è stata in Europa Canal Plus, che ha iniziato ad operare nel 1984. Negli Stati Uniti il fenomeno delle *pay-tv* risale, con le prime sperimentazioni, alla metà degli anni '50.

mento di trasmissione (via etere, via cavo o via satellite), quanto piuttosto alla libera accessibilità del programma.

La *pay-tv* opera una « rivoluzione » nel rapporto tra emittenti televisive e telespettatore¹⁵.

Le nuove tecniche di trasmissione « a pagamento » trasformano infatti lo spettatore in contraente, creando un nuovo e diverso rapporto sinallagmatico, direttamente intercorrente tra l'emittente ed il consumatore del prodotto televisivo¹⁶. Nasce cioè nuova relazione economica, che muta definitivamente l'idea del servizio televisivo come servizio di dominio pubblico, per sua stessa natura « gratuito », per la fruizione del quale lo spettatore non è chiamato a fare null'altro che possedere un televisore.

Lo spettatore diviene « contraente », venendo con ciò a cambiarsi definitivamente il rapporto economico sul quale si è da sempre fondato il sistema della comunicazione televisiva. Come si vedrà più avanti infatti, e come evidenziato nella giurisprudenza della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e della Commissione UE, nella televisione a pagamento il « rapporto economico principale » non è più quello tra aziende che « acquistano » spazi pubblicitari ed emittente, ma è invece — nella *pay-tv* — quello tra quest'ultima e l'utente finale del programma¹⁷.

¹⁵ Si pensi alla pay-per-view (PPV), recentemente introdotta in Italia da Stream e da Telepiù, che consiste nella trasmissione di singoli programmi, scelti dal telespettatore nell'ambito della programmazione offerta dall'emittente e per la fruizione dei quali lo spettatore paga un prezzo unitario prestabilito. Il programma prescelto viene trasmesso dalla emittente pay-per-view ad intervalli regolari ininterrottamente su più canali nel corso della medesima giornata, con periodi di attesa la cui durata è inversamente proporzionale al numero dei canali a disposizione dell'emittente, mentre gli orari di inizio della programmazione sono determinati dall'emittente stessa. Accanto alla PPV esistono anche il Video-On-Demand (VOD) ed il Near-Video-On-Demand (NVOD). Nella PPV il rapporto spettatore-emittente televisiva diventa — per così dire — bidirezionale, nel senso che lo spettatore sceglie le trasmissioni all'interno di una certa programmazione offerta dall'emittente e messa in onda ad orari predeterminati, mentre nel VOD anche l'orario d'inizio della programmazione è scelto dallo spettatore. Il VOD consente all'utente di interagire con l'emittente televisiva, grazie all'utilizzo di avanzate tecniche informatiche, che permettono di modificare il contenuto stesso del programma, ad esempio interrompendone la trasmissione mediante il fermo-immagine, esattamente come accade per la proiezione dei film in videocassetta (ed è questo il motivo per il quale tale tipologia di trasmissione viene considerata poten-

zialmente « alternativa » rispetto all'home-video). L'operatività del sistema è garantita dal collegamento tra l'apparecchio dello spettatore ed una banca dati multimediale gestita dall'emittente. Nel NVOD il programma prescelto dallo spettatore viene trasmesso in un arco temporale di 24 ore, su 12 o più canali continuativamente in modo da consentire una offerta del prodotto il più possibile vicina alle esigenze del singolo utente. PPV, VOD, NVOD costituiscono dunque le frontiere della televisione del futuro, una televisione che sarà realizzata prevalentemente sotto il segno dell'interattività, potendo lo spettatore comporre autonomamente il proprio palinsesto televisivo, a seconda dei propri gusti e delle proprie esigenze. Appare evidente come l'utilizzo delle nuove tecniche di trasmissione — cavo, satellite e digitale — sia strettamente interconnesso ed indispensabile ai programmi PPV, dal momento che solo il risparmio di frequenze e l'utilizzo di un numero elevato delle stesse può garantire alle emittenti un'offerta altamente appetibile per lo spettatore e competitiva rispetto al mercato dell'home-video o della televisione « in chiaro ». V. sul punto 1998 *Statistical Yearbook*, Council of Europe, pag. 178.

¹⁶ C. DEMATTÉ - F. PERRETTI, *L'impresa televisiva*, cit., pag. 26 e ss.

¹⁷ Il criptaggio dei programmi genera infatti un rapporto contrattuale a titolo oneroso di tipo « commutativo » per la « fornitura » dei programmi, il cui corrispettivo può anche essere contrattualmen-

2. LA COMPLESSA EVOLUZIONE LEGISLATIVA DELLA TELEVISIONE A PAGAMENTO IN ITALIA E NELL'UNIONE EUROPEA.

Nonostante la prepotente evoluzione tecnologica, il legislatore italiano fino all'estate del 1997 non aveva ancora provveduto a predisporre una regolamentazione specifica della televisione a pagamento, se non in modo frammentario ed in via del tutto residuale. La Legge 31 luglio 1997 n. 249, meglio nota come « Legge Maccanico », ha avuto, sotto questo aspetto, il merito di porre fine a tale vuoto normativo¹⁸.

Il *vacuum legis* relativo alla *pay-tv* non è stato di scarso momento. Limitandosi all'emanazione di provvedimenti provvisori che potessero, almeno da un punto di vista pratico, consentire alle *pay-tv* di operare¹⁹, il legislatore ha costretto — per così dire — gli interpreti e gli operatori del settore, a doversi orientare estendendo alle emissioni in forma criptata le norme relative alle trasmissioni in chiaro, al di là di ogni ragionevole limite di analogia.

Un riferimento indiretto alla *pay-tv* compare per la prima volta in ordine di tempo, nel rinvio effettuato dall'art. 39 della Legge 6 agosto 1990 n. 223, la cosiddetta « Legge Mammì »²⁰, all'art. 1 della direttiva CEE n. 552/89²¹.

Ma l'esempio maggiormente significativo dello sforzo esegetico profuso da operatori ed interpreti al fine di legittimare l'esistenza e, conseguente-

te connesso all'installazione, alla vendita o alla locazione dell'apparecchiatura necessaria alla decrittazione del segnale. V. R. ESPOSITO, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, cit., pag. 290. Da un punto di vista della tecnica redazionale dei contratti, Telepiù inquadra le condizioni generali relative ai contratti conclusi con i clienti-abbonati per le trasmissioni digitali come « condizioni generali di abbonamento al servizio digitale », intendendosi per servizio l'« accesso » dello spettatore alla diffusione in forma criptata. Analoghe considerazioni valgono per le condizioni generali di abbonamento alle trasmissioni via cavo di Stream, la cui sottoscrizione consente al cliente di « usufruire dei servizi offerti da Stream ». Si tratta pertanto di contratti atipici di fornitura di servizi per mezzo dei quali le emittenti non garantiscono all'abbonato semplicemente il comodato o la locazione del decoder, ma altresì una serie composita di altri « servizi televisivi ».

¹⁸ Autore di un lucido e disincantato commento - « a caldo » - della Legge Maccanico è, fra gli altri, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla Legge 21 Luglio 1997 no. 249*, in questa *Rivista*, 1997, pag. 735 e ss.

¹⁹ Dalla necessità di consentire alle *pay-tv* di continuare ad operare in Italia, nell'attesa di una normativa generale che regolasse il settore, è nata una serie di de-

creti-legge che in via transitoria e d'urgenza disciplinava il settore radiotelevisivo provvedendo altresì a procrastinare il termine ultimo, per le televisioni che effettuavano emissioni in forma criptata, per continuare a trasmettere legittimamente benché in via provvisoria: D.L. 14 agosto 1992 n. 361 (che per la prima volta evidenziava la necessità di provvedere con una regolamentazione *ad hoc* alla disciplina del settore delle trasmissioni televisive codificate), D.L. 27 agosto 1993 n. 323 (convertito con modificazioni dalla legge 27 ottobre 1993 n. 422), D.L. 23 dicembre 1995 n. 545 e — da ultimo — il D.L. 26 febbraio 1996 n. 80.

²⁰ L'art. 39 della Legge Mammì statuisce infatti che: « Con la presente legge è data attuazione alla direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 3 ottobre 1989 (89/552/CEE) ».

²¹ Infatti l'art. 1 della direttiva specifica che per trasmissione televisiva deve intendersi « la trasmissione via cavo o via etere, nonché la trasmissione via satellite, in forma non codificata o codificata, di programmi televisivi destinati al pubblico ». La Legge Mammì conteneva al contrario un riferimento esplicito riguardo alla regolamentazione della tv via cavo, che veniva sostanzialmente delegata al Governo sulla base del disposto dell'art. 29 della legge stessa: la delega non ha trovato attuazione.

mente, l'operatività delle *pay-tv*, è costituito da un noto parere del Consiglio di Stato del 16 ottobre 1991²². L'*iter* argomentativo sotteso al parere del Consiglio di Stato è alquanto lineare: con qualsiasi modalità venga realizzata la trasmissione televisiva, anche dunque in forma criptata²³, essa deve considerarsi quale una delle possibili estrinsecazioni della libertà di pensiero, e perciò stesso garantita dall'art. 21 della Costituzione oltreché dall'art. 10 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo. Gli spunti contenuti nel parere in esame, benché potessero apparire quale soluzione definitiva al problema della legittimazione delle *pay-tv* alla fruizione dell'etere, pur in assenza di una disciplina *ad hoc*, non si sono tuttavia tradotti successivamente in un intervento legislativo coordinato ed omogeneo²⁴.

Nel periodo che intercorre tra la fine degli anni ottanta ed i primi anni novanta il legislatore italiano ha dunque affrontato la problematica relativa alla regolamentazione delle televisioni a pagamento in maniera non esaustiva ed asistemica, « prendendo atto » di questa nuova modalità trasmissiva, ed effettuando pochi provvisori interventi, spesso soggetti a continui adeguamenti mediante il ricorso alla decretazione d'urgenza.

Due sostanziali obiettivi sembrano muovere il legislatore: da un lato il tentativo di predisporre un'apposita disciplina²⁵, dall'altro la determinazione di imporre alle televisioni a pagamento l'utilizzo esclusivo delle nuove tecniche di trasmissione²⁶ (nel frattempo, la legittimazione delle *pay-tv*

²² Il parere del Consiglio di Stato, unitamente ad un'interessante nota di M. MAIONE, è in *Giur. Cost.*, 1992, pag. 664 e ss. Il Consiglio di Stato radica la legittimità delle emittenti che trasmettono in forma codificata, sulla base di una motivazione duplice: (i) il richiamo effettuato dalla Legge Mammi alla disciplina europea che nel definire cosa debba intendersi per « trasmissione televisiva » ricomprende espressamente anche le trasmissioni criptate; (ii) il dato di fatto che il criptaggio riguarda « lo standard di trasmissione ma non incide sulla diffusione diretta e non determina un sistema di diffusione chiuso. Chiunque infatti può accedere all'utilizzo dell'apparato codificatore fruendo di un identico messaggio ».

²³ Giustamente rileva A. CONTALDO, *Aspetti Giuspubblicistici della disciplina sulla pay tv*, *Dir. Aut.*, 1994, pag. 170, che il criptaggio può essere considerato semplicemente una modalità di trasmissione del segnale di diversa natura, rispetto a quella tradizionale in chiaro, realizzato in un momento immediatamente antecedente all'emissione del programma.

²⁴ Il diritto alla libera manifestazione del pensiero (indipendentemente dal soggetto che lo esercita, sia esso un'emittente pubblica o privata o a pagamento), avrebbe dovuto essere infatti correttamente disciplinato — secondo i principi fonamen-

tali della struttura costituzionale italiana — per mezzo di leggi ordinarie e non, come invece è accaduto, in via regolamentare, mediante l'utilizzo cioè, di una fonte normativa di rango inferiore. Un esauriente elenco della dottrina amministrativista in materia di libertà di espressione e di modalità di regolamentazione è in A. CONTALDO, cit., pag. 177.

²⁵ Si veda ad esempio l'art. 1, comma secondo, D.L. 19 ottobre 1992 n. 407: « *Al fine di definire per le trasmissioni in codice un apposito regolamento, da emanarsi con il provvedimento previsto dall'art. 36 della legge 6 agosto 1990 n. 223, il termine predetto è prorogato fino al 28 febbraio 1993 anche nei confronti dei soggetti che sono inclusi nell'elenco degli aventi titolo al rilascio della concessione in ambito nazionale, approvato con decreto del Ministro delle poste e telecomunicazioni del 13 agosto 1992, e intendano trasmettere in codice. In ogni caso le istanze di concessione per trasmissioni in codice già presentate non potranno essere convertite in istanze di concessione per trasmissioni non codificate* ».

²⁶ Tale previsione viene per la prima volta inserita nell'art. 11 del D.L. 27 agosto 1993 n. 323 che dispone quanto segue: « *Le trasmissioni in codice sono effettuate esclusivamente a mezzo di impianti di diffusione via cavo o da satellite. Per un periodo di*

concessionarie ad effettuare normalmente le proprie trasmissioni via etere veniva provvisoriamente garantita dalla decretazione d'urgenza²⁷).

La scelta di predefinire i mezzi di diffusione dei quali le *pay-tv* avrebbero dovuto servirsi al fine di effettuare le proprie trasmissioni in forma criptata, sembra essere dovuta all'assunto che le televisioni a pagamento non sarebbero fondate sul consolidato principio della circolarità del messaggio televisivo (un messaggio destinato potenzialmente a tutti gli spettatori), a causa dell'impossibilità di fruire del segnale da parte di tutti coloro che non siano in possesso di un decoder. Le *pay-tv* concessionarie occuperebbero pertanto preziose frequenze, senza rispondere, peraltro, al principio di pubblica utilità che è invece proprio delle emittenti in chiaro²⁸. Questo spiegherebbe il motivo per il quale le *pay-tv* possono ottenere concessioni televisive, ma a condizione di utilizzare solo certi strumenti di trasmissione del segnale pre-definiti dal legislatore.

In un settore segnato tuttavia da così frequenti innovazioni tecnologiche « cristallizzare », definendoli una volta per tutte, i possibili strumenti attraverso cui effettuare le trasmissioni in forma codificata appare quantomeno inadeguato²⁹ e non rispondente all'istanza di elevata flessibilità che dovrebbe caratterizzare la regolamentazione del settore, nel rispetto del diritto alla libertà di informazione e di manifestazione del pensiero³⁰.

un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto, è consentito l'esercizio di emittenti che trasmettono in codice, secondo l'art. 1 comma 2 del D.L. 19 ottobre 1992 n. 407, convertito con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 1992 n. 482 ».

²⁷ Già nel 1992, all'indomani della Mammi ed ancor prima della decretazione d'urgenza, T. COLLOVÀ, *Sulla televisione a pagamento in Europa ed in particolare sulla Francese Canal Plus*, in *Dir. Aut.*, 1992 pag. 46 e ss., analizzando l'« approccio » regolamentare del nostro legislatore, azzardava la previsione, poi rivelatasi sostanzialmente corretta, che molto probabilmente nessuna disciplina specifica per le *pay-tv* sarebbe mai stata emanata in futuro.

²⁸ La diffidenza suscitata dalla *pay-tv*, è dovuta ad una serie di semplici ed evidenti considerazioni che benché sottese a tutta la politica legislativa del settore, non sono mai state apertamente dichiarate: innanzitutto si ritiene che, dato che le frequenze via etere attraverso le quali vengono diffusi i segnali televisivi sono in numero limitato, esse non debbano essere utilizzate da emittenti che trasmettono in forma codificata e pertanto con modalità che non rendono visibile a tutti il segnale; a ciò si aggiunge la radicata convinzione che il pluralismo informativo, non potrà che trovare tutela nelle trasmissioni realizzate dalle emittenti pubbliche. Vedi gli spunti critici di C. OSTI, *Aspetti della regolamentazione del settore televisivo*, AIDA, 1995, Milano, pag. 185-186.

²⁹ La Commissione Europea indica una duplice distinta strada in vista della ri-regolamentazione del settore: da un lato potrebbe essere opportuno provvedere ad un aggiornamento delle norme esistenti, inserendo, laddove necessario, nuove regole relative ai settori delle telecomunicazioni che si sono sviluppati più di recente; alternativa a tale soluzione la Commissione ne propone un'altra, consistente in una regolamentazione per così dire « globale » del settore delle telecomunicazioni, che andrebbe a sostituire ogni vecchia regola, ricomprendendo non solo il settore delle telecomunicazioni più propriamente inteso, ma, mediante l'utilizzo di definizioni onnicomprensive ed idonee a coprire anche nuovi eventuali sviluppi tecnologici, il settore — più ampio — di tutti i prodotti massmediatici ed audiovisivi (v. il *Green Paper on the Convergence of the telecommunications, media and information technology sectors, and the implications for regulation towards an information society approach*, Com (97) 623, Bruxelles, 3 Dicembre 1997, cap. V, pag. 40 e ss., più avanti citato più semplicemente come « *Green Paper* »).

³⁰ V. A. CONTALDO, *Sulla possibilità di convertire le TV in chiaro in pay-tv*, in questa *Rivista*, 1996, pag. 263 e ss. L'Autore sottolinea come il legislatore si sia sostanzialmente limitato ad effettuare interventi inadeguati e provvisori. V. anche A. CONTALDO, *Aspetti giuspubblicistici della disciplina sulle pay-tv*, in *Dir. Aut.*, cit., pag. 170 e ss.

Il panorama delle leggi del settore televisivo a livello comunitario è sostanzialmente più completo ed omogeneo: non a caso la spinta maggiore alla predisposizione di una nuova regolamentazione sulle televisioni a pagamento è senza dubbio venuta dal legislatore europeo³¹. Nel corso degli ultimi anni (soprattutto a partire dalla fine degli anni '80 in poi) si è provveduto non solo ad aggiornare (anche nel tentativo di raggiungere una progressiva armonizzazione delle singole normative nazionali) la legislazione del settore, ma anche a predisporre discipline specifiche per le nuove tecniche di trasmissione dei programmi radiotelevisivi, aggiornando la normativa che regolava tale materia in continua evoluzione. In particolare, la televisione via satellite e la televisione via cavo risultano ora essere regolamentate *ad hoc* rispettivamente dalle direttive 94/46 (recepita con D.Lgs. 11 febbraio 1997 n. 55), e 95/51 (recepita con D.P.R. 19 settembre 1997 n. 318)³².

Arriviamo, dopo che il legislatore europeo aveva già provveduto con una importante serie di direttive a fornire gli elementi essenziali del sistema che, a livello comunitario, andava così strutturandosi, alla Legge Maccanico ed alle problematiche che questa pone con riferimento alla televisione a pagamento³³.

³¹ Il quadro normativo europeo al momento è costituito dalle seguenti direttive: Dir. 89/336 CE (relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri sulla compatibilità elettromagnetica), modificata dalle successive Dir. 92/31 CE, 93/68 CE, e 93/97 CE; Dir. 90/388 CE (relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni); Dir. 91/263 CE (relativa al ravvicinamento delle legislazioni nazionali sulle apparecchiature terminali di telecomunicazioni), modificata dalle Dir. 93/68 CE e 93/97 CE; Dir. 91/287 CE (sulla banda di frequenza da assegnare per l'introduzione coordinata nella Comunità di un sistema digitale di telecomunicazione senza filo); Dir. 94/46 CE (che modifica le Dir. 88/301 CE e 90/388 CE, relativa alle comunicazioni via satellite); Dir. 95/47 CE (relativa all'impiego di norme per l'emissione di segnali televisivi - standard per apparecchi decodificatori e ricevitori); Dir. 95/51 CE (che modifica la Dir. 90/388 CE relativa all'eliminazione delle restrizioni riguardanti l'uso di reti televisive via cavo per la fornitura di servizi già liberalizzati); Dir. 96/19 CE (che modifica la Dir. 90/388 CE al fine della completa apertura alla concorrenza nei mercati delle telecomunicazioni); Dir. 97/13 CE (recante disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazioni); Dir. 97/33 CE (sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperatività attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta). Anche lo specifico tema dell'hardware necessario

alla decrittazione del segnale trasmesso in forma digitale e codificata è oggetto, a livello europeo, di specifica regolamentazione: la Direttiva 95/47 CE, prevede alcune norme che disciplinano l'attività degli operatori dei servizi di accesso condizionato, che «*producono e commercializzano servizi di accesso ai servizi televisivi numerici*», finalizzate alla standardizzazione di tali prodotti in ambito europeo, nonché a garantire il rispetto del diritto comunitario della concorrenza.

³² Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni, pubblicato in G.U. del 22 settembre 1997 n. 191/L.

³³ La predisposizione di una regolamentazione *ad hoc* che disciplini anche gli aspetti più pratici della *pay-tv* è prevista anche dalla Legge Maccanico che all'art. 3 comma 11 dispone che l'Autorità «*adotta un apposito regolamento che disciplina le trasmissioni in codice su frequenze terrestri*». Di competenza del Ministero delle Comunicazioni è invece l'adozione di un «*regolamento per la disciplina dei servizi radiotelevisivi via cavo*». Per ulteriori riferimenti sull'evoluzione tecnica ed economica al momento in corso nel settore della televisione: P. BARILE - R. ZACCARIA, *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia*, Torino, 1993; C. DEMATTÈ - F. PERRETTI, *Digital television: European groupings push into the market*, Screen Digest, ottobre 1997, pag. 225; B. OLIVI, *La fine della comunicazione di massa*, Bologna, 1997; AA.VV. *L'industria della comunicazione in Italia*, Torino, 1997; GAMBARO - RICCIAR-

Ciò che emerge comunque dalla rapida analisi del panorama legislativo del settore fino ad ora sinteticamente condotta, porta ad una conclusione della quale si dovrà tener conto nelle successive riforme della disciplina del settore. Con lo sviluppo delle nuove tecniche di trasmissione in forma digitale e via satellite, non è più valido l'assunto che la limitatezza delle risorse per mezzo delle quali è possibile effettuare la trasmissione di segnali televisivi possa giustificare un regime giuridico maggiormente restrittivo per le televisioni a pagamento³⁴. Il vero limite connaturato a tale settore è sì ancora numerico, ma non consiste più nella limitatezza delle frequenze, quanto piuttosto nel numero delle frequenze che lo Stato è disponibile a dare in concessione ai privati³⁵.

3. LA DISCIPLINA ANTITRUST CONTENUTA NELLA LEGGE MACCANICO: BREVI CENNI.

La Legge 31 luglio 1997 n. 249 («L. 249/97», ovvero «Legge Maccanico») dopo un lungo travaglio parlamentare³⁶, predispone — per la prima volta in maniera completa all'interno del panorama legislativo italiano — una normativa *antitrust* specifica per quanto concerne il settore delle telecomunicazioni³⁷.

Non rientra nell'ambito della presente analisi soffermarsi sul delicato rapporto tra pluralismo e concorrenza³⁸: evitare il crearsi di concentra-

DI, *Economia dell'informazione e della comunicazione*, Roma, 1997; PRETA, *Come cambia la televisione: dal «broadcasting» al «video-on-demand»*, in *Problemi dell'informazione*, giugno 1994, pag. 145; F. PERRETTI, *Strategie internazionali delle imprese televisive*, in *Problemi dell'informazione*, giugno 1995, pag. 205; R. WOOD, *TV digitale terrestre: meglio dare tanti canali o rilanciare l'alta definizione?*, in *Mind*, gennaio 1997, pag. 7.

³⁴ La medesima osservazione è svolta da V. ZENO-ZENCOVICH, in questa *Rivista*, 1997, cit., pag. 735 e ss., il quale considera tolemaico l'assioma relativo alla scarsità delle frequenze; analogamente C. OSTI, *Aspetti della regolamentazione del settore televisivo*, in *AIDA*, 1995, cit., pag. 177 e ss.

³⁵ Quest'ultimo aspetto è espressamente evidenziato anche nel *Green Paper*, cit., pag. 26. La Commissione sottolinea infatti come le nuove tendenze evolutive del mercato radiotelevisivo e mediatico in genere, che hanno sviluppato innovative modalità di trasmissione, in forma digitale (mediante la predisposizione di piattaforme comuni, e la ricerca di nuovi strumenti e canali di trasmissione), rendano meno rilevante la problematica della scarsità delle frequenze, spingendo i legislatori nazionali a riformulare la regolamentazione del sistema.

³⁶ La Legge Maccanico succede dopo ben sette anni di aspre polemiche alla Legge Mammi. I motivi del fallimento del sistema di regolamentazione televisiva previsto dalla L. 223/90, sono puntualmente illustrati da V. ZENO-ZENCOVICH, in questa *Rivista*, 1997, cit., pag. 741.

³⁷ Gli aspetti relativi alla disciplina per così dire, sostanziale del settore delle telecomunicazioni verranno infatti predisposti da altra legge, attualmente sottoposta — in forma di disegno di legge — al vaglio delle commissioni parlamentari. Si tratta del Disegno di legge Maccanico, n. AS 1138, che reca il titolo di «Disciplina del sistema delle comunicazioni».

³⁸ Alcuni Autori hanno evidenziato come la sola pluralità di operatori nel settore non possa essere considerata di per sé quale indice di pluralismo informativo, dovendo essere considerato quest'ultimo piuttosto come un carattere proprio del contenuto del messaggio televisivo. V. G. BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, Milano, 1996 pag. 88; vedi altresì M. SIRAGUSA, *Competition and the Guarantee of Pluralism of Information in the Recent Italian Television Broadcasting Regulation*, *Fordham Corporate Law Institute, 24th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy*, 16-17 ottobre 1997, pag. 3.

zioni, incentivando nel contempo lo sviluppo delle nuove tecnologie e garantendo il pluralismo informativo è, senza dubbio, compito difficile.

In realtà, il termine *antitrust*, inteso come norma o complesso di norme preposte alla tutela della libera concorrenza tra imprese è probabilmente improprio con riferimento alla Legge Maccanico, che predispone piuttosto un estremamente analitico ed articolato³⁹ sistema posto *prevalentemente* a tutela del pluralismo⁴⁰ oltre che, incidentalmente ed indirettamente, a salvaguardia della concorrenza nei « settori delle comunicazioni sonore e televisive, anche nelle forme evolutive, realizzate con qualsiasi mezzo tecnico, della multimedialità, dell'editoria anche elettronica e delle connesse fonti di finanziamento »⁴¹.

Connotato di fondo di una democratica e moderna *information society*, la *ratio* che sembra ispirare la Legge Maccanico è dunque l'assunto che la difesa del pluralismo non possa essere raggiunta — con pienezza di risultato — esclusivamente tutelando ed incentivando la libera concorrenza: ciò spiega pertanto da un lato la predisposizione di una disciplina *antitrust*

³⁹ Come evidenziato da M. MICCIO - M. MELE, *Breve Guida alla Legge Maccanico*, in *Le Televisioni del Futuro*, Milano, 1997. Tale eccessiva analiticità, che non costituisce affatto una novità del nostro legislatore, stride in maniera sostanziale con le indicazioni in materia di tecnica legislativa « suggerite » dal legislatore comunitario agli stati membri (v. *Green Paper*, cit., pagg. 41-42). Ad una prima lettura la Legge Maccanico sembra purtroppo perpetuare un ulteriore difetto, già presente nella regolamentazione previgente, in quanto « sovrappone » la disciplina della televisione come strumento di comunicazione con la disciplina del contenuto dei programmi trasmessi per mezzo della televisione. Tale rilevante distinzione è invece chiara al legislatore comunitario, che ha provveduto a regolamentare espressamente e distintamente gli aspetti contenutistici delle trasmissioni televisive con la Dir. 89/552 CE, modificata dalla Dir. 97/36 CE.

⁴⁰ La tutela del pluralismo informativo trova fondamento negli articoli 15 e 21 della Costituzione che rispettivamente garantiscono la libertà di comunicazione e la libertà di manifestazione del pensiero in qualsiasi forma e con qualsiasi strumento esse vengano estrinsecate. La tutela della concorrenza ha invece rilievo costituzionale ben diverso ed è indirettamente garantita dall'art. 41 della Costituzione. V. F. CARDARELLI - V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, cit., pag. 21. Anche la Legge Mammì esplicitamente collegava la funzione « sociale » della televisione al pluralismo ed alla tutela dei valori garantiti dalla Carta Costituzionale. L'art. 1 sanciva infatti che: « La diffusione di programmi radiofonici o televisivi, realizzata

con qualsiasi mezzo tecnico, ha carattere di preminente interesse generale. Il pluralismo, l'obiettività, la completezza e l'imparzialità dell'informazione, l'apertura alle diverse opinioni, tendenze politiche, sociali, culturali e religiose, nel rispetto delle libertà e dei diritti garantiti dalla Costituzione, rappresentano principi fondamentali del sistema radiotelevisivo... ».

⁴¹ Art. 2 comma 1 della L. 249/97. Nel 1996 quando ancora la Legge Maccanico era in corso di redazione, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva già posto in luce la diversità sostanziale tra concorrenza e pluralismo evidenziandone la differenza di obiettivi e la conseguente necessità di tenere distinti i rispettivi ambiti di tutela. L'emananda legge avrebbe dovuto provvedere — secondo quanto segnalato dall'Autorità Garante — ad escludere dalla competenza del nuovo organismo di regolamentazione del settore radiotelevisivo i settori di cui all'art. 20 della L. 287/90. Nel quadro normativo così delineato dall'Autorità Garante, inoltre, avrebbe dovuto essere eliminato dall'art. 2 della Legge Maccanico qualsiasi riferimento alla tutela della concorrenza « a causa delle incertezze che esso potrebbe ingenerare in sede interpretativa e applicativa della normativa. Infatti in tale articolo sono contenute importanti disposizioni in materia di pluralismo informativo la cui tutela richiede il ricorso a concetti e categorie giuridiche diverse da quelle utilizzate nella normativa a tutela della concorrenza ». V. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Riforma del settore delle comunicazioni*, in Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 34-35/96, pag. 51.

ad hoc per il settore delle telecomunicazioni, dall'altro la contestuale adozione di soluzioni che spesso si discostano in maniera sostanziale dalle disposizioni della Legge 10 ottobre 1990 n. 287 recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato (L. 287/90).

Veniamo dunque ad una sommaria analisi dei principi fondamentali posti dalla Legge Maccanico a tutela del pluralismo e della concorrenza, ricordando che l'organismo istituzionale *super partes* chiamato a riscontrare l'esistenza ed a rimuovere gli effetti di una posizione dominante è l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (l'« Autorità »), composta da due commissioni⁴² con amplissime competenze⁴³.

Il fulcro della disciplina *antitrust* in materia radiotelevisiva è costituito dagli articoli 2 e 3 della Legge Maccanico.

L'art. 2, primo comma, vieta « *qualsiasi atto o comportamento avente per oggetto o per effetto la costituzione o il mantenimento di una posizione dominante da parte di uno stesso soggetto anche attraverso soggetti controllati o collegati* ».

La differenza rispetto all'analogo norma contenuta nella L. 287/90 è dunque sostanziale⁴⁴. La Legge Maccanico vieta — sanzionandoli con la nullità — gli atti che comportino anche solo il semplice raggiungimento o il mantenimento di una posizione che possa essere considerata dominante alla luce dei principi stabiliti dalla legge stessa, indipendentemente quindi dall'abuso di tale posizione. Sembra pertanto istituita una strettissima correlazione tra il fatto oggettivo che un'emittente sia in posizione dominante, e l'anticoncorrenzialità — o *rectius* la lesione del pluralismo — di tale posizione. Viene inasprita — per così dire — la soglia di controllo contenuta nella norma « gemella » della L. 287/90, che peraltro, sanzionando solo l'abuso, ben consente il raggiungimento di una posizione dominante, quantomeno mediante lo sviluppo spontaneo dell'impresa⁴⁵. Da segnalarsi due significative anomalie. Da un lato, la norma non prevede espressamente un riferimento al mercato nazionale, o ad una « parte rilevante » dello stesso,

⁴² La Commissione per le infrastrutture e le reti e la Commissione per i servizi e i prodotti, le quali sono composte ciascuna di quattro commissari; esiste inoltre un terzo organo con funzioni esecutive: il Consiglio (costituito dal Presidente dell'Autorità e da tutti i commissari).

⁴³ Il comma 6 dell'art. 1, elenca espressamente le competenze della Commissione per le reti e le infrastrutture, della Commissione per i servizi ed i prodotti e del Consiglio. Fra queste ricordiamo brevemente: attività consultiva nella ripartizione del Piano di Assegnazione delle Frequenze, tenuta del registro degli operatori delle telecomunicazioni, definizione dei criteri per la determinazione delle tariffe per l'interconnessione, controllo della corretta gestione del servizio universale, determinazione dei piani di numerazione nazionale per la telefonia, vigilanza sul contenuto delle programmazioni, rilevazione degli indici di ascolto, attività rego-

lamentare, in coordinamento con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, vigilanza sul rispetto dei principi antitrust, assunzione delle funzioni svolte dal Garante per l'Editoria, risoluzione delle controversie in materia di interconnessione, concessione delle licenze individuali e delle autorizzazioni generali. V. anche sul punto V. DI STEFANO, *La liberalizzazione delle Telecomunicazioni*, Milano, 1997, pag. 110.

⁴⁴ L'art. 3 L. 287/90 stabilisce che « È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante ».

⁴⁵ Gli articoli 5 e 6 della L. 287/90 vietano infatti le operazioni di concentrazione che « comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza ».

riferendosi meramente al « settore » delle comunicazioni sonore e televisive, risultando omesso dunque qualsiasi riferimento alla rilevanza « parziale » di tale settore, come invece contemplato dall' art. 3 della L. 287/90. La disposizione sembra cioè escludere — quanto meno *prima facie* — la possibilità di configurare una posizione dominante in una area geografica più ristretta rispetto all'intero mercato nazionale. Dall'altro, la norma citata sembra doversi leggere in stretta correlazione con il comma 7 dell'art. 2⁴⁶: nel delineare il procedimento per eliminare od impedire il formarsi di una posizione dominante, si fa qui infatti riferimento non solo a quest'ultima figura, ma anche a posizioni « *comunque lesive del pluralismo* ». Tale specificazione sembra essere fuorviante, insinuando nel sistema la possibilità di configurare altresì una posizione che, se pur non *dominante* ai sensi della Legge Maccanico, possa essere accertata come *lesiva* del pluralismo e quindi sanzionabile.

È pertanto essenziale esaminare quali siano i criteri legislativi in presenza dei quali una posizione possa essere considerata dominante.

La Legge Maccanico stabilisce per l'Autorità la necessità di adottare *specifici criteri* nell'esercizio dei propri poteri, prevedendone sostanzialmente due: il primo di natura « dimensionale » (si limita il numero di concessioni o autorizzazioni di cui ciascun soggetto può essere titolare); ed il secondo « economico » (si pone cioè un limite alla raccolta di proventi e risorse economiche da parte di uno stesso soggetto destinatario di una concessione televisiva).

L'art. 2 comma 6 vieta dunque il rilascio ad un medesimo soggetto di concessioni o autorizzazioni che consentano di effettuare la trasmissione di programmi radiotelevisivi analogici o digitali via etere (quindi non via cavo o per mezzo del satellite), in percentuale superiore al 20% calcolato « *sulla base del piano delle frequenze* ». Nessun soggetto potrà essere destinatario di un numero di concessioni che in misura percentuale risultino essere superiori al 20% delle concessioni via etere rilasciate dallo Stato. Se pertanto sulla base del Piano Nazionale di Assegnazione delle Frequenze⁴⁷,

⁴⁶ Dispone infatti l'art. 2 comma 7 che l'Autorità potrà adottare i provvedimenti che si renderanno necessari per eliminare o impedire il formarsi delle posizioni dominanti o *comunque lesive del pluralismo*; qualora dovesse riscontrare l'esistenza di tali situazioni illegittime avvierà un'istruttoria imponendone eventualmente la rimozione; l'Autorità potrà altresì inibire la prosecuzione di atti o operazioni potenzialmente contrarie alle disposizioni della legge, ordinando altresì la rimozione degli effetti che si dovessero essere nel frattempo prodotti, eventualmente incidendo anche sulla struttura delle imprese coinvolte. Le disposizioni relative ai limiti di concentrazione si applicano anche in sede di rilascio o di rinnovo delle concessioni e delle autorizzazioni.

Le conseguenze sanzionatorie in caso di violazione delle disposizioni di cui alla Legge Maccanico sono contemplate dai commi

31 e 32 dell'art. 1 della legge stessa: in caso di violazione delle norme sulla posizione dominante, a ciascun soggetto viene applicata una sanzione amministrativa pecuniaria il cui ammontare sarà compreso tra il 2% ed il 5% del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio precedente alla notifica del provvedimento dell'Autorità. In caso di violazioni reiterate o di particolare gravità può essere altresì disposta la sospensione dell'attività per un periodo non superiore a sei mesi ovvero la revoca della concessione, dell'autorizzazione o della licenza.

⁴⁷ La Legge 30 aprile 1998 n. 122 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 30 aprile 1998 n. 99) ha prorogato il termine per l'emanazione del Piano di Assegnazione delle Frequenze al 31 ottobre 1998. La proroga si è resa necessaria anche per consentire all'Autorità di divenire operativa. Anche il termine per la prosecuzione tem-

risulteranno essere previste — ad esempio — 15 frequenze, ciascun operatore radiotelevisivo potrà ottenerne in concessione non più di tre.

La norma in esame non distingue affatto tra emittenti che trasmettono in chiaro ed emittenti che trasmettono in forma criptata: sulla base di questo criterio dimensionale l'elemento discriminante è la modalità di trasmissione via etere e non il modo di fruizione dei programmi.

La seconda soglia *antitrust* è inerente alla raccolta di risorse economiche all'interno del settore radiotelevisivo (questa volta anche da parte delle emittenti che trasmettono in forma codificata). Tale limite è pari al 30% dei « *proventi derivanti da finanziamento del servizio pubblico al netto dei diritti dell'Erario, nonché da pubblicità nazionale e locale, da spettanze per televendite e da sponsorizzazioni, proventi da convenzioni con soggetti pubblici, ricavi da offerta televisiva a pagamento, al netto delle spettanze delle agenzie di intermediazione* »⁴⁸.

Le emittenti che effettuano la programmazione via cavo o via satellite potranno raccogliere risorse economiche per un ammontare complessivo non superiore al 30%, con la differenza che in questo caso il settore di riferimento è composto dalle emittenti televisive nazionali via cavo e via satellite⁴⁹. L'Autorità, al fine di incentivare lo sviluppo delle nuove tecniche

poranea dell'esercizio della radiodiffusione sulla base delle concessioni rilasciate precedentemente — ex art. 3 commi 1 e 2 della L. 249/97 — è stato prorogato al 31 gennaio 1999. È necessario pertanto tenere in considerazione lo slittamento dei termini originariamente previsti, ogniqualvolta venga fatto riferimento alle scadenze sancite inizialmente dalla Legge Maccanico. Si veda alla nota 60 un aggiornamento con riferimento al Piano Nazionale di Assegnazione delle Frequenze, emanato nel corso della pubblicazione del presente contributo.

⁴⁸ I limiti alla raccolta di risorse economiche si applicano a tutti gli operatori del settore radiotelevisivo, ed infatti l'art. 2 comma 8 lettere b), d) ed e) dispone che: « b) i soggetti destinatari di concessioni radiofoniche in ambito nazionale possono raccogliere le risorse economiche calcolate sui proventi derivanti da pubblicità e sponsorizzazioni per una quota non superiore al 30% del totale delle risorse del settore radiofonico. Ai fini dello sviluppo del settore nella fase iniziale l'Autorità può stabilire una quota di raccolta delle risorse economiche maggiore di quella prevista nella presente lettera; d) i soggetti che comunque detengono partecipazioni in imprese operanti nei settori della radiotelevisione e dell'editoria di giornali quotidiani e periodici possono raccogliere, sommando i ricavi dei due settori, proventi non superiori al 20% del totale nazionale delle risorse derivanti da pubblicità, spettanze per televendite, sponsorizzazioni, proventi

da convenzioni con soggetti pubblici, finanziamento del servizio pubblico, ricavi da offerta televisiva a pagamento, vendite e abbonamenti di quotidiani e periodici, dal mercato dell'editoria elettronica destinata al consumo delle famiglie; è fatta salva la disciplina sulle imprese editrici di giornali quotidiani o periodici di cui alla legge 5 agosto 1981 n. 416 e successive modificazioni. È fatto salvo il rispetto dei limiti per singolo settore previsti dalla presente legge; e) le concessionarie di pubblicità possono raccogliere nei settori radiofonico ovvero televisivo risorse economiche non oltre le quote previste nelle lettere a), b), c) e d). L'impresa concessionaria di pubblicità controllata da o collegata ad un soggetto destinatario di concessione o autorizzazione radiotelevisiva, può raccogliere pubblicità anche per altri soggetti destinatari di concessione in ambito locale, nei limiti previsti dalla presente lettera ed a condizione che detta impresa concessionaria raccolga in esclusiva la pubblicità per il soggetto concessionario o autorizzato che la controlla o è ad essa collegato ».

⁴⁹ È, quest'ultimo, un interessante indice dell'orientamento del legislatore in materia di determinazione della suddivisione dei mercati televisivi, dal momento che la televisione via cavo e quella via satellite vengono unitariamente considerate e contrapposte — per così dire — alla tv via etere. La problematica della definizione e della ripartizione del mercato televisivo è trattata più approfonditamente *infra* ai paragrafi 7 e 8.

di trasmissione del segnale televisivo determinerà un periodo transitorio nel quale i limiti alla raccolta delle risorse economiche non verranno applicati⁵⁰. Nel caso di offerte televisive effettuate in maniera coordinata i limiti si applicheranno alle singole emittenti che compongono l'offerta stessa, la quale perciò nel suo complesso potrà anche oltrepassare la soglia del 30% prevista dalla norma, senza che tale superamento del limite comporti la violazione della disposizione *antitrust*.

4. LEGGE MACCANICO E TELEVISIONE A PAGAMENTO.

Il complesso sistema di limiti sopra descritto è corretto da un altrettanto complesso sistema di deroghe che interessano anche le televisioni a pagamento.

Una prima deroga ai principi generali riguarda i limiti stabiliti dalla legge con riferimento al numero di concessioni o autorizzazioni di cui ciascun operatore potrà essere titolare (che come si è visto non potrà essere superiore al 20% calcolato sulla base del numero complessivo di frequenze via etere dichiarate disponibili dall'emanando PNF). Con riguardo ai programmi televisivi — e radiofonici — trasmessi con tecnologia digitale (quasi sempre da emittenti a pagamento), l'Autorità potrà discrezionalmente stabilire un periodo transitorio durante il quale i limiti generali previsti dall'art. 2 comma 6 non verranno applicati. Si tratta dunque di una deroga che nella sostanza è finalizzata ad incentivare l'ingresso di altre emittenti all'interno del mercato della tv digitale⁵¹.

Una seconda deroga, in questo caso sfavorevole alle *pay-tv*, è disposta dall'ultima parte dell'art. 2 comma 8 lettera (a) con riferimento ai limiti previsti per la raccolta di risorse economiche. Tale limite — che in via generale è pari al 30% delle risorse del settore televisivo — viene ridotto al 25% quando il fatturato realizzato dalle *pay-tv* sia uguale o superiore al 20% del fatturato globale del settore televisivo nazionale complessivamente considerato.

⁵⁰ V. art. 2 comma 8, lett. c): « *I soggetti destinatari di autorizzazioni per emittenti televisive via cavo ovvero via satellite possono raccogliere proventi non superiori al 30 per cento del totale delle risorse riferito al settore delle emittenti televisive nazionali via cavo e delle emittenti via satellite. Al fine di consentire l'avvio dei mercati, nel rispetto dei principi del pluralismo e della concorrenza, l'Autorità determina un periodo transitorio nel quale non vengono applicati i limiti previsti nella presente lettera. Nel caso di programmi offerti in modo coordinato, i limiti di cui alla presente lettera si applicano con riferimento alle singole emittenti televisive via cavo ovvero via satellite che compongono l'offerta* ».

⁵¹ Dispone infatti l'art. 2 comma 6: « *Al fine di consentire l'avvio dei mercati*

nel rispetto dei principi del pluralismo e della concorrenza, relativamente ai programmi televisivi o radiofonici numerici, l'Autorità può stabilire un periodo transitorio nel quale non vengono applicati i limiti previsti nel presente comma. » La ragione giustificatrice della deroga risiede dunque nella necessità di favorire lo sviluppo del mercato digitale « *nel rispetto dei principi del pluralismo e della concorrenza* ». Si noti ancora una volta il riferimento congiunto al pluralismo ed alla concorrenza, in nome dei quali sembrerebbe essere giustificabile qualsiasi deroga ai principi generali, che del resto proprio al pluralismo ed alla concorrenza sovrintendono. Simili « *acrobazie* » sono presenti anche nell'art. 2 comma 19 relativo alla realizzazione della piattaforma digitale, su cui ci si soffermerà brevemente *infra*.

Benché risulti evidente che il limite del 20% relativo al fatturato totale del settore radiotelevisivo italiano sia di per sé elevato, la norma in esame presenta comunque profili di incostituzionalità per due differenti motivi: da un lato non si vede quale sia la ragione sulla base della quale il limite alla raccolta delle risorse economiche debba essere più penalizzante per le televisioni a pagamento rispetto a quelle in chiaro; dall'altro, il legame tra il fatturato realizzato dall'impresa televisiva e la possibile violazione del divieto di legge (con le conseguenze che ne derivano), costituisce l'unica ipotesi nella Legge Maccanico in cui il legislatore ha voluto effettuare una connessione tanto stretta tra un elemento economico ed imprenditoriale (quale la soglia di fatturato realizzato dall'emittente televisiva) ed uno dei limiti *antitrust*. Nel caso di specie, il superamento del limite previsto dalla norma — e la conseguente sanzionabilità della situazione che tale superamento genera — deriverebbe infatti dall'esercizio proficuo dell'attività imprenditoriale che è invece estrinsecazione di un diritto di rango costituzionale, il diritto alla libera iniziativa economica, sancito dall'art. 41 della Costituzione. Il trattamento differenziato delle televisioni a pagamento sembrerebbe essere fondato semplicemente su un perverso sillogismo secondo il quale l'eventuale capacità a realizzare alti fatturati da parte delle *pay-tv* è di per sé un fatto lesivo del pluralismo.

Un'ulteriore deroga al principio generale in materia di limiti alla raccolta delle risorse economiche è previsto sempre dall'art. 2 comma 8 lettera a): per le *pay-tv* i ricavi verranno considerati in misura pari al 50% del loro effettivo ammontare, per un periodo di tre anni, purché l'offerta televisiva criptata venga trasmessa via cavo o via satellite⁵². Sorgono naturalmente problemi di compatibilità con la disposizione di cui alla seguente lettera c), che, come si ricorderà, prevede che l'Autorità possa determinare un periodo transitorio nel quale, per le televisioni via satellite e via cavo, non si applicherà alcun limite alla raccolta di risorse economiche. Le *pay-tv* che pure utilizzino questi mezzi trasmissivi sono escluse da tale previsione? La risposta dovrebbe essere negativa, dal momento che la norma parla semplicemente di «emittenti televisive via cavo ovvero via satellite». Allora che accadrà quando l'Autorità determinerà il momento a partire dal quale inizierà a decorrere il periodo transitorio di cui alla lettera c)? Tale periodo interromperà il decorso del termine di tre anni durante i quali il calcolo dei proventi raccolti dalle *pay-tv* cablate o satellitari viene computato in misura dimezzata⁵³?

⁵² La norma citata prevede che «*Il calcolo, per ciascun soggetto, dei ricavi derivanti da offerta televisiva a pagamento è considerato nella misura del 50 per cento per un periodo di tre anni a condizione che tale offerta sia effettuata esclusivamente su cavo o satellite*».

⁵³ I limiti relativi alla raccolta di risorse economiche sono già in vigore a far data dal 30.4.1998, secondo quanto previsto dall'art. 3 comma 9 della Legge Maccanico. Alla luce delle norme richiamate potrebbe verificarsi la seguente ipotesi: per le *pay-tv* che trasmettano solo ed

esclusivamente via satellite o via cavo, il periodo iniziale di tre anni durante il quale le risorse economiche raccolte vengono computate in misura dimezzata, ex art. 2 comma 6 lett. a), si potrebbe sovrapporre all'eventuale periodo transitorio concesso dall'Autorità ex art. 2 comma 6 lett. c), in pendenza del quale i limiti alla raccolta di risorse economiche non si applicano affatto. La difficoltà di poter coordinare le due norme, nell'ipotesi prospettata ed in presenza dei presupposti che le rendano contemporaneamente applicabili, è evidente. Al fine di risolvere

Una quarta importante deroga ai criteri *antitrust* di carattere generale è sancita dalla Legge Maccanico al comma 10 dell'art. 2⁵⁴. Tale disposizione prevede infatti che « *I limiti di cui al comma 8 non si applicano ai soggetti destinatari di una concessione televisiva o radiofonica su frequenze terrestri o di una autorizzazione per offerta televisiva a pagamento via cavo o via satellite, in entrambi i casi per l'irradiazione di un solo programma nazionale* ». Le televisioni a pagamento vengono dunque sottoposte ad una disciplina deteriore, in quanto potranno beneficiare della deroga prevista dall'art. 2 comma 10 solo se trasmetteranno i propri programmi esclusivamente via cavo o via satellite (rinunciando quindi alla trasmissioni in via analogica), a differenza di altre emittenti titolari di una sola concessione che godranno della deroga in esame, in ogni caso, indipendentemente dal mezzo di trasmissione utilizzato.

Leggendo l'art. 2 comma 10 unitamente all'art. 3 comma 11, sul quale si avrà modo di tornare più diffusamente in seguito e che vieta alle *pay-tv* di essere destinatarie di più di una concessione per la trasmissione di programmi via etere, si arriva alla possibile conseguenza che queste ultime — a differenza di quanto previsto per le emittenti in chiaro — nell'ipotesi che siano concessionarie di una sola rete via etere, potranno comunque essere considerate in posizione dominante qualora dovessero superare i limiti di cui all'art. 2 comma 8.

Un'ulteriore disposizione che rafforza il regime potenzialmente discriminatorio in cui si trovano le televisioni a pagamento è prevista dall'art. 2 comma 13, secondo cui una semplice autorizzazione dell'Autorità è sufficiente a consentire alle emittenti in chiaro di trasmettere contemporaneamente i propri programmi mediante altri mezzi di trasmissione (leggasi cavo e satellite). Dall'applicazione di questa norma — che sembra creata « su misura » per legittimare l'operatività di RAISat — sono escluse le *pay-tv*.

L'accertamento del superamento anche di uno solo dei limiti quantitativi di cui alle lettere (a) (b) e (c), dell'art. 2 comma 8, sopra brevemente riassunti, comporta l'avvio da parte dell'Autorità di un procedimento istruttorio che si concluderà con l'adozione dei « *provvedimenti necessari per eliminare od impedire il formarsi* » della posizione dominante secondo l'iter previsto dall'art. 2 comma 7⁵⁵.

L'art. 2 comma 9 in merito all'accertamento dei limiti alla raccolta di risorse economiche stabilisce inoltre che: « *Qualora anche uno solo dei limiti quantitativi indicati nelle lettere a), b) e c) del comma 8 sia stato raggiunto mediante intese o concentrazioni, l'Autorità provvede nel rispetto del principio del contraddittorio, ai sensi del comma 7. Se i soggetti che esercitano l'attività radiotelevisiva superano, al momento dell'entrata in vigore della presente legge, i limiti di cui al comma 8, mediante lo sviluppo spontaneo dell'impresa che non determini una posizione dominante né elimini o riduca*

eventuali situazioni di contrasto l'Autorità potrebbe decidere di concedere il periodo transitorio di cui all'art. 2 comma 6 lett. c) solo una volta che fossero decorsi completamente i primi tre anni previsti dall'art. 2 comma 6 lett. a).

⁵⁴ È bizzarra la scelta del legislatore

che ha rubricato l'art. 2 comma 10 con il titolo di « deroghe », quasi si trattasse dell'unica fattispecie soggetta a deroghe, quando nella struttura della legge prevalgono numericamente le ipotesi derogatorie rispetto ai principi generali.

⁵⁵ V. *supra*, par. 3.

il pluralismo e la concorrenza, l'Autorità, con atto motivato e informatone il Parlamento, non provvede ai sensi del comma 7. Ai fini della verifica, da compiere prima della data di rilascio ovvero di rinnovo delle concessioni e delle autorizzazioni, l'Autorità invita i soggetti interessati a dimostrare, entro i termini prefissati, mediante idonea documentazione, la insussistenza di una posizione dominante vietata perché la quota raggiunta è inferiore al limite di cui al comma 8 ovvero perché, pur essendo stati superati i limiti di cui al comma 8 nel mercato di riferimento, individuati tenendo conto, fra l'altro, dell'esistenza o meno di vincoli tecnici, economici o giuridici all'ingresso nel mercato di riferimento, della possibilità di accesso ai fattori di produzione, delle dimensioni e del numero dei concorrenti e della struttura degli stessi, non si configura una posizione dominante vietata. Compete all'Autorità effettuare ogni altro opportuno accertamento al fine di verificare l'esatta situazione in essere ».

La norma, seppur nella sua complessa formulazione, è dunque finalizzata a meglio illustrare quali siano le conseguenze in caso di violazione di uno dei limiti istituiti dall'art. 2 comma 8. Non sempre, infatti, il superamento avrà automaticamente come effetto l'avvio dell'istruttoria da parte dell'Autorità e la conseguente eventuale adozione delle sanzioni previste dall'art. 1 commi 31 e 32 e dall'art. 2 comma 7.

Se il superamento dei limiti alla raccolta di risorse economiche — al momento dell'entrata in vigore della legge — fosse il frutto di uno sviluppo *spontaneo* dell'impresa tale da non determinare una posizione dominante dell'emittente o da ridurre o ledere il pluralismo e la concorrenza, l'Autorità dovrebbe provvedere ad informare il Parlamento del mancato avvio dell'istruttoria, richiedendo agli operatori interessati di dar prova che la posizione dominante generatasi non è anticoncorrenziale o antipluralista. Si tratta quindi di un'ipotesi di inversione dell'onere della prova a carico dell'emittente mediante una presunzione relativa di contrarietà al pluralismo, nel senso che l'operatore televisivo avrà l'onere di dimostrare (i) che la propria posizione all'interno del mercato di riferimento è il risultato dello sviluppo spontaneo dell'impresa e (ii) che si tratta di una posizione che non è in sé lesiva del pluralismo né della concorrenza.

Un importante problema interpretativo è costituito anche dall'inciso con il quale il legislatore ha posto un limite temporale alla non rilevanza del superamento dei limiti alla raccolta di risorse economiche determinato dallo sviluppo spontaneo dell'impresa, identificando tale limite con il « *momento dell'entrata in vigore della presente legge* ».

L'interpretazione letterale della norma sembra chiara: l'irrilevanza ai fini *antitrust* del superamento dei limiti alla raccolta delle risorse economiche dovuto allo sviluppo spontaneo dell'impresa si applicherà solo per le emittenti che abbiano ecceduto tali limiti al momento dell'entrata in vigore della legge e conseguentemente alle sole emittenti che siano già esistenti. Se quella appena illustrata dovesse essere l'esegesi corretta, la norma presenterebbe senz'altro il fianco ad un vizio di incostituzionalità, dal momento che dal suo ambito di applicazione verrebbero escluse tutte le televisioni non ancora operative ed esistenti, e ciò senza che tale diversità di trattamento possa trovare alcuna obiettiva giustificazione⁵⁶.

⁵⁶ Del resto una diversa interpretazione non sembra plausibile, essendo così

chiaro ed apparentemente inequivocabile il disposto letterale della norma. Forse il

Ma la Legge 249/97 non è chiara in particolare su di un elemento decisamente essenziale: il superamento dei limiti alla raccolta delle risorse economiche da parte delle emittenti è — in quanto tale — indice di una automatica costituzione di una posizione dominante e lesiva del pluralismo? Oppure l'Autorità potrà discrezionalmente discernere i singoli casi, considerando di volta in volta le caratteristiche del mercato televisivo di riferimento nonché altri elementi che essa potrà ritenere decisivi?

Certo è che la mancanza di chiarezza della norma in esame, introduce all'interno del complicato sistema *antitrust* predisposto dalla Legge Maccanico un sostanziale elemento di discrezionalità che rende apparentemente «flessibile» l'apparato normativo: con buona pace — per così dire — del principio di certezza del diritto.

L'articolo 2 si chiude al comma 19, con una disposizione che ha suscitato e continuerà a suscitare accesi dibattiti: si tratta dell'ennesima deroga, finalizzata alla costituzione ed al lancio della cosiddetta piattaforma digitale. La norma prevede che RAI e Telecom possano partecipare congiuntamente alla realizzazione di una piattaforma unica per trasmissioni digitali via satellite o via cavo e per trasmissioni criptate in forma analogica via etere, stipulando a tal fine «accordi associativi» con altri operatori del settore già titolari di concessioni, autorizzazioni o licenze. In vista della realizzazione della piattaforma digitale, non saranno ovviamente applicabili le disposizioni *antitrust* previste dalla Legge Maccanico⁵⁷.

legislatore intendeva piuttosto dire che la norma avrebbe trovato applicazione a partire dall'entrata in vigore della legge. Una possibile soluzione alla complessità e all'anticostituzionalità *in nuce* della norma in esame potrebbe essere la sua disapplicazione limitatamente al disposto relativo alla validità dell'ambito temporale della deroga in esso prevista. V. M. SIRAGUSA, *cit.*, pag. 15.

⁵⁷ L'«anomalia» della norma in esame era già stata evidenziata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale, quando ancora la Legge Maccanico si trovava allo studio delle Camere in forma di disegno di legge, aveva avuto modo di sottolineare che «l'art. 2 comma 19-bis (che poi diventerà nella stesura definitiva l'art. 2 comma 19) del disegno di legge in discussione, finalizzato a consentire la partecipazione a una società unica di tutti i principali operatori del mercato, oltre a non apparire indispensabile alla ricerca di standard tecnologici unitari che favoriscano lo sviluppo di settore, sia suscettibile di falsare gli assetti futuri del nascente mercato dei servizi radiotelevisivi digitali a pagamento, prefigurandone addirittura una struttura monopolistica, in contrasto con i principi di tutela della concorrenza presenti nell'ordinamento comunitario e nazionale». V. *Accordo per la creazione di una piattaforma digitale unica*, in Bollettino dell'Autorità Garante della Concor-

renza e del Mercato n. 26/1997, pag. 62-63. Le vicende relative alla realizzazione della piattaforma digitale sono state varie e sono tuttora in divenire: se ancora nel dicembre 1997 sembrava essere possibile il raggiungimento di un accordo che avrebbe coinvolto tutti gli attuali operatori del settore radiotelevisivo, ad oggi l'unica emittente che detiene la tecnologia atta alla realizzazione di programmi con tecnica digitale (Telepiù) e i due operatori a vantaggio dei quali la norma era stata creata (RAI e Telecom) sembrano sempre più lontani da un'intesa comune. Una *joint venture* tra RAI e Telecom, senza l'intervento di Telepiù, richiederebbe un investimento ingentissimo da 2.000 miliardi. Quotidiani economici riportano con frequenza del possibile eventuale ingresso nella *joint venture* di investitori stranieri (il nome ricorrente è quello di News Corp., di proprietà dell'imprenditore australiano delle telecomunicazioni Murdoch). La norma comunque — oltre ad essere viziata dal suo connotato anticoncorrenziale — appare già obsoleta ancor prima di trovare realizzazione concreta. Per un'analisi dell'art. 2 comma 19, A. CONTALDO, *Profili giuridici della piattaforma digitale*, in *Dir. Aut.*, 1998, 3, pag. 291; alcuni dati economici sono rinvenibili, fra gli altri, in MARCO MELE, *RAI e Telecom più vicine*, *Il Sole 24 ore*, 26 agosto 1998. Infine, per alcuni interessanti spunti sulla configurabili-

È opportuno concludere questa breve disamina individuando sinteticamente le ulteriori disposizioni della Legge Maccanico che disciplinano la televisione a pagamento.

L'art. 3 precisa le modalità di rilascio⁵⁸ delle concessioni radiotelevisive (nonché delle autorizzazioni, che, come si diceva, sono una nuova figura creata *ad hoc* per le trasmissioni effettuate via satellite), per quanto concerne durata, condizioni e requisiti delle emittenti richiedenti. L'esame preventivo al rilascio — o al rinnovo — delle concessioni, effettuato dall'Autorità, avrà ad oggetto, in primo luogo, il rispetto della normativa *anti-trust* prevista dalla Legge⁵⁹. Verrà altresì accertato che le emittenti destinatarie delle concessioni, abbiano « *misura adeguata del capitale* », presentino una struttura societaria trasparente e garantiscano un'offerta televisiva adeguata, da un punto di vista contenutistico, al mercato ed alle esigenze del pubblico, impegnandosi in progetti di autoproduzione o di produzione di programmi, sia a livello nazionale che europeo.

In previsione di lunghi tempi in vista della predisposizione del Piano Nazionale di Assegnazione delle Frequenze, la Legge Maccanico dispone che le emittenti che già trasmettono e che sono legittimate a trasmettere ai sensi della legislazione previgente, possano continuare — provvisoriamente — ad effettuare le proprie trasmissioni fino al rilascio delle nuove concessioni.

Le norme « chiave » sono però i commi 6, 7 ed 11 dell'art. 3.

Il comma 6 prevedeva che le emittenti che alla data di entrata in vigore della Legge Maccanico avessero superato i limiti previsti dall'art. 2 comma 6 (i limiti relativi alla percentuale di frequenze per le trasmissioni via etere per le quali si potrà ottenere la concessione, pari al 20%) avrebbero potuto comunque continuare ad effettuare la trasmissione dei programmi almeno fino al 30 aprile 1998. Dopo tale data, per la parte eccedente il limite del 20%, sarebbero state costrette a proseguire in *simul casting* (vale a dire trasmettere via etere e contemporaneamente via satellite o via cavo). Data l'impossibilità di rispettare i termini originariamente previsti relativi alla predisposizione del Piano Nazionale di Assegnazione delle Frequenze e alla conseguente assegnazione delle frequenze disponibili, la legge 30 aprile 1998 n. 122 ha disposto lo « slittamento » dei termini inizialmente stabiliti dalla Legge Maccanico: il Piano Nazionale di Assegnazione delle Frequenze dovrà essere approvato entro il 31 ottobre 1998, mentre il termine per il rilascio delle concessioni è stato spostato al 31 gennaio 1999⁶⁰. Fino ad allora le emittenti che siano già concessionarie potranno

tà della piattaforma digitale come *essential facility* v. J.T. LANG, *Media, Multimedia and European Community Antitrust Law*, Fordham Corporate Law Institute, 24th Annual Conference on International Law & Policy, 16-17 ottobre 1997, pag. 70 e segg.

⁵⁸ Le condizioni per il rilascio delle concessioni, che avranno una durata di sei anni, verranno altresì definite con apposito regolamento adottato dall'Autorità.

⁵⁹ Prevede infatti l'art. 2 comma 7 che

« in ogni caso le disposizioni relative ai limiti di concentrazione di cui al presente articolo si applicano in sede di rilascio ovvero di rinnovo delle concessioni e delle autorizzazioni ».

⁶⁰ In corso di pubblicazione del presente contributo, sono stati approvati dall'Autorità il Piano Nazionale di Assegnazione delle Frequenze (con Delibera n. 68/98 del 30 ottobre 1998 pubblicata in Gazzetta Ufficiale 10 novembre 1998, n. 263) ed il Regolamento per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione

proseguire la trasmissione dei propri programmi in via provvisoria e solo dal 31 gennaio 1999 dovranno procedere alla trasmissione in *simul casting* per quanto concerne le reti eventualmente in eccedenza. In sostanza la « dismissione » di un canale via etere dipenderà dal numero di frequenze che saranno effettivamente assegnabili e le relative conseguenze, ipotizzabili soprattutto per i gruppi che detengono almeno tre reti — come Mediaset e RAI — si produrranno solo a partire dal gennaio del 1999.

Ben diverso il trattamento riservato alle televisioni a pagamento: l'art. 3 comma 11 infatti prevede che « *i soggetti legittimamente esercenti alla data di entrata in vigore della presente legge più reti televisive in ambito nazionale in forma codificata devono, ai fini di quanto previsto dal comma 2 del presente articolo, dal 31 dicembre 1997, trasferire via cavo o via satellite le trasmissioni irradiate da una delle loro reti* »⁶¹.

Il comma settimo prevede che l'Autorità, sulla base dell'analisi dello *status* del mercato radiotelevisivo satellitare e cablato indicherà, in un momento successivo, il termine ultimo oltre il quale dal *simul casting* le reti dovranno passare all'utilizzo esclusivo del cavo e del satellite, con la conseguente liberazione di « preziose » frequenze terrestri.

Il piano predisposto dalla Legge Maccanico è dunque quello di incentivare lo sviluppo delle tecniche di trasmissione più recenti ed innovative (in particolare il satellite e le reti cablate) che consentono un notevole risparmio di frequenze. Nell'ipotesi in cui tale disegno dovesse effettivamente realizzarsi, si libererebbero frequenze che naturalmente potrebbero essere ridistribuite. Ed infatti l'art. 3 comma 8 prevede che l'Autorità potrà disporre la cessazione dell'uso delle frequenze che non sono « *indispensabili ai soggetti esercenti l'attività radiotelevisiva per l'illuminazione dell'area di servizio del bacino* » e che tali frequenze potranno essere riassegnate ad altre emittenti purché non si tratti di emittenti che trasmettono in forma codificata. Non è chiaro sulla base di quali criteri l'Autorità potrà decidere se determinate frequenze possano o meno ritenersi indispensabili, né cosa debba intendersi per « indispensabile » — ecco perché pare più opportuno ricollegare tale disposizione all'eventuale risparmio di frequenze determinato dall'utilizzo delle nuove tecniche di trasmissione. In ogni caso, indipendentemente dall'interpretazione che si vuole dare della norma in esame, il dato di fatto certo è che le *pay-tv* sono ancora una volta sottoposte ad un regime sostanzialmente discriminatorio.

televisiva privata su frequenze terrestri (con Delibera 78/98 del 1° dicembre 1998, in corso di pubblicazione). Il PNF ha reso disponibili pianificandoli per la radiodiffusione televisiva analogica complessivamente 51 canali: il numero delle reti a copertura nazionale è dunque risultato pari a 17, di cui 6 destinate a soddisfare le esigenze dell'emittenza locale (pari al 35,5% del totale) e 11 per l'emittenza nazionale. Ne risulta pertanto che ciascuna emittente non potrà controllare a livello nazionale più di due reti

per la radiodiffusione televisiva analogica.

⁶¹ Ed infatti Telepiù ha dovuto « trasferire » una delle sue tre reti sul satellite già a partire dal 31 dicembre 1997. In questo caso dunque il legislatore ha ben redatto la norma, prevedendo un termine fisso oltre il quale, indipendentemente dall'approvazione del Piano Nazionale di Assegnazione delle Frequenze, ed indipendentemente da qualsiasi norma *antitrust*, almeno una delle reti criptate di Telepiù lasciasse l'etere.

La terza disposizione che assume rilievo sotto il profilo che qui interessa, è infine il comma undicesimo, diretto a regolamentare le « *concessioni televisive in forma codificata* »⁶². Il legislatore ha previsto che nessuna emittente a pagamento possa essere destinataria di più di una concessione televisiva su frequenze terrestri in ambito nazionale. Dal 31 ottobre 1998⁶³ le *pay-tv* dovranno « trasferire » la rete in eccedenza sul satellite o via cavo. A partire da quella data esse potranno continuare ad effettuare la trasmissione dei programmi in via provvisoria, con le medesime modalità previste dai commi 6 e 7 dell'art. 3 per le emittenti non a pagamento (vale a dire in *simul casting*). Successivamente, e comunque non oltre il termine che verrà fissato dall'Autorità, le trasmissioni che venivano effettuate in *simul casting*, dovranno essere obbligatoriamente realizzate solo via satellite o via cavo: al termine di tale complessa procedura, le *pay-tv* potranno effettuare trasmissione di programmi via etere solo con una rete, mentre le frequenze che si renderanno libere verranno ridistribuite tra le altre emittenti in chiaro. Nel determinare il termine entro il quale le reti criptate in eccedenza dovranno passare sul satellite o sul cavo, l'Autorità terrà conto della particolare natura di tali trasmissioni⁶⁴.

L'Autorità adotterà inoltre un apposito regolamento finalizzato a disciplinare le trasmissioni in codice via etere⁶⁵.

5. L'AUTORITÀ E L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.

La Legge Maccanico ha provveduto ad abrogare l'art. 20 comma 1 della L. 287/90 che attribuiva la competenza in materia *antitrust* (per quanto concerne le intese restrittive della concorrenza, gli abusi di posizione dominante e le operazioni di concentrazione nei settori delle radiodiffusioni e dell'editoria) al Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria⁶⁶.

⁶² In realtà non sono le concessioni ad essere in forma codificata, quanto piuttosto le emissioni del segnale televisivo ad essere effettuate mediante lo *scrambling*.

⁶³ Il termine originario prorogato, come già si è sottolineato, dall'art. 1 L. 122/98 era il 30 aprile 1998.

⁶⁴ L'Autorità assegnerà le frequenze via etere liberatesi ai soggetti già concessionari o autorizzati che rispondano alle condizioni previste dal precedente comma 8 e che in ogni caso non trasmettano in forma criptata. Il Ministero adotterà altresì un apposito regolamento finalizzato alla disciplina dei servizi radiotelevisivi via cavo.

⁶⁵ Si segnalano inoltre quali norme dirette alla disciplina della televisione a pagamento l'art. 1 lettera a) n. 4 (relativo agli standard per decodificatori), l'art. 3 n. 13 e 14 (riguardanti le antenne collettive satellitari e le agevolazioni tributarie per la realizzazione di nuovi impianti). In parti-

colare l'art. 1 lettera a) n. 4, finalizzato alla ripartizione delle competenze tra gli organi distinti che compongono l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, prevede innanzitutto al numero 6, lettera a) 4, che la Commissione per le infrastrutture e le reti — sentito il parere del Ministero delle comunicazioni e nel rispetto della normativa comunitaria — determini « *gli standard per i decodificatori in modo da favorire la fruibilità del servizio* ». Si evita di precisare se con il termine decodificatori si intenda ogni genere di apparecchio atto alla decrittazione del segnale, sia analogico che digitale.

⁶⁶ L'art. 1 comma 6 lettera c), n. 9 prevede infatti che il Consiglio dell'Autorità « *assume le funzioni e le competenze assegnate al Garante per la radiodiffusione e l'editoria, escluse le funzioni in precedenza assegnate al Garante ai sensi del comma 1 dell'art. 20 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, che è abrogato* ».

Ne consegue che tali competenze, che erano un tempo in capo al Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria, passano ora all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (l'«Autorità Garante»). Quest'ultima dunque ritorna ad avere giurisdizione esclusiva nell'applicazione delle disposizioni interne in materia *antitrust*. La Legge Maccanico prevede infatti che, una volta decorsi i trenta giorni entro i quali l'Autorità può esprimere il proprio parere obbligatorio sui provvedimenti riguardanti operatori del settore delle comunicazioni predisposti dall'Autorità Garante, quest'ultima potrà adottare tali provvedimenti quand'anche il suddetto parere non venga predisposto⁶⁷.

La questione di possibili «sovrapposizioni» della giurisdizione dell'Autorità Garante da un lato e dell'Autorità dall'altro sembrerebbe dunque in parte risolta dall'entrata in vigore della Legge Maccanico. Tuttavia la soluzione di un problema non ha evitato l'insorgere di altri profili forse ancor più complessi e ciò a causa della infelice formulazione dell'art. 2 comma 3 che prevede che: «*I soggetti che operano nei settori di cui al comma 1 sono obbligati a comunicare all'Autorità e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato le intese e le operazioni di concentrazione di cui sono parti al fine dell'esercizio delle rispettive competenze*».

La norma suscita infatti non poche perplessità in merito al contenuto della comunicazione che gli operatori del settore sono obbligati ad effettuare ad entrambi gli organismi menzionati ed alla compatibilità tra tale disposizione e l'art. 16 della L. 287/90, che impone sì la comunicazione all'Autorità Garante delle operazioni di concentrazione, ma solo se vengono superati i limiti di fatturato previsti⁶⁸.

La disposizione contenuta nella Legge Maccanico, non fa invece alcun riferimento al valore dell'operazione concentrativa: un'interpretazione letterale porterebbe dunque alla conseguenza che anche operazioni che non richiederebbero l'intervento dell'Autorità Garante e che quindi non avrebbero di per sé rilievo sotto il profilo *antitrust*, dovrebbero essere comunque notificate.

La notifica delle operazioni di concentrazione e delle intese, che dovrà essere effettuata contestualmente all'Autorità Garante ed all'Autorità, solleva naturalmente preoccupazioni circa la possibilità che si verifichino non solo casi di sovrapposizione delle rispettive sfere di competenza dei due organismi, ma soprattutto decisioni e provvedimenti contrastanti.

Una possibile risposta a tale quesito interpretativo potrebbe essere fornita dall'ultima parte della norma in esame: il legislatore infatti si è premurato di precisare che la *ratio* della procedura della doppia comunicazione è «*l'esercizio delle rispettive competenze*», vale a dire l'espletamento dei compiti cui i due organismi sono stati preposti. Tale specificazione po-

⁶⁷ L'art. 1 comma 6 lettera c) n. 11 dispone che sarà sempre il Consiglio dell'Autorità ad esprimere «entro 30 giorni dal ricevimento della relativa documentazione, parere obbligatorio sui provvedimenti riguardanti operatori del settore delle comunicazioni, predisposti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in applicazione degli articoli 2, 3, 4 e 6 della legge 10 ottobre 1990 n. 287; decorso tale

termine i provvedimenti sono adottati anche in mancanza di detto parere».

⁶⁸ Il fatturato, a livello nazionale, realizzato dall'insieme delle imprese interessate all'operazione deve essere superiore a 689 miliardi di lire, oppure il fatturato totale realizzato a livello nazionale e nell'ultimo esercizio fiscale dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione deve essere superiore al 69 miliardi di lire.

trebbe consentire di risolvere i dubbi in merito alla delimitazione delle rispettive sfere di competenza dell'Autorità Garante e dell'Autorità in tutte quelle ipotesi nelle quali le operazioni notificate dovessero presentare elementi di rilievo sia da un punto di vista dell'applicazione delle disposizioni della L. 287/90 sia dal punto di vista delle norme della Legge Maccanico. E dunque — in sostanza — l'obbligo della doppia notifica sarebbe tale solo nella misura in cui l'intesa o la concentrazione ricada nella sfera di sostanziale interesse (vuoi quindi per gli effetti anticoncorrenziali, vuoi per la lesione o meno del pluralismo) di *entrambe* le *Authorities*. In tutti questi casi, eventuali sovrapposizioni di competenze potrebbero essere evitate se i due organismi chiamati a valutare le operazioni notificate perseguissero effettivamente le proprie finalità⁶⁹.

Il tentativo interpretativo sopra accennato, comunque, non fa venir meno un ulteriore ultimo elemento di differenziazione tra la Legge Maccanico e la L. 287/90, con riferimento alla comunicazione delle intese. Come è noto infatti la L. 287/90 non pone un obbligo di comunicazione preventiva delle intese⁷⁰, mentre la Legge Maccanico sembrerebbe quest'obbligo imporlo — aprioristicamente — agli operatori del settore.

È prevedibile, alla luce delle disposizioni esaminate, che l'applicazione dei principi e dei criteri *antitrust* da parte delle due *Authorities* porterà altresì inevitabilmente a problemi interpretativi ed anche operativi.

In particolare, per quanto concerne le televisioni a pagamento, l'interrogativo concerne il metodo di analisi che verrà utilizzato dall'Autorità nell'individuare e qualificare il mercato televisivo: ci si chiede cioè se il settore delle *pay-tv* verrà considerato un mercato autonomo e rilevante, o meglio — per usare la terminologia della Legge Maccanico — un mercato di riferimento.

Nell'attesa dei primi provvedimenti dell'Autorità in materia, e assumendo che la qualificazione del mercato televisivo che verrà effettuata dall'Autorità non si discosterà sostanzialmente da quella consolidatasi nella giurisprudenza dei competenti organismi *antitrust*, sia italiano che comunitario, è opportuno procedere ad una breve analisi degli orientamenti prevalenti nella giurisprudenza *antitrust* dell'Autorità Garante e della Commissione UE con riferimento alla definizione del mercato rilevante nel settore televisivo.

6. BREVI CENNI SULLA NOZIONE DI MERCATO RILEVANTE.

«I mercati rilevanti, del prodotto e geografico, costituiscono l'ambito entro il quale deve essere valutato il potere di mercato delle imprese, sia

⁶⁹ Perplesità in merito alla effettiva possibilità di coordinamento delle due autorità sono espresse anche da P. FATTORI, *Brevi note sulla ripartizione di competenze tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in *Concorrenza e Mercato*, 1998, Milano, pag. 483 e ss. L'Autore ritiene che la norma sia caratterizzata da una formulazione univoca, seppur infelice, e che pertanto essa non sia su-

scettibile di essere applicata in maniera contrastante con la sua interpretazione letterale.

⁷⁰ V. in particolare l'art. 13 della L. 287/90: «Le imprese possono comunicare all'Autorità le intese intercorse. Se l'Autorità non avvia l'istruttoria di cui all'art. 14 entro 120 giorni dalla comunicazione non può più procedere a detta istruttoria, fatto salvo il caso di comunicazioni incomplete o non veritiere».

nei casi di intesa e di abuso di posizione dominante che nei casi di concentrazione. Seguendo un orientamento ormai consolidato, per individuare il mercato rilevante del prodotto l'Autorità tiene conto di tutti i beni o servizi che, dal lato della domanda, sono legati da un significativo rapporto di sostituibilità economica »⁷¹.

Ecco dunque una prima definizione, data dall'Autorità Garante, di ciò che può intendersi per « mercato rilevante », sia da un punto di vista merceologico che geografico.

Anche la Commissione Europea, analogamente all'Autorità Garante, ha recentemente emanato una *Notice*⁷² concernente i principi interpretativi che vengono normalmente utilizzati nella definizione del mercato rilevante, sempre al fine di meglio enucleare e precisare i criteri esegetici adottati nel fissare il mercato di riferimento in sede di applicazione della normativa comunitaria *antitrust*⁷³.

La scelta del criterio interpretativo attraverso il quale procedere alla definizione del mercato rilevante nei singoli casi costituisce certamente una questione decisiva per quanto concerne l'applicazione pratica della normativa *antitrust*, discussa per lungo tempo da giuristi ed economisti⁷⁴.

Le ragioni di tale prolungato dibattito devono essere rinvenute nell'importanza che assume la ricerca di un soddisfacente sistema metodologico sulla base del quale procedere alla delimitazione del mercato rilevante nella valutazione di eventuali violazioni poste in essere da parte delle imprese in materia di concorrenza. Il metodo concettuale adottato, il modello o l'insieme dei modelli di riferimento, devono essere il più omogenei e costanti possibili in modo da garantire la coerenza ed il rigore argomentativo delle decisioni adottate dagli organismi di vigilanza *antitrust* ed in modo da fornire anche agli operatori economici standard « comportamentali » ai quali attenersi.

Negli ultimi anni — sia a livello comunitario che a livello interno — ha prevalso, com'è noto, il criterio interpretativo di cui è espressione la formula definitoria adottata dall'Autorità Garante sopra richiamata. Secondo questa impostazione il mercato rilevante può essere identificato con il più piccolo *contesto* (insieme di prodotti, area geografica) nel cui ambito è pos-

⁷¹ Relazione Annuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 30 aprile 1996, pag. 168-169.

⁷² *Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of the Community competition law* (« Commission Notice »), in OJ C 372 del 9 dicembre 1997. Da un punto di vista pratico la Commissione identifica di volta in volta le fonti alternative di approvvigionamento di un dato bene all'interno del mercato di riferimento, in modo tale da stabilire se vi siano operatori in posizione tale da poter determinare la propria strategia commerciale in maniera del tutto indipendente dagli altri operatori attivi all'interno della medesima area merceologica di riferimento (v. *Commission Notice*, cit., cap. II).

⁷³ Per un'analisi approfondita degli

effetti e delle conseguenze applicative della *Commission Notice*, v. M. FURSE, *Market Definition - the Draft Commission Notice*, in *European Competition Law Review*, settembre 1997, pag. 378 e ss.; K.S. DESAI, *The European Commission's Draft Notice on Market Definition: a Brief Guide to the Economics*, in *European Competition Law Review*, ottobre 1997, pag. 473 e ss.; e S. BAKER - L. WU, *Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission*, in *European Competition Law Review*, giugno 1998, pag. 273 e ss.

⁷⁴ V. gli interessanti spunti di G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, pubblicazione a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, giugno 1995, pag. 9.

sibile, tenendo conto delle esistenti possibilità di *sostituzione* del prodotto considerato, la creazione di un significativo *market power*⁷⁵. Il criterio della sostituibilità del prodotto è dunque il « criterio principe » adottato dall'Autorità Garante nell'analisi dei mercati oggetto di indagine⁷⁶.

Una volta identificato l'apparato metodologico-concettuale da utilizzare nella definizione del mercato rilevante (sostituibilità del prodotto), si procederà ad una ulteriore delimitazione del settore merceologico interessato dal comportamento potenzialmente anticoncorrenziale, analizzando la sostituibilità del prodotto sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta⁷⁷. L'appartenenza di un determinato prodotto ad un certo mercato rilevante di riferimento — sotto l'aspetto merceologico — è dunque determinata con riguardo al « grado di sostituibilità » del prodotto stesso, quest'ultimo a sua volta definito sulla base dell'osservazione empirica delle scelte e dei gusti dei consumatori⁷⁸.

Dal punto di vista della domanda un certo mercato viene considerato rilevante limitatamente a tutti quei prodotti che i consumatori ritengono essere indifferentemente sostituibili gli uni con gli altri, con particolare riferimento *a)* alle caratteristiche tecniche, *b)* alla destinazione d'uso e *c)* al prezzo dei prodotti stessi⁷⁹. Il sistema metodologico normalmente adottato dalle autorità *antitrust* attribuisce dunque rilevanza all'analisi economica ed empirica dell'orientamento delle abitudini dei consumatori⁸⁰ in relazione a variazioni anche minime del prezzo di un dato prodotto⁸¹.

Il mercato del prodotto può anche essere definito — sebbene ciò accada più raramente e specie con riferimento alle intese cosiddette « orizzontali »⁸² — sulla base del criterio dell'offerta. Tale sistema di analisi viene

⁷⁵ Intese restrittive della concorrenza e abusi di posizioni dominanti, devono quindi essere considerati illeciti e pertanto sanzionabili nella misura in cui si realizzano in un mercato « dato ». È stato correttamente osservato che l'importanza rivestita dalla determinazione del mercato rilevante, è decisiva nelle singole fattispecie concrete ed è addirittura analoga a quella della descrizione e della valutazione dei fatti dai quali trae origine l'indagine dell'Autorità Garante. V. S. MECELLI, *Il mercato rilevante*, Concorrenza e Mercato, Milano, 1996, pag. 85.

⁷⁶ Questa è l'efficace definizione data da A. NIUTTA, *Il mercato rilevante*, Concorrenza e Mercato, 1998, Milano, pag. 132.

⁷⁷ V. M. GARIBOLDI, *Il mercato rilevante*, Concorrenza e Mercato, 1995, Milano, pag. 24 secondo il quale nel definire il mercato rilevante, l'Autorità Garante prenderebbe in considerazione « tutti e soli i prodotti che se forniti da un'unica impresa potrebbero essere offerti ad un prezzo superiore a quello concorrenziale per un arco di tempo sufficientemente esteso ».

⁷⁸ La Relazione Annuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 30 aprile 1995, a pag. 130 precisa a tale ri-

guardo che: « nell'ipotesi in cui i mercati esaminati siano particolarmente frammentati il concetto di rilevanza non attiene all'incidenza del mercato locale sul totale dell'economia nazionale, quanto piuttosto alla sua significatività per il consumatore, in relazione alle alternative di cui quest'ultimo possa ragionevolmente disporre ».

⁷⁹ Deve essere rilevato che contrariamente a quanto spesso si ritiene, per prezzo del prodotto non si intende il costo economico di un dato bene, quanto piuttosto il cosiddetto « costo di sostituzione » che grava sul consumatore che voglia appunto sostituire un dato bene oggetto di pratiche anticoncorrenziali per acquistare un bene differente e ipoteticamente intercambiabile, cioè dotato delle medesime qualità tecniche e della stessa finalità di utilizzo. V. sul punto A. FRIGNANI, *Diritto antitrust italiano, Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, Bologna, pag. 326.

⁸⁰ M. GARIBOLDI, *cit.*, pag. 25.

⁸¹ A livello comunitario tale concetto lo si trova, fra le altre decisioni, in *Tetra Pak I* del 26 luglio 1988 in G.U.C.E. L. 272, 4 ottobre 1988.

⁸² Sono orizzontali le intese « intercorrenti tra imprese impegnate in attività economiche sullo stesso mercato del pro-

adottato per lo più nei casi in cui l'indagine sia condotta con riguardo a mercati particolarmente complessi e compositi, specie quando gli operatori del settore sono in grado di offrire diversi sottotipi di prodotti appartenenti ad una medesima categoria. In codeste ipotesi l'analisi economica è finalizzata a verificare se i produttori del bene — o del servizio — abbiano la capacità potenziale di modificare la qualità o le caratteristiche del prodotto offerto, senza essere costretti a sostenere costi aggiuntivi eccessivamente elevati⁸³. La capacità potenziale di adeguare le proprie strutture produttive ai mutamenti generati da uno degli altri operatori, determina l'appartenenza dell'impresa a quello specifico mercato considerato.

Come già si è avuto modo di osservare, il mercato rilevante presenta altresì una connotazione geografica data dal grado di sostituibilità del prodotto all'interno di una certa area di riferimento⁸⁴; tuttavia la delimitazione del mercato rilevante con riguardo all'estensione territoriale è generalmente meno problematica e pertanto di minor interesse rispetto alla determinazione del mercato rilevante del prodotto.

I criteri metodologici interpretativi adottati per la definizione di un dato mercato rilevante oggetto di indagine, si sono consolidati nel tempo per via giurisprudenziale, ed è significativo che per la prima volta dal 1990 ad oggi, la Relazione dell'Autorità Garante per l'anno 1998 non effettui alcuna considerazione in merito ai canoni ermeneutici utilizzati per la delimitazione delle aree merceologiche di riferimento⁸⁵.

Una volta determinato in via generale l'insieme dei metodi di indagine empirica si procederà a circoscrivere l'area di analisi — come sopra ricordato — mediante l'utilizzo di ulteriori canoni esegetici più selettivi: (i) caratteristiche tecniche, (ii) destinazione d'uso, (iii) prezzo del prodotto⁸⁶.

Naturalmente la delimitazione di una data area merceologica può avvenire, sempre utilizzando i criteri generali di indagine che si sono visti, anche *a contrario*: una significativa capacità di autodeterminare il prezzo di un certo prodotto, senza subire i condizionamenti degli altri operatori del mercato, evidenzia una situazione certamente anticoncorrenziale che si sostanzia o nella presenza di una posizione dominante o nella autonomia

dotto o su un singolo gruppo di prodotti», Relazione Annuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 30 aprile 1992, pag. 16.

⁸³ Il settore merceologico utilizzato come esempio dalla Commissione al fine di spiegare come venga applicato nella pratica il principio della sostituibilità del bene dal lato dell'offerta è quello relativo alla fabbricazione della carta, caratterizzato dalla molteplicità di prodotti e di qualità del bene che rendono i prodotti non perfettamente intercambiabili tra loro. I produttori possono variare le specifiche tecniche di manifattura del bene senza dover sostenere costi elevati, mentre i consumatori non considerano come indifferentemente sostituibili la carta utilizzata per impaginare un libro o la carta da pacchi: in questo caso, è evidente che

il criterio esegetico scelto al fine di determinare il mercato di riferimento (sostituibilità dal lato della domanda o dal lato dell'offerta) è alternativo. V. *Commission Notice*, cit., cap. II.

⁸⁴ Tra i fattori principali da tenere in considerazione ai fini della determinazione del mercato geografico di riferimento, vi sono (i) le caratteristiche dei prodotti (ad esempio deperibilità, elevato costo delle spese di trasporto ecc.), nonché (ii) le abitudini dei consumatori potenziali, le loro preferenze, i loro gusti (v. *Commission Notice*, cit., cap. II).

⁸⁵ Relazione Annuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 30 aprile 1998, pag. 163 e ss.

⁸⁶ Relazione Annuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 30 aprile 1994, pag. 166.

rilevanza del mercato nel quale agisce l'operatore la cui attività è oggetto di indagine⁸⁷.

Talvolta, dopo aver delimitato il singolo mercato di riferimento, le autorità *antitrust* procedono alla verifica all'interno del settore merceologico così determinato, della presenza di barriere — di carattere tecnologico o legislativo⁸⁸ — che ostacolano l'ingresso di nuovi operatori intenzionati a penetrarvi (le cosiddette « barriere all'ingresso »).

Riassumendo conclusivamente: i canoni ermeneutici utilizzabili in occasione di indagini *antitrust* ai fini della determinazione del mercato rilevante, possono essere di diversa natura. Il criterio metodologico prevalentemente adottato, sia dall'Autorità Garante, che dalla Commissione UE, si fonda su un'analisi economica ed empirica basata sulla sostituibilità del prodotto (soprattutto dal lato della domanda) con riferimento alle abitudini ed ai gusti dei consumatori. Il risultato di questa indagine determina i confini effettivi dell'area merceologica considerata.

7. IL MERCATO TELEVISIVO RILEVANTE NELLA GIURISPRUDENZA DELL'AUTORITÀ GARANTE.

Le considerazioni che precedono dovrebbero aver fornito — se pur superficialmente — gli strumenti necessari per seguire l'analisi che verrà ora condotta circa i criteri metodologici ed interpretativi adottati dall'Autorità Garante nella determinazione del mercato rilevante, con particolare riferimento al settore televisivo in generale ed alle *pay-tv* in particolare.

Il primo provvedimento in occasione del quale l'Autorità Garante si è pronunciata in merito alla determinazione del mercato televisivo rilevante è quello relativo al caso *Cecchi Gori Communication/Globo Europa*⁸⁹.

Nel caso di specie, i mercati interessati dall'operazione sono « quello dell'emittenza televisiva non a pagamento e quello della raccolta pubblicitaria destinata alla televisione ». L'Autorità Garante ravvisa una stretta interconnessione tra i due mercati così enucleati, ed illustra brevemente le ragioni di tale legame. Le emittenti televisive non a pagamento si finanziano con i proventi derivanti dalla « vendita » degli spazi pubblicitari, la cui « appetibilità » è direttamente proporzionale all'importanza del network televisivo che li trasmette ed all'audience del programma all'interno del quale i messaggi pubblicitari vengono inseriti. Tale mercato è composto sia dalle emittenti cosiddette pubbliche⁹⁰ che dalle emittenti private in

⁸⁷ Gli aumenti di prezzo sulla base dei quali viene condotta la verifica della autonomia di un certo mercato sono in genere nell'ordine del 5-10% (v. *Commission Notice*, cit., cap. II).

⁸⁸ V. sul punto S. MECELLI, *Il mercato rilevante*, in *Concorrenza e Mercato*, 1997, Milano, pag. 62.

⁸⁹ Il provvedimento è in Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, n. 38/1995, alle pagg. 13-16 quanto l'avvio dell'istruttoria, ed alle pagg. 45-46 quanto al relativo provvedimento. L'Auto-

rità Garante, nel caso di specie, doveva verificare gli eventuali effetti anticoncorrenziali prodotti dall'operazione di acquisizione, da parte della società Cecchi Gori Communication S.p.A. dell'intero pacchetto azionario dell'olandese Globo Europa Bv.

⁹⁰ Le emittenti non a pagamento pubbliche (le tre reti RAI) si finanziano in realtà con un regime « misto », dal momento che alle entrate costituite dalla vendita degli spazi pubblicitari devono aggiungersi quelle relative ai canoni versati annualmente dagli abbonati.

quanto entrambe operano in chiaro e si spartiscono le quote di audience dalle quali dipende « *l'allocazione delle risorse destinate alla pubblicità televisiva* ».

Dall'individuazione di un autonomo mercato della televisione non a pagamento, non può che desumersi, *a contrario*, l'esistenza di un mercato altrettanto autonomo, benché « *contiguo* » della televisione a pagamento. Ed infatti, l'Autorità Garante segnala l'esistenza di tale mercato distinto ed anch'esso senz'altro rilevante, richiamandosi — allo scopo di suffragare la propria interpretazione — ad una decisione della Commissione UE (si tratta della decisione *MSG Media Service*, sulla quale si tornerà più diffusamente in seguito)⁹¹.

Secondo l'Autorità Garante, il settore merceologico della televisione generalmente considerato risulta essere composto da due distinti sottomercati, certamente autonomi tra loro ed entrambi rilevanti: quello della televisione non a pagamento (commerciale e pubblica) e quello della *pay-tv*.

L'elemento di maggior interesse del provvedimento in esame è però senz'altro costituito dall'*iter* argomentativo sotteso alla suddivisione dei mercati televisivi, e dagli strumenti di ricerca adottati dall'Autorità Garante.

Come già si è avuto modo di rilevare, il criterio di analisi per mezzo del quale l'Autorità Garante procede normalmente alla definizione di un dato mercato, al fine di determinarne l'autonomia o la rilevanza, è quello della sostituibilità del prodotto, con riferimento alle scelte ed ai gusti dei consumatori.

Con il provvedimento *Cecchi Gori/Globo Communications* l'Autorità Garante si discosta sensibilmente da tale metodologia (che, peraltro, essa stessa ha dichiarato programmaticamente di applicare)⁹². La bipartizione tra mercato televisivo non a pagamento e mercato delle *pay-tv* così come argomentata, è il risultato cioè di un'analisi condotta secondo un sistema nuovo, che nulla ha a che vedere con il metodo di indagine consueto. L'Autorità Garante infatti precisa che « *mentre nel caso delle televisioni non a pagamento la relazione economica principale intercorre tra emittenti televisive ed imprese che acquistano spazi pubblicitari, nel caso delle televisioni a pagamento la relazione economica principale intercorre tra emittenti televisive e telespettatori abbonati* »⁹³.

La determinazione del mercato rilevante per la televisione non è il risultato dell'applicazione del principio della sostituibilità del bene dal lato della domanda, ma piuttosto di un diverso criterio di natura *lato sensu* economica, che troverebbe giustificazione e fondamento nella presenza di una non chiara « *relazione economica principale* » intercorrente tra telespettatori e reti televisive. Nessun rilievo è dato ai gusti dei consumatori nella scelta dei programmi, così come nessuna importanza sembra assumere il prodotto televisivo in quanto tale⁹⁴.

⁹¹ V. *infra*, par. 8.

⁹² V. Relazione Annuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1996, cit.

⁹³ V. Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, n. 38/1995 cit., pagg. 14-15.

⁹⁴ Nel caso in esame l'intervento del-

l'Autorità Garante era stato sollecitato dal Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria che aveva al contrario ritenuto che il mercato di riferimento nell'ipotesi di specie fosse costituito dall'« *emittenza diffusa in ambito nazionale* » e che — per delimitare tale mercato — dovessero essere presi in considerazione non tanto gli indici di

L'iter argomentativo adottato dall'Autorità Garante in occasione del provvedimento in esame, trova conferma anche nelle decisioni successive, seppur non senza contraddizioni. Nuovamente dietro segnalazione del Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria, l'Autorità Garante ha avuto modo di esaminare specificamente il settore delle televisioni a pagamento, con particolare riferimento alla cessione in esclusiva dei diritti di trasmissione televisiva di eventi sportivi: nel caso *FMI/Telepiù*⁹⁵. Ancora una volta il mercato televisivo viene bipartito: vengono così contrapposti da un lato il mercato della televisione generalista in chiaro, dall'altro quello delle televisioni tematiche criptate⁹⁶.

Sembrerebbe dunque non esserci nulla di nuovo rispetto al provvedimento precedentemente esaminato. Senonché, in *FMI/Telepiù*, l'Autorità Garante argomenta le proprie conclusioni, oltre che sulla base del criterio metodologico di definizione del mercato rilevante basato sulla « *relazione economica principale* » che alimenterebbe il settore televisivo determinandone la ripartizione che si è vista, anche in ragione di un diverso criterio fondato su quel principio di sostituibilità del bene che sembrava essere stato abbandonato proprio con il provvedimento relativo al caso *Cecchi Gori Communications/Globo Europa*. Adottando tale canone metodologico sarebbe possibile identificare un mercato dei diritti televisivi per programmi di natura sportiva. L'Autorità Garante giunge ad affermare che « *L'individuazione esatta dei mercati che compongono tale mercato richiederebbe la determinazione del grado di sostituibilità, per le emittenti televisive esistenti, tra i diversi programmi atti alla formazione del palinsesto* »⁹⁷. E così l'Autorità Garante conduce una prima superficiale valutazione sull'eventuale grado di sostituibilità dei diritti televisivi di gare motociclistiche (cioè il prodotto oggetto del mercato in esame), con i diritti di trasmissione televisiva di altri avvenimenti comunque sportivi nonché con differenti forme di intrattenimento.

L'analisi dell'Autorità Garante dunque utilizza in un primo momento, benché superficialmente, proprio gli elementi essenziali tipici del criterio metodologico di determinazione del mercato rilevante che stanno alla

ascolto degli operatori del settore quanto piuttosto i ricavi televisivi complessivamente realizzati da ciascuna emittente in ambito nazionale. Di fatto la differente definizione del mercato di riferimento non portò ad una decisione contrastante: sia l'Autorità Garante sia il Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria non hanno ritenuto di dover avviare l'istruttoria.

⁹⁵ Il caso vedeva coinvolte la Federazione Motociclistica Italiana e Telepiù 2 (che all'epoca era la rete tematica sportiva a pagamento facente capo all'emittente Telepiù), il provvedimento è pubblicato in Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, n. 7/96, pagine 65-67 e 107-108.

⁹⁶ Si legge nel testo del provvedimento in esame: « *Possiamo così individuare un mercato della televisione generalista in chiaro, in cui le emittenti televisive compe-*

tono tra loro per l'acquisizione di inserzioni pubblicitarie negli spazi esistenti tra i diversi programmi e all'interno dei programmi, ed un mercato (o più mercati) delle televisioni tematiche codificate, in cui le emittenti televisive competono tra loro per acquistare abbonati ». Per un commento del provvedimento dell'Autorità Garante si veda anche G. MANGIONE, *AIDA* 1996, Milano, pag. 747 ss.

⁹⁷ Nel caso in esame l'Autorità Garante non ha tuttavia ritenuto che la trasmissione di gare motociclistiche avrebbe potuto costituire « *un fattore di particolare rilevanza per la composizione di un palinsesto utile a garantire una audience adeguata allo svolgimento dell'attività di fornitura di servizi televisivi, sia nel caso di una emittente che trasmette solo eventi sportivi sia nel caso di una emittente pluritematica* ».

base del principio della sostituibilità del prodotto dal lato della domanda. Ma poi, inspiegabilmente, abbandona tale canone di ricerca: la decisione finisce con il fondarsi esclusivamente sull'analisi delle *relazioni economiche* che consentono al sistema televisivo di finanziarsi, in considerazione delle quali televisioni a pagamento e televisioni non a pagamento non possono che appartenere a due mercati distinti (anche se contigui)⁹⁸.

È stato giustamente osservato⁹⁹ che l'analisi per la definizione del mercato televisivo rilevante nel caso in esame è stata condotta in maniera alquanto approssimativa da parte dell'Autorità Garante, la quale pur avvedendosi che per meglio delimitare i confini del mercato televisivo sarebbe stato necessario determinare il « grado di sostituibilità », per ciascuna delle emittenti televisive, dei programmi che compongono il palinsesto, tuttavia non ha poi approfondito tale propria « intuizione ».

L'intervento dell'Autorità Garante si rivela dunque essere fortemente contraddittorio in quanto da un lato conferma la bipartizione del mercato televisivo nel mercato della televisione generalista in chiaro e delle *pay-tv* tematiche, e dall'altro evidenzia, senza soffermarvisi però sufficientemente, l'importanza del contenuto dei programmi trasmessi, e la possibilità di poter procedere ad una *diversa* analisi che tenga conto anche della struttura del palinsesto e del contenuto del programma trasmesso¹⁰⁰. In questo caso l'Autorità Garante si è dunque effettivamente interessata delle qualità del prodotto oggetto dell'indagine, come avrebbe dovuto fare se avesse seguito i criteri esegetici tradizionali, senza giungere tuttavia alle conseguenze che sarebbero dovute logicamente scaturire da tale *iter* logico.

Le emittenti televisive sono nuovamente oggetto di analisi nel provvedimento *Canal Plus/Nethold*.¹⁰¹ I mercati interessati dall'indagine in questo caso sono tre: il mercato dell'emittenza televisiva a pagamento, quello dei servizi amministrativi e tecnici per la televisione a pagamento¹⁰² e quello della raccolta dei proventi derivanti dagli spazi pubblicitari televisivi.

⁹⁸ Si noti che la Commissione UE aveva già avuto modo di affermare, con riferimento alla delimitazione del mercato rilevante nel settore televisivo che « *Il mercato generale dei programmi è suddiviso in mercati separati a seconda dei tipi di programmi [...] solo limitatamente intercambiabili.* » Commissione, 11 giugno 1993, caso IV/32150, *EUR - Sistema Eurovisione*, in *GUCE* 22 luglio 1993, L 179/23 e altresì *Riv. dir. sportivo*, 1995, pag. 845 ss., con commento di R. Pardolesi.

⁹⁹ V. G. MANGIONE, *AIDA*, 1996, cit., pag. 752.

¹⁰⁰ L'Autorità Garante non analizza affatto il grado di permeabilità dei mercati televisivi che risultano dalla suddivisione ulteriore operata con riferimento al contenuto dei programmi, anche se non ha mancato di evidenziare una differenziazione del mercato fondata sulla specificità e sulla qualità dei programmi.

¹⁰¹ Il provvedimento è pubblicato in Bollettino dell'Autorità Garante della

Concorrenza e del Mercato n. 7/97, pag. 32. Ancora una volta la segnalazione era pervenuta dal Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria. L'operazione soggetta all'esame dell'Autorità Garante consisteva nell'acquisizione da parte della società francese Canal Plus, dell'intero capitale sociale della Nethold a sua volta azionista di Telepiù, con conseguente scambio di partecipazioni azionarie: al termine dell'operazione la società francese avrebbe esercitato il controllo sull'emittente italiana.

¹⁰² Si tratta sostanzialmente dei servizi connessi con le infrastrutture necessarie alla trasmissione ed alla ricezione di programmi in forma criptata: servizi di gestione degli abbonamenti, installazione di antenne, locazione o comodato dei decoder; l'individuazione di questo ulteriore e distinto mercato pare anch'essa criticabile, svolgendo tali servizi una funzione meramente ausiliaria ed ancillare dell'emittente televisiva a pagamento.

Nel procedere alla definizione dei sottomercati che compongono il mercato della televisione, l'Autorità Garante ritorna sui propri passi: l'*iter* logico ed argomentativo sul quale si fonda la suddivisione dei mercati televisivi è nuovamente quello basato sulla determinazione della « *relazione economica principale* » che caratterizza i singoli settori televisivi e che intercorre — per le televisioni non a pagamento — tra le emittenti e le imprese che acquistano gli spazi pubblicitari, mentre — per le *pay-tv* — tra abbonati ed emittenti. La conseguenza dell'utilizzo di tale criterio di ricerca non può che portare alla conseguenza che già si è vista in precedenza: televisione non a pagamento e televisione a pagamento costituiscono due mercati autonomi e senz'altro distintamente e significativamente rilevanti¹⁰³.

Ancora nel provvedimento *Canal Plus/Telepiù*¹⁰⁴, l'Autorità Garante ha adottato tale *iter* argomentativo: abbandonato definitivamente l'utilizzo del criterio metodologico della sostituibilità del prodotto, la distinzione dei mercati viene fondata sull'analisi delle « *principali relazioni economiche* » intercorrenti all'interno dei singoli settori televisivi.

L'Autorità Garante nel descrivere l'operazione in esame si sofferma, ed è questa la sola novità di rilievo rispetto agli altri provvedimenti sopra richiamati, sulla composizione del mercato dell'emittenza televisiva a pagamento, rilevando che all'interno di tale mercato altre « *attività* » possono essere svolte dalle *pay-tv*, quali ad esempio la *pay-per-view* e il *video-on-demand*. Qualificando queste componenti del mercato dell'emittenza televisiva a pagamento come attività, l'organismo di vigilanza *antitrust* sembrerebbe escludere che esse costituiscano autonomi settori merceologici distinti e rilevanti. Ma anche questa conclusione pare affrettata e non convincente, o meglio suscettibile di essere modificata nel tempo: l'evoluzione tecnologica ed un eventuale sviluppo asimmetrico dei singoli mercati di cui si compone il settore della televisione a pagamento potrebbero, in un futuro certamente prossimo, portare ad una frammentazione del mercato dell'emittenza televisiva a pagamento¹⁰⁵; in una ipotesi siffatta, le attività ed i servizi attualmente offerti dalle *pay-tv* diventerebbero dunque a loro volta singoli e distinti mercati rilevanti?

La suddivisione del mercato televisivo così come effettuata dall'Autorità Garante nel caso in esame non convince neppure da un punto di vista metodologico: l'impostazione ora descritta finisce infatti con il dare esclusivo rilievo a differenze nelle tecniche di programmazione. Se è vero che basta una semplice innovazione tecnologica, anche di portata minima, a differenziare tra loro le modalità di effettuazione della trasmissione del segnale, determinando così la nascita di altrettanti distinti mercati rilevanti, allora si avrà un'inarrestabile polverizzazione del mercato televisivo, con la con-

¹⁰³ Il provvedimento dell'Autorità Garante è criticato da M. SIRAGUSA, *Competition and the Guarantee of Pluralism of Information in the Recent Italian Television Broadcasting Regulation*, cit., pag. 28.

¹⁰⁴ Il provvedimento *Canal Plus/Telepiù*, è pubblicato in Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, n. 38/97, pag. 16 e ss.

¹⁰⁵ Tale eventuale evoluzione del mercato televisivo è, sebbene solo *in nuce*, nelle stesse parole dell'Autorità Garante; nel provvedimento in esame si legge infatti a pag. 17 quanto segue: « *Le attività che possono essere svolte nel mercato dell'emittenza televisiva a pagamento sono quelle di premium pay-tv, pay-per-view, video-on-demand, ecc.* ».

seguenza che ciascun operatore non potrà che trovarsi in posizione dominante all'interno del minuscolo mercato in cui opera.

Ed infatti nel recente provvedimento *Compagnie Général des Eaux/Havas*¹⁰⁶, tra i mercati rilevanti interessati dall'operazione di concentrazione al vaglio dell'Autorità Garante c'è anche il mercato « dell'offerta di canali televisivi a tema via satellite o via cavo » intendendosi per canali televisivi a tema i « canali offerti ai consumatori come parte di un pacchetto o come un singolo canale a opzione attraverso l'utilizzo del satellite o via cavo ».

L'Autorità Garante non si sofferma neppure più ad illustrare il percorso metodologico di ricerca adottato nella determinazione del mercato rilevante. I mercati televisivi vengono affrettatamente distinti, semplicemente ed aprioristicamente, secondo la modalità di trasmissione dei programmi o secondo un particolare connotato tecnologico che caratterizza l'emissione del segnale. Nessun riferimento ai contenuti dei programmi televisivi, ai gusti dello spettatore, alla composizione del palinsesto.

8. IL MERCATO TELEVISIVO RILEVANTE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA COMMISSIONE UE.

Con la decisione *MSG Media Service*¹⁰⁷, la Commissione ha dato una

¹⁰⁶ Il provvedimento è in Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, n. 18/98, pag. 7 e ss. L'operazione esaminata dall'Autorità Garante consisteva nella fusione per incorporazione da parte della società francese *Compagnie Générale des Eaux* di altra società, anch'essa francese, *Havas*. L'Autorità Garante ha deciso di non avviare alcuna indagine in quanto l'operazione comunicata non avrebbe comunque determinato alcuna modificazione degli assetti concorrenziali nei mercati interessati poiché l'impresa incorporante non era attiva in nessuno di essi.

¹⁰⁷ Si trattava, nel caso di specie, di un progetto relativo ad una operazione di concentrazione nella quale erano coinvolti tre dei maggiori operatori tedeschi di telecomunicazioni (*Bertelsmann*, *Taurus* e *Deutsche Telekom*), i quali intendevano costituire un'impresa comune, *MSG* appunto, che avrebbe avuto ad oggetto la fornitura delle infrastrutture connesse alla trasmissione ed alla ricezione dei programmi criptati, anche in forma digitale. Il gruppo *Bertelsmann* è leader in Europa nel settore dei media ed opera principalmente nel campo dell'editoria, della stampa, delle incisioni musicali e delle TV commerciali; *Taurus* è una holding francese facente capo al gruppo *Kirch* (il principale fornitore tedesco di film e programmi tele-

visivi), anch'esso attivo nella TV commerciale, sia dentro che fuori dai confini tedeschi; *Deutsche Telekom* è l'ente pubblico delle telecomunicazioni in Germania, attivo naturalmente in tutti i settori legati alle telecomunicazioni, prima della liberalizzazione - e perciò all'epoca del provvedimento era il solo operatore nella telefonia fissa ed in posizione dominante nella gestione delle reti televisive via cavo tedesche. Il mercato dei servizi necessari al funzionamento delle *pay-tv* non aveva ancora, all'epoca del progetto *MSG*, autonomia rilevante, come sottolineato dalla stessa Commissione, in quanto era l'unica emittente a pagamento, *Première* (società nella quale sia *Bertelsmann* che *Kirch* detenevano una partecipazione azionaria), a provvedere alla fornitura dei suddetti servizi. Il mercato delle infrastrutture per la televisione a pagamento (sull'autonomia del quale già all'epoca della decisione la Commissione non aveva alcun dubbio), costituisce una tipica ipotesi di « mercato a valle », rispetto al distinto mercato della *pay-tv*, all'ingresso del quale gli operatori del mercato a monte possono porre rilevanti barriere. La Commissione ha avuto modo di esaminare nuovamente nel corso del 1998 la problematica relativa alla tutela ed allo sviluppo della concorrenza nell'area della televisione a pagamento e della fornitura dei servizi e delle infrastrutture

chiara definizione di mercato televisivo rilevante¹⁰⁸, illustrandone struttura e composizione e condizionando le pronunce successive della stessa Autorità Garante¹⁰⁹.

In questo caso l'analisi è stata condotta utilizzando il medesimo criterio metodologico che ha poi ispirato le decisioni dell'Autorità Garante: la Commissione infatti ripartisce il mercato della televisione in ragione della « *relazione di scambio* »¹¹⁰ di natura economica sulla base della quale si finanziano le emittenti e che, come si è visto, intercorre tra abbonati ed emittenti nel caso delle *pay-tv* e tra aziende che acquistano spazi pubblicitari ed emittenti nel caso della televisione non a pagamento.

Determinati così i singoli mercati televisivi rilevanti, la Commissione procede ad esaminare le condizioni di concorrenza proprie del settore della televisione a pagamento e della televisione in chiaro. La Commissione ritiene che le caratteristiche concorrenziali dei due mercati siano sostanzialmente diverse in quanto il mercato della *pay-tv* sarebbe condizionato prevalentemente dagli interessi specifici degli spettatori per dati programmi e dall'ammontare dei canoni di abbonamento, mentre l'andamento del mercato della televisione non a pagamento sarebbe determinato dalle quote di ascolto e dalle tariffe degli spazi pubblicitari collocati all'interno dei programmi.

Il sistema metodologico illustrato suscita tuttavia qualche perplessità, specie se si considera che esso ha ben poco a che vedere con la metodologia di ricerca che la stessa Commissione ha dichiarato espressamente di adottare, vale a dire il criterio della sostituibilità del prodotto (dal lato della domanda o dal lato dell'offerta). La Commissione segnala, incidentalmente e senza trarne le logiche e dovute conseguenze, la presenza di un elemento ulteriore ai fini della determinazione delle condizioni di concorrenzialità del mercato televisivo: si tratta in sostanza del contenuto e della qualità intrinseca dei programmi trasmessi, che costituiscono le caratteristiche del prodotto¹¹¹: è a questo punto che la decisione in esame diventa incoerente e contraddittoria.

connesse alla distribuzione dei programmi criptati con il caso *Bertelsmann/Kirch/Première e Deutsche Telekom & Betaresearch*. L'operazione di carattere concentrativo — considerata nel 1998 — da parte della Commissione, coinvolgeva ancora una volta i medesimi protagonisti del caso MSG Media Service (il gruppo Kirch, Bertelsmann, l'emittente televisiva a pagamento Première e la Deutsche Telekom). Nel caso di specie gli effetti anticoncorrenziali si sarebbero prodotti nel settore delle televisioni a pagamento e della fornitura dei servizi per la gestione e la realizzazione delle trasmissioni criptate, nonché con riferimento al progetto di attuazione della piattaforma digitale in Germania. La Commissione, a distanza di quattro anni, si è pronunciata dunque ancora negativamente sul progetto concentrativo che avrebbe comportato il rafforzamento degli attuali operatori tedeschi nel mercato della televisione a pagamento e dei servizi ad essa cor-

relati. Un'analisi critica di quest'ultimo provvedimento è in *Bertelsmann/Kirch/Première: Never say never again*, C. Kolboldt, in *London Economics*, N. 9 luglio 1998, pag. 5.

¹⁰⁸ Decisione del 9 novembre 1994, IV/M.469 - *MSG Media Service* (94/922/CE) in GUCE, N. L 364/1 del 31 dicembre 1994.

¹⁰⁹ Si vedano a tale proposito i richiami effettuati dall'Autorità Garante nei provvedimenti *Cecchi Gori Communications /Globo Europa* (Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 38/95 pag. 14) e *Canal Plus/Nethold* (Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 7/97, pag. 34) e *supra* par. 7.

¹¹⁰ V. IV/M.469 - *MSG Media Service*, cit., par. 32.

¹¹¹ La Commissione rileva infatti che « *una certa relazione tra la TV a pagamento e quella libera... nella misura in cui la crescita del mercato della TV a pa-*

L'incongruenza del criterio metodologico adottato per definire il mercato televisivo rilevante, si appalesa quando la Commissione, pur ribadendo il carattere originale del mercato della tv a pagamento, rileva che « *la distinzione tra i due mercati potrebbe, tuttavia, stemperarsi nel caso di programmi televisivi a pagamento finanziati con fondi di origine mista* »¹¹², in tal modo fornendo un'argomentazione efficace per confutare proprio la teoria interpretativa da essa stessa sostenuta.

Non appare chiaro per quale motivo la Commissione, pur avendolo superficialmente enunciato¹¹³, non si soffermi invece ad analizzare l'aspetto relativo alla rilevanza dei gusti dei consumatori con riguardo ai programmi trasmessi dalle emittenti televisive, siano esse in chiaro o criptate.

Il contenuto dei palinsesti è — a nostro avviso — proprio l'elemento determinante dal quale dipende l'allocazione delle risorse economiche del settore televisivo. Se è vero che l'alto gradimento di un dato programma (si pensi ad esempio alla « guerra » che i gruppi televisivi si fanno per l'acquisizione dei diritti esclusivi delle partite del campionato di calcio di serie A), rende più appetibile lo spazio pubblicitario messo a disposizione dall'emittente, è altresì vero che gli abbonamenti alle televisioni a pagamento sono condizionati dalla presenza di programmi che il telespettatore considera interessanti a tal punto da essere spinto ad abbonarsi (quali ad esempio prime televisive di film di successo, ed eventi sportivi di grande richiamo).

Le perplessità sopra riportate possono essere riferite anche ad una decisione successiva, ugualmente di notevole rilievo: si tratta del caso *RTL/Veronica*¹¹⁴.

L'analisi dell'operazione è — ancora una volta — occasione per meglio studiare il settore della televisione e per procedere alla definizione del mercato delle trasmissioni televisive.

Nel caso di specie la Commissione sostiene, in apparente contraddizione con quanto costantemente affermato in altre circostanze, che la concorrenza nel mercato delle trasmissioni televisive è costituita dalla lotta che esiste tra le emittenti al fine di « *aggiudicarsi quote di ascolto* »¹¹⁵.

gamento è rallentata da un'offerta di programmi comparabilmente varia da parte delle emittenti libere », IV/M 469 - MSG Media Service, cit., par. 34.

¹¹² Decisione IV/M.469 - MSG Media Service, cit., par. 32.

¹¹³ Decisione IV/M.469 - MSG Media Service, cit., par. 32.

¹¹⁴ Decisione IV/M.533 - RTL/Veronica/Endemol (96/346/CE) del 20 settembre 1995 in GUCE, L 134/32 del 5 giugno 1996. L'operazione di carattere concentrativo, valutata come anticoncorrenziale dall'organo comunitario, consisteva nella creazione di una nuova società — HMG — avente per oggetto la creazione di pacchetti di programmi radiotelevisivi che sarebbero stati trasmessi dalla stessa società costituenda o forniti ad altre emittenti operanti nei Paesi Bassi. I protagonisti dell'o-

perazione in esame, erano tutti attivi nel settore delle telecomunicazioni, nell'area dei Paesi Bassi. RTL e Veronica (quest'ultima inizialmente pubblica è divenuta successivamente una rete commerciale), sono emittenti televisive olandesi, mentre Endemol è un produttore indipendente di programmi televisivi. L'operazione progettata è stata vietata dalla Commissione perché ritenuta lesiva degli equilibri concorrenziali del mercato in questione (specie con riferimento alla difficoltà di ingresso per eventuali nuovi operatori).

¹¹⁵ Il mercato delle trasmissioni televisive viene altresì definito dalla Commissione, in maniera decisamente evocativa, come « mercato dei telespettatori », una definizione che certamente pone in evidenza l'importanza di coloro che sono i veri consumatori del prodotto televisivo.

La Commissione infatti osserva acutamente che: « *vi può essere concorrenza per le quote di ascolto anche tra emittenti finanziate tramite la pubblicità, da un lato, e emittenti pubbliche finanziate solo tramite il canone televisivo o fornitori di TV a pagamento che si finanziano tramite abbonamento, dall'altro. Anche nel caso delle emittenti televisive che non trasmettono pubblicità, la quota di ascolto resta un importante indicatore dell'attrattiva e del gradimento dei canali televisivi per il grande pubblico. In base a quanto detto si può considerare che il mercato dei telespettatori abbraccia tutte le emittenti televisive* »¹¹⁶.

È agevole rilevare come l'affermazione riportata sia in aperto contrasto con quanto precedentemente sostenuto dalla Commissione — nel caso *MSG Media Service* — con riguardo alla suddivisione del mercato televisivo. Sembrerebbe essere sufficiente utilizzare un diverso punto di osservazione adottando come criterio scriminante il programma televisivo ed il rapporto tra programma televisivo e gusti del telespettatore — criterio che altro non è che l'esplicazione del principio della sostituibilità del bene dal lato della domanda — per giungere a conclusioni ben diverse rispetto a quelle del caso precedentemente richiamato.

La conferma della parzialità della visione della Commissione nella definizione del mercato rilevante è ridabita dal fatto che secondo la Commissione accanto (o forse all'interno, su questo punto la Commissione non è chiara), ad un unico mercato dei telespettatori esisterebbe comunque un mercato dei telespettatori bipartito come ormai sappiamo: *pay-tv* da un lato e televisioni in chiaro dall'altro. Questa diversa bipartizione del mercato sarebbe dovuta all'utilizzo di un differente criterio definitorio, quello poi consolidatosi, della relazione economica fondamentale che fornisce i fondi necessari alla sopravvivenza del mercato stesso: raccolta di fondi pubblicitari da un lato per le televisioni in chiaro e canoni degli abbonamenti dall'altro per le TV criptate.

Gli interrogativi e la metodologia di indagine che la Commissione — e l'Autorità *antitrust* italiana — avrebbero dovuto porsi e seguire erano — a nostro avviso — distinti e diversi: la competizione tra emittenti a cosa è finalizzata, se non alla conquista dei consensi degli spettatori e di sempre maggiori quote di ascolto? I programmi ed i palinsesti, in chiaro e criptati, non sono sempre più orientati a soddisfare i gusti degli consumatori del prodotto televisivo? L'importanza, la risonanza, il prestigio di un dato programma non sono determinanti nella corsa all'acquisizione dell'audience televisiva? Il mercato del prodotto filmico non potrebbe essere considerato unitariamente?

Non è un caso che, come rilevato dalla stessa Commissione, « *per tradizione, tutti i dati raccolti nei Paesi Bassi sulle quote di ascolto includono sempre la parte di pubblico relativa allo home-video* »¹¹⁷.

Il terreno di scontro e di vera competizione tra operatori televisivi è a nostro parere quello relativo al contenuto dei programmi trasmessi¹¹⁸, ba-

¹¹⁶ IV/M.533 - *RTL/Veronica/Endemol*, cit., par. 20.

¹¹⁷ La Commissione, evidentemente consapevole dell'importanza di tale affermazione si affrettò però successivamente a sostenere una non ben precisata « evi-

denza » circa la non appartenenza del mercato dell'home video al mercato delle trasmissioni televisive, Decisione IV/M.533 - *RTL/Veronica/Endemol*, cit., par. 21.

¹¹⁸ È stato rilevato che l'elevato costo delle nuove tecniche di trasmissione utiliz-

sti pensare all'accesa tenzone commerciale, in corso ormai da qualche anno, tra le singole emittenti (pubbliche, private, in chiaro ed a pagamento) per l'acquisto dei diritti esclusivi per la trasmissione di eventi sportivi di grande richiamo, battaglia che ha reso necessario un intervento regolamentatore da parte della stessa Commissione Europea¹¹⁹.

zate dalle emittenti a pagamento sia dovuto non tanto alla necessità di provvedere all'adeguamento degli impianti tecnologici, quanto all'importanza che assumono l'acquisizione dei programmi più richiesti e l'esigenza di seguire le strategie di marketing necessarie ad «educare» lo spettatore della TV generalista in chiaro, a modificare il proprio modo di guardare la televisione; A. PILATI, *TV digitale, una scommessa difficile*, *Il Sole-24 Ore*, 18 marzo 1998, pag. 5.

¹¹⁹ Il settore dei diritti televisivi relativi alla trasmissione dei programmi sportivi di grande richiamo è oggetto di importanti interventi legislativi e di regolamentazione da parte degli organi comunitari. V. la Decisione IV/32150, *EUR-Sistema Eurovisione*, in *GUCE* 22 luglio 1993, L 179/23 (in cui la Commissione afferma l'esistenza di un mercato autonomo dei diritti esclusivi per la trasmissione dei programmi sportivi di interesse nazionale). Si veda anche, sotto il profilo regolamentare la Direttiva 97/36 CE in *GUCE* del 30.07.1997, L 202/60 che ha modificato la precedente Direttiva 89/552 CE (sulla televisione senza frontiere), introducendo una nuova norma *ad hoc* finalizzata a favorire l'accesso del pubblico alla visione dei programmi nazionali ed internazionali di carattere sportivo di maggior interesse (quali la Coppa del Mondo di calcio, i Giochi Olimpici, le Coppe Europee di calcio). La citata direttiva ha altresì istituito un Comitato di Contatto al quale dovranno fare riferimento le delegazioni nazionali dei singoli Stati Membri chiamati a notificare entro il 30 dicembre 1998 le misure legislative interne dirette a garantire l'accesso alla visione dei programmi sportivi. Il problema della fruibilità dei programmi sportivi di maggior richiamo è dunque particolarmente sentito a livello comunitario. Si veda inoltre la *Risoluzione del Comitato delle regioni riguardante «I diritti di diffusione radiotelevisiva dei grandi eventi sportivi»* (in *GUCE* C 379/67 del 15 dicembre 1997) nonché il *Progetto di direttiva della Commissione che modifica la direttiva 90/388 CE della Commissione in relazione alla realizzazione della piena concorrenza nei mercati delle telecomunicazioni* (consultabile in lingua italiana sulle pagine del sito Web dell'Autorità

per le garanzie nelle comunicazioni al seguente indirizzo www.comune.napoli.it/agcom/L_com/ce93-263.htm).

Per ulteriori interessanti contributi si veda infine A.M. WACHTMEISTER, *Broadcasting of Sports Events and Competition Law in Competition Policy Newsletter 1998*, Numero 2, Giugno 1998 e J.T. LANG, *cit.*, pag. 37 ss.

Anche in Italia il tema è di scottante attualità. In corso di pubblicazione del presente contributo, l'Autorità Garante ha irrogato nei confronti di RAI, RTI (gruppo Mediaset) e Cecchi Gori Communications sanzioni complessive per 2,5 miliardi. I provvedimenti (in Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 49/98 pag. 5 e segg. e pag. 39 e segg.) sono giunti a conclusione di due lunghe istruttorie che avevano ad oggetto alcune intese restrittive della concorrenza, intercorrenti tra le emittenti sanzionate, e finalizzate alla spartizione dei diritti televisivi relativi ai principali eventi sportivi (casi RAI-MEDIASET-RTI-MEDIATRADE avvio istruttoria il 12 marzo 1997 in Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 10/97 pag. 81 - e RAI-CECCHI GORI COMMUNICATIONS avvio istruttoria 27 marzo 1997, in Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 12/97, pag. 119). I mercati interessati sono da un lato il «mercato dei diritti televisivi in chiaro relativi agli eventi sportivi a elevata audience» e dall'altro il «mercato della raccolta della pubblicità televisiva»: l'Autorità Garante ha avuto modo di puntualizzare che il mercato dei diritti televisivi deve essere considerato un mercato autonomo, a propria volta ripartito in base alla modalità di trasmissione dei programmi stessi (in chiaro ovvero in forma criptata) nonché all'appetibilità delle trasmissioni stesse. I diritti esclusivi relativi agli eventi sportivi di grande interesse trasmessi in chiaro costituirebbero dunque un singolo mercato autonomamente rilevante.

Il caso in esame, assunto immediatamente agli onori della cronaca, ha suscitato un vivace dibattito politico sulla necessità di un emendamento da introdurre nel Disegno di Legge 1138 che dovrebbe prevedere due differenti limiti antitrust riferiti ai diritti del campionato di calcio rispetti-

Il telespettatore intenzionato — ad esempio — a vedere un certo film cosiddetto « di cassetta » vaglierà l'offerta delle televisioni in chiaro o criptate e potrà anche decidere di noleggiare quello stesso film in videocassetta o di visionarlo con la pay-per-view¹²⁰. I gusti del consumatore determinano la sostituibilità del bene dal lato della domanda e conseguentemente comportano la delimitazione dei confini di un dato mercato¹²¹.

Quest'ultimo aspetto, che è quello più strettamente connesso con l'andamento dei gusti e delle scelte del consumatore-telespettatore, può essere rilevato — ai fini della determinazione del mercato rilevante — solo utilizzando come criterio metodologico quello della sostituibilità del prodotto¹²².

vamente per l'intero settore televisivo analogico e per il settore della televisione digitale. V. S. PENSABENE, *La scure Antitrust sul calcio tv*, *Il Sole-24 Ore*, 29 dicembre 1998, pag. 31.

¹²⁰ Ad esempio, nel provvedimento *Titanus Distribuzione/Cinema 5* (in Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 30-31/94 pag. 29), l'Autorità Garante analizzava il mercato « dell'offerta della visione di prodotti cinematografici in sale aperte al pubblico, il c.d. esercizio cinematografico », giungendo alla conclusione che tale mercato doveva considerarsi distinto da quello composto dalle « altre modalità di visione del prodotto cinematografico » quali televisione, pay-tv ed home video. La distinzione tra questi due macromercati veniva giustificata sostenendo nel caso di specie l'impossibilità per lo spettatore di « sostituire » il prodotto filmico proiettato nelle sale cinematografiche, con i film trasmessi *altronde*. Il criterio metodologico utilizzato era dunque quello della sostituibilità del bene dal lato della domanda, criterio successivamente abbandonato proprio con la decisione *Cecchi Gori Communication/ Globo Europa*.

¹²¹ La potenziale concorrenzialità tra alcune delle nuove tecniche di trasmissione (ad esempio la pay-per-view) e l'home vi-

deo è rilevata anche in *1998 Statistical Yearbook*, Council of Europe, cit., pag. 186.

¹²² Va inoltre considerato che il criterio di definizione del mercato rilevante fondato su di una corretta sostituibilità del prodotto televisivo sembra più rispondente alle attuali caratteristiche economiche del settore televisivo. Nel mercato televisivo i *trends* di sviluppo sono decisamente orientati nella direzione della globalizzazione e dell'integrazione fra diversi operatori. Nel 1997 negli Stati Uniti sono state portate a termine ben 139 operazioni di concentrazione aventi ad oggetto il settore dei Media. Da « *Mergers and Acquisitions: Focus on distribution channels* », in *Screen Digest*, aprile 1998, pag. 84. Come evidenziato da T. WESCOTT in *The Big Parade*, Television Business International, ottobre 1997, pag. 34, soltanto gli operatori del settore di grandi dimensioni e le cosiddette emittenti « di nicchia » potranno sopravvivere nel prossimo futuro. I primi in quanto saranno in grado di far fronte agli investimenti che si renderanno necessari per adeguarsi alle novità tecnologiche del settore, le seconde in quanto potranno operare in un mercato ristretto delimitato dai gusti degli spettatori e pertanto caratterizzato da una limitata stabilità.