

ALDO FRIGNANI - GIUSEPPE ROSSI

CHE COSA RESTERÀ DELLO « SPAZIO AUDIOVISIVO EUROPEO »? CONSIDERAZIONI CRITICHE PRIMA E DOPO L'APPROVAZIONE DEL PROTOCOLLO INTEGRATIVO SUL SERVIZIO PUBBLICO RADIOTELEVISIVO (E DEL NUOVO ART. 7-*d* DEL TRATTATO)

SOMMARIO: 1. La conferenza intergovernativa di Amsterdam 1997 e la nuova « revisione » del Trattato (strumento sempre più « flessibile »). — 2. Il problema degli aiuti di Stato alle emittenti pubbliche e le proposte di protocollo integrativo sul servizio pubblico radiotelevisivo. — 3. Dieci ragioni che, a nostro avviso, avrebbero consigliato di respingere il protocollo integrativo al Trattato sull'emittenza pubblica. — 4. Il testo approvato (ovvero, di un compromesso apparente e instabile). — 5. Il nuovo art. 7-*d*: un altro proclama politico « ospite » del Trattato. — 6. Una proposta di interpretazione del protocollo: quali poteri per la Commissione in materia di emittenza pubblica? — 7. (segue) quali limiti ai poteri degli Stati in materia di emittenza pubblica?.

1. LA CONFERENZA INTERGOVERNATIVA DI AMSTERDAM 1997 E LA NUOVA « REVISIONE » DEL TRATTATO (STRUMENTO SEMPRE PIÙ « FLESSIBILE »...)

Benché intenti alla discussione delle notissime pressanti vicende relative alla sorte del Trattato di Maastricht (leggasi soprattutto della moneta unica), e in particolare alla « scelta tragica » di quali tra gli Stati membri debbano essere ammessi (con un'espressione ormai tanto usata da sembrare addirittura adatta a rappresentare metaforicamente il raggiungimento dell'agognato traguardo), ad « entrare in Europa »¹, i rappresentanti degli Stati membri dell'Unione europea convenuti ad Amsterdam per la conferenza intergovernativa chiusasi alla metà di giugno 1997 hanno trovato il tempo di occuparsi anche di qualche problema certamente meno « tragico », ma non per questo non in grado di influire in maniera si-

¹ Limitandoci alla decisione « di secondo grado », e considerato peraltro che il risultato ultimo è stato, almeno pare, una par-

ziale revisione della scelta « di primo grado » consistente nel riconoscimento del carattere « elastico » dei notissimi parametri.

gnificativa sui prossimi destini dell'Unione, e in particolare sulla creazione (o sul mantenimento), di quel mercato comune dei prodotti audiovisivi e dei servizi televisivi (oggi, della multimedialità), che a qualcuno, all'indomani dell'approvazione della direttiva « televisione senza frontiere », era piaciuto definire « spazio audiovisivo europeo »².

Più in particolare, ci riferiamo all'inserimento di un nuovo articolo del Trattato, l'art. 7-d, in tema di servizi di interesse economico generale, ed all'approvazione di un protocollo integrativo in tema di servizio pubblico radiotelevisivo.

Prima di affrontare la questione nello specifico, rileviamo come, in linea generale, l'ennesimo « aggiustamento » delle norme del Trattato non stupisca (quasi) più nessuno: in virtù delle « nuove » procedure di revisione previste dall'art. N del Trattato di Maastricht³ e del ricorso frequente ai « protocolli integrativi » di cui all'art. 239⁴ il Trattato è divenuto ormai uno strumento normativo caratterizzato da una notevole flessibilità.

Il Trattato non è più oggi una « cornice » istituzionale fissa, posta a base di un graduale processo di integrazione tra Stati membri, ma tende a ridursi invece, ci si passi l'iperbole, quasi ad un *locus hospitalis* privilegiato per una serie di « dichiarazioni comuni di intenti » politici espressi dai vari Stati, segnate alternativamente da spinte e tendenze unioniste o centrifughe, soprattutto in ragione di umori di politica interna dei singoli Stati. Come è proprio delle dichiarazioni « politiche », esse possono non essere mantenute: ed è il caso di aggiungere che, ove gli Stati non ritengano di mantenerle, la porta di una nuova revisione del Trattato, o dell'adozione di un nuovo protocollo integrativo, rimane sempre aperta.

Quella presente, a giudizio che può dirsi unanime, è la fase delle tendenze centrifughe, delle precipitose ritirate, nella forma della « riappropriazione » da parte degli Stati membri di prerogative sovrane già devolute in parte più o meno significativa all'Unione (dopo l'« era Maastricht », caratterizzata da un'accelerazione del processo di integrazione che a qualcuno era parsa eccessiva⁵).

² G. VANDERSANDEN (a cura di), *L'espace audiovisuel européen*, Bruxelles, 1991; V. SALVATORE, *Concorrenza televisiva e diritto comunitario*, Padova, 1993, 108.

³ Su cui si v., per tutti, J.L. DA CRUZ VILLACA, *La nouvelle architecture judiciaire européenne et la conférence intergouvernementale*, in *Cahiers de droit européen*, 1996, 3 e ss.

⁴ Su cui C. CATTABRIGA, *Limiti materiali alla revisione comunitaria: il caso*

dei protocolli integrativi al Trattato di Maastricht, in *Riv. dir. eur.*, 1994, II, 245 e ss.

⁵ Per tutti, N. BURROWS, *The Risks of Widening without Deepening*, in *Eur. L. Rev.*, 1992, 360 e ss. Nella dottrina italiana U. DRAETTA, *Il Trattato di Maastricht e le prospettive dell'integrazione europea*, in *Dir. Comm. int.*, 1993, 5, aveva sottolineato il rischio che, dopo Maastricht, una crisi istituzionale della Comunità avrebbe potuto essere provocata dalla « miopia opposi-

A farne le spese, per quanto qui ci occupa, è in primo luogo il potere della Commissione di applicare le norme in tema di concorrenza, e in particolare di aiuti di Stato, alle emittenti pubbliche: ma la disposizione (molto declamatoria e non meno confusa) dell'art. 7-d potrebbe rivestire un'efficacia perniciosa anche sul potere di controllo della Commissione sulle imprese incaricate di servizi di interesse economico generale.

2. IL PROBLEMA DEGLI AIUTI DI STATO ALLE EMITTENTI PUBBLICHE E LE PROPOSTE DI PROTOCOLLO INTEGRATIVO SUL SERVIZIO PUBBLICO RADIOTELEVISIVO.

Come è noto, gli ultimi anni hanno visto una serie di attacchi, nella forma della denuncia degli Stati membri alla Commissione per violazione dell'art. 92, Trattato, condotti contro il sistema di finanziamento dell'emittenza televisiva pubblica. Sebbene una soltanto di tali denunce (quella relativa al sistema portoghese, su cui si tornerà *infra*), abbia portato sino ad ora all'emanazione di un provvedimento da parte della Commissione, che peraltro ha ritenuto il sistema di finanziamento in discussione legittimo, il problema ha nondimeno sollevato un'ondata di allarme tra gli Stati membri.

La prima manifestazione di tale allarme si è avuta in occasione del Consiglio Informale dei Ministri della Cultura, tenutosi a Galway nel settembre 1996, sotto la presidenza irlandese, in cui i ministri avevano invocato l'esenzione del sistema radiotelevisivo dall'applicazione delle norme di concorrenza, in particolare sugli aiuti di Stato.

Appena necessario è ricordare come la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia vada di diverso avviso⁶: come ricordato, è il momento delle « contropinte », e del resto la Corte di Giustizia ha talvolta compiuto qualche « fuga in avanti » le cui conseguenze gli Stati membri hanno dovuto poi provvedere ad arginare⁷. Che il caso in esame fosse uno di questi, ci pare però assai dubbio...

L'invocazione partita dalla terra irlandese non è certo caduta nel vuoto: previa consultazione di un « comitato di esperti » in ma-

zione degli Stati, preoccupati di perdere i loro poteri sovrani», all'ulteriore evoluzione in senso federale.

⁶ Nel senso dell'applicabilità al settore televisivo delle norme di concorrenza, oltre a Corte di Giustizia, 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*, in *Raccolta*, 1974, 409 e ss; Id. 18 giugno 1991, causa C 260/89, *ERT/Dimotiki e Sotirios*, *ibi*, 1991, I, 2925, su cui il commento di D. CHALMERS, *Television*

and the Court of Justice, in *Eur. L. Rev.*, 1992, 248; Corte di Giustizia, 3 ottobre 1985, causa 311/84, *CBEM (Telemarketing)*, in *Raccolta*, 1985, 3261; su cui il commento di L.C. UBERTAZZI, *Televisione e diritto comunitario antitrust*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, 306.

⁷ Si v. M. CAPPELLETTI, *Is the European Court of Justice « running wild »?*, in *Eur. L. Rev.*, 1987, 3 e ss.

teria di pubblico servizio⁸, la presidenza olandese, in occasione del nuovo Consiglio Informale dei Ministri della Cultura tenutosi a Maastricht nell'aprile 1997, ha chiesto l'annessione al Trattato di un protocollo in materia, il cui primo testo recitava:

« *THE HIGH CONTRACTING PARTIES,*

WHEREAS the system of public broadcasting in the Member States is directly related to the democratic, social and cultural needs of each society and the need to preserve media pluralism.

HAVE AGREED upon the following provisions, which shall be annexed to the Treaty establishing the European Community:

The provisions of this Treaty are without prejudice to the competence of Member States to provide for the funding of public service broadcasting when such funding is granted to broadcasting organizations for the fulfillment of the public service remit conferred upon them by Member States and as defined by each Member State. Member States shall ensure that such funding is granted in a transparent manner and that the fulfillment of the public service remit is cost-effective ».

Questa prima versione del protocollo si può tranquillamente definire « oltranzista »: l'esclusione dell'applicazione delle norme del Trattato in generale al settore dell'emittenza pubblica è totale, né compare alcun riferimento all'esigenza di salvaguardare comunque, in una qualche misura, la libertà di concorrenza, ovvero di non arrecare pregiudizio agli scambi tra Stati nel settore. Semplicemente, gli Stati « espropriano » all'Unione la competenza in materia, facendola nuovamente rientrare nella loro piena sovranità.

Lo spirito integrazionista, sul piano economico ma anche sul piano culturale, che aveva portato all'emanazione della direttiva « televisione senza frontiere » non potrebbe essere più lontano. Nella loro foga centrifuga, i redattori della proposta avevano trascurato anche di indicare a chi spettasse la competenza (se alla Commissione o agli Stati stessi), quanto alla verifica del rispetto dei due requisiti imposti dall'ultima proposizione ai sistemi di finanziamento pubblico, requisiti che pure avrebbero dovuto rap-

⁸ In cui erano rappresentate, peraltro, soltanto le emittenti pubbliche e l'UER, forse nella loro qualità di maggiori « esperti » in materia di servizio pubblico. Riportiamo le conclusioni del Comitato, riunitosi nel febbraio 1997: « *Public funding is ... not in conflict with the principles of the internal market. Based on the principle of subsidiarity, ... the Member States should be allowed to decide on the organization and system of financing of public service broadcasting. The size*

of the public service organizations in Europe ... makes it important to secure the continuity of public service broadcasting in Europe, by policy and regulations ». Secondo il Comitato, dunque, un'ipotetica scelta tra rispetto del Trattato e mantenimento del finanziamento pubblico dovrebbe risolversi senza incertezze a favore del secondo: non sarebbero i sistemi di emittenza pubblica a doversi adeguare al Trattato, ma viceversa ... (e appunto così è stato).

presentare l'ultima residua garanzia di una qualche considerazione delle necessità del processo di integrazione comunitaria nel settore radiotelevisivo.

Prima della conferenza intergovernativa sono state redatte e hanno circolato varie altre bozze: soprattutto, i redattori della proposta hanno cercato di raggiungere un compromesso tra «esenzione» del servizio pubblico radiotelevisivo dalle norme di concorrenza e rispetto dei principi del Trattato. Alla vigilia della conferenza stessa il testo proposto recitava:

«*THE HIGH CONTRACTING PARTIES,*

CONSIDERING that the system of public broadcasting in the Member State is directly related to the democratic, social and cultural needs of each society and to the need to preserve media pluralism.

HAVE AGREED upon the following interpretative provisions, which shall be annexed to the Treaty establishing the European Community:

The provisions of this Treaty shall be without prejudice to the competence of Member States to provide for the funding of public service broadcasting in so far as such funding is granted to broadcasting organizations for the fulfillment of the public service remit conferred upon them by Member States and as defined by each Member State, and that it does not effect trading conditions and competition in the Community to an extent that is contrary to the common interest and that it does not exceed what is necessary for the fulfilment of the public service».

Il testo approvato in occasione della conferenza intergovernativa, anche a seguito delle prese di posizione in senso contrario all'approvazione del protocollo giunte dall'emittenza privata (attraverso la Association of Commercial Television - ACT), e soprattutto dalla Commissione, presenta alcune varianti non secondarie rispetto alla proposta appena riportata, che sollevano problemi interpretativi nuovi.

Inoltre, il testo approvato deve essere interpretato anche alla luce della nuova disposizione dell'art. 7-*d*, Trattato, esito inaspettato dello stesso dibattito sollevatosi intorno al protocollo.

Le questioni specifiche sollevate dal testo definitivo e dall'art. 7-*d* saranno oggetto di un successivo paragrafo: anticipiamo qui che il testo approvato introduce ulteriori elementi «di compromesso», in particolare disponendo espressamente che il finanziamento pubblico incontra comunque il limite di «non perturbare le condizioni commerciali e concorrenziali nella Comunità in misura contraria all'interesse comune».

A nostro parere, tuttavia, la miglior soluzione sarebbe stata respingere *tout court* il protocollo, e mantenere il sistema previgente: nel paragrafo che segue, riporteremo le ragioni che fondano tale nostra posizione, espressa anteriormente all'approvazione del protocollo.

3. DIECI RAGIONI CHE, A NOSTRO AVVISO, AVREBBERO CONSIGLIATO DI RESPINGERE IL PROTOCOLLO INTEGRATIVO AL TRATTATO SULL'EMITTENZA PUBBLICA.

Prima dell'approvazione del protocollo ci era stata chiesta una nostra opinione in proposito. In tale occasione, avevamo individuato dieci ragioni per respingere il protocollo, che ci permettiamo di riportare qui di seguito.

3.1. *L'attuale formulazione del Trattato contiene strumenti sufficienti per tenere conto della missione di pubblico servizio affidata ai radiodiffusori pubblici.*

L'art. 90, comma 2, del Trattato di Roma dispone testualmente che: « *Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale ... sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata* ».

Dalla riportata formulazione discende che le imprese incaricate di servizi di interesse generale *sono già esentate* dall'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie, qualora l'applicazione di tali regole possa pregiudicare l'adempimento della loro missione.

Ancora, nella diversa prospettiva della disciplina comunitaria degli aiuti di Stato, l'art. 92, comma 3, include, tra i casi di aiuti che « *possono considerarsi compatibili con il mercato comune* », « *gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività... sempreché non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse* » (lett. c), ed inoltre « *gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune* » (lett. d).

È chiaro che ambedue le eccezioni possono ritenersi applicabili all'*emittenza pubblica*, che ben può essere legittimamente beneficiaria di aiuti da parte degli Stati, purché questi non siano di natura od intensità tale da compromettere il raggiungimento dei superiori obiettivi del Trattato.

Naturalmente, tanto la determinazione dei limiti della « missione » di servizio pubblico, quanto l'accertamento della correlazione tra restrizioni della concorrenza, o aiuti di Stato, in discussione, e adempimento di tale « missione », sono sottoposti al controllo della Commissione.

Lo scopo del protocollo, salvaguardare la capacità dei radiodiffusori pubblici di adempiere ai compiti di servizio pubblico loro affidati, può già essere raggiunto mediante l'applicazione

della normativa vigente⁹. E di fatto così è stato: lo dimostra, tra gli altri esempi, la recente decisione della Commissione nel caso RTP¹⁰, in cui il sistema di finanziamento statale dell'emittente pubblica portoghese, caratterizzato dall'adozione di un sistema contabile autonomo e «trasparente» e dall'univoca finalizzazione del finanziamento alla copertura dei costi sopportati dall'emittente per far fronte a precisi obblighi «di servizio» ad essa imposti, è stato giudicato compatibile con le norme del Trattato in tema di aiuti di Stato.

3.2. *La sottrazione dell'emittenza pubblica ai poteri di controllo della Commissione potrebbe pregiudicare gravemente il raggiungimento degli obiettivi del Trattato, e in particolare l'instaurazione di un mercato comune, che avevano ispirato, tra l'altro, la direttiva «televisione senza frontiere».*

La proposta incorporata nel protocollo si risolverebbe sostanzialmente in uno *spostamento di competenze*: sarebbero gli Stati membri, e non più la Commissione, come accade nel sistema vigente, a stabilire in che modo ed in che misura il radiodiffusore pubblico possa essere finanziato dallo Stato per far fronte alla missione di pubblico servizio affidatagli. La determinazione di tale stessa missione di «pubblico servizio» rientrerebbe, in caso di adozione del protocollo, nella competenza esclusiva degli Stati, e sarebbe sottratta ad ogni controllo da parte della Commissione.

Nel sistema attuale, invece, ai sensi dell'art. 90, comma 2, la Commissione può ben rilevare che una determinazione troppo ampia, da parte di uno Stato membro, del compito di «pubblico servizio» di un ente, con la conseguente «esenzione» delle restrizioni anticompetitive necessarie per adempiere a tale missione assai ampia, compromette lo sviluppo degli scambi «in misura contraria agli interessi della Comunità»; analogamente, lo stesso limite (compatibilità con l'interesse comune allo sviluppo degli scambi tra Stati) opera ai sensi dell'art. 92, comma 3, lett. c) e d), in relazione alla «dichiarazione di compatibilità» con il mer-

⁹ V. Ora K. VAN MIERT, *La Conférence Intergouvernementale et la politique communautaire de concurrence*, in *Comp. Policy Newsletter*, 1997, n. 2, 1 ss., 3, che ricorda come l'art. 90: «pose les bases fondamentales de l'équilibre voulu par le Traité entre Service Public et concurrence».

¹⁰ Emittente pubblica portoghese, provvedimento SG(96)D/9555, del 7 novembre 1996. Nella decisione *Société Française de Production (SFP)*, del 2 ottobre

1996 (in *G.U.C.E.*, L95, del 10 aprile 1997), la Commissione ha viceversa ritenuto che una serie di aiuti concessi ad una società di produzione di audiovisivi sottoposta a controllo pubblico violasse le norme comunitarie, innanzitutto perché l'attività di tale società non poteva in concreto considerarsi «di servizio pubblico», e in secondo luogo perché gli aiuti non apparivano diretti, o comunque idonei, a risanare la società, ma piuttosto a mantenerla «artificialmente» in vita.

cato comune degli aiuti di Stato considerati da tali norme. Di conseguenza, l'ultima parola sulla esenzione prevista per « servizi di interesse generale » spetta alla Corte, la quale, in caso di contrasto fra un « interesse generale » deciso da uno Stato membro ed un « interesse della Comunità », dovrà far prevalere il secondo.

I rischi dell'impostazione accolta dal protocollo per il raggiungimento degli obiettivi del Trattato, e in particolare per la creazione del mercato comune, sono del tutto evidenti: ogni Stato membro potrebbe adottare una « sua » definizione di che cosa sia o non sia « pubblico servizio », e tali definizioni potrebbero significativamente divergere le une dalle altre. In conseguenza, le condizioni di concorrenza sia sul mercato comunitario dei servizi televisivi, sia su quello dei programmi e delle produzioni televisive¹¹, sarebbero gravemente falsate.

In altre parole, il protocollo avrebbe l'effetto di creare barriere di natura economica alla libera circolazione dei servizi televisivi, nonché dei programmi e delle produzioni televisive tra gli Stati membri.

Per limitarci ad un esempio, un'emittente pubblica che operi in uno Stato in cui la definizione di « pubblico servizio » sia assai ampia potrebbe giovare del finanziamento privilegiato per produrre programmi di *light entertainment*, a costi assai minori rispetto a quelli sostenuti da un'emittente, anch'essa pubblica, che operi in uno Stato che accoglie una definizione più restrittiva. Tali programmi potrebbero quindi essere venduti nel secondo Stato, con grave danno per le capacità concorrenziali dell'emittente (pubblica, oltre che, con tutta evidenza, di quelle private), ivi stabilita.

Ad ulteriore conferma di quanto andiamo sostenendo basti porre mente alla direttiva 3 ottobre 1989, 89/552/CEE, c.d. « televisione senza frontiere », improntata alla chiara volontà di fissare una disciplina « minima » uniforme per tutti gli Stati membri in un settore, quello televisivo, ritenuto fondamentale per lo sviluppo della Comunità ed il raggiungimento dei suoi obiettivi: « le trasmissioni transfrontaliere diffuse con le diverse tecnologie costituiscono un mezzo per il conseguimento degli obiettivi della Comunità », e dunque « si devono adottare misure che assicurino il passaggio dai mercati nazionali ad un mercato comune della produzione e distribuzione dei programmi e creino condizioni di concorrenza leale,

¹¹ Si v. la decisione SFP, già citata, p. 24, secondo cui gli aiuti in questione: « a causa in particolare dei loro effetti negativi di compartimentazione dei mercati in Europa, fattore considerato dalla Commissione come uno dei principali

ostacoli allo sviluppo dell'industria europea dei programmi cinematografici e televisivi... non contribuiscono all'obiettivo comunitario di sviluppo di un'industria europea competitiva sul piano mondiale ».

senza pregiudicare la funzione di pubblico interesse che compete ai servizi televisivi» (così il considerando n. 3).

Funzione di pubblico servizio e raggiungimento del mercato comune, secondo la direttiva, e secondo il Trattato, cui la stessa dà applicazione, avrebbero potuto e dovuto essere due obiettivi compatibili. Il protocollo invece sacrifica totalmente il secondo a vantaggio del primo.

3.3. *L'adozione del protocollo avrebbe l'effetto di creare barriere culturali tra Stati membri, in contrasto con l'obiettivo di promozione della cultura europea fatto proprio dall'art. 128 del Trattato.*

Il succinto considerando premesso al protocollo ritiene che il sistema di radiodiffusione pubblico sia «*directly related to the democratic, social and cultural needs of each society*».

A nostro parere, la formulazione pecca per difetto: accanto all'indiscutibile rilevanza nazionale, la disciplina del sistema radiotelevisivo riveste rilevanza comunitaria, anche e soprattutto con riferimento all'obiettivo di promozione della cultura europea fatto proprio dall'art. 128 del Trattato.

Il protocollo, consentendo la presenza di una pluralità di definizioni di «missione di servizio pubblico», darebbe agli Stati la possibilità di creare barriere culturali tra i popoli europei, ad esempio facendo rientrare nel «servizio pubblico» programmatrici volte ad esaltare i nazionalismi, o i regionalismi, piuttosto che il «retaggio culturale comune» che l'art. 128 protegge.

3.4. *Il protocollo si risolve in un'«esenzione» accordata ad un settore di attività economica: l'introduzione di eccezioni «settoriali» indebolisce notevolmente l'effettività delle norme di concorrenza.*

Per pacifica giurisprudenza comunitaria, l'attività radiotelevisiva è, innanzitutto, un'attività di prestazione di servizi, in quanto tale soggetta all'applicazione delle norme in tema di concorrenza e di libera circolazione¹².

Il protocollo si risolverebbe dunque in un'esenzione dall'applicazione di tali norme accordata ad un dato settore di attività economica, in considerazione delle peculiarità, reali o presunte, che quest'ultimo presenta.

¹² In questo senso la nota sentenza della Corte di Giustizia, 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*, cit. Analogamente, in relazione alla televisione via cavo, Cor-

te, 18 marzo 1980, causa 59/79, *Debauve*, in *Raccolta*, 1980, 833 e ss.; Id., 26.4.1988, causa 352/85, *Bond van Adverteerders (Kabelregeling)*, ibi, 1988, 2085.

Ma quasi ogni settore presenta peculiarità che, a giudizio degli interessati, potrebbero fondare la sua « esenzione » dall'applicazione delle norme in tema di concorrenza: si pensi, per limitarci ad esempi significativi, al settore bancario¹³, al settore farmaceutico, ai trasporti¹⁴, alle telecomunicazioni¹⁵, e così via.

Se le ragioni specifiche per l'esenzione della radiotelevisione fossero da individuarsi negli interessi della cultura e del pluralismo che esso coinvolge, perché allora non dovrebbero essere esentati i settori della stampa, dell'editoria, del cinema, della musica, che presentano eguale, se non superiore, influenza di interessi culturali, e in cui la difesa del pluralismo deve essere del pari garantita?

Oltre a creare un pericoloso « precedente », l'adozione del protocollo non farebbe dunque altro che diminuire l'effettività delle norme di concorrenza, che verrebbero prevedibilmente sottoposte ad un diluvio di richieste di « esenzioni » settoriali.

3.5. *La formulazione del protocollo è ambigua e contraddittoria.*

Il testo del protocollo include alcune gravi ambiguità e contraddizioni, probabilmente conseguenza della volontà di cercare un impossibile equilibrio tra l'esenzione totale ed incondizionata che si vorrebbe in realtà garantire all'emittenza pubblica e i principi e gli obiettivi del Trattato.

In primo luogo, « rovesciando » il disposto della norma emerge che *le disposizioni del Trattato « possono pregiudicare » la competenza degli Stati membri circa il finanziamento statale dell'emittenza pubblica ove questo sia concesso « non » al fine di garantire l'adempimento di compiti di pubblico servizio, come definiti dagli Stati stessi.*

In altre parole, *quid* se uno Stato dovesse finanziare un'emittente pubblica in violazione delle sue stesse norme nazionali (ipotesi non certo impossibile...)? Dovrebbe applicarsi il diritto comu-

¹³ L'applicabilità delle norme di concorrenza al settore bancario è stata univocamente affermata a partire da Corte, 14 luglio 1981, causa 172/80, *Züchner*, in *Raccolta*, 1981, 2021. Deve tuttavia ricordarsi che, in occasione della stessa conferenza di Amsterdam, è stata approvata una dichiarazione, del tenore non dissimile da quello del protocollo in commento, relativa agli istituti di credito di diritto pubblico tedeschi.

¹⁴ L'applicabilità ai trasporti delle regole generali del Trattato di concorrenza è stata affermata a partire da Corte, 4 aprile 1974, causa 167/73, *Commissione/Francia*, in *Raccolta*, 1974, 359; l'applicabilità allo

stesso settore delle norme in tema di aiuti di Stato è stata affermata da Corte, 12 ottobre 1978, causa 156/77, *Commissione/Belgio*, in *Raccolta*, 1978, 1881. Ampiamente in tema, anche per gli sviluppi successivi, A. FRIGNANI, M. WAELBROEK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4. ed., Torino, 1996, 51 e ss.

¹⁵ Sulla portata e gli scopi del processo di liberalizzazione comunitaria in materia, P. MALANCZUK, *Ten Years of European Telecommunications Law and Policy - A Review of the Past and of Recent Developments*, in *Telecommunications & Space Journal*, 1994, 27 e ss.

nitario, e nella specie gli artt. 91 e seguenti? E la conformità del finanziamento alle norme nazionali, potrà essere accertata dalla Commissione?

In secondo luogo, *il disposto della seconda proposizione, secondo cui il finanziamento privilegiato non deve «effect trading conditions and competition in the Community to an extent that is contrary to the common interest», né «exceed what is necessary for the fulfilment of the public service», è in contraddizione con la proclamazione per cui gli Stati avrebbero competenza esclusiva in materia* (e ciò a prescindere dalla sua assai scarsa chiarezza dal punto di vista linguistico).

La norma del protocollo rappresenta, con ogni evidenza, il «rovesciamento» della disposizione dell'art. 90, comma 2: il finanziamento delle emittenti pubbliche sarebbe «esente» dalle norme del Trattato sino a che non sia accertato che esso pregiudica gli scambi, o la concorrenza, in maniera contraria all'interesse comune, ovvero eccede quanto necessario «per l'adempimento del servizio pubblico» (formulazione molto ampia: l'art. 90, comma 2, parla invece di «adempimento della specifica missione» affidata alla singola impresa).

Orbene, a chi spetta verificare che ciò non accada? Delle due l'una: o spetta alla Commissione, e allora anche nelle fasi di «fisiologico» operare del finanziamento pubblico questo (la sua correlazione alla missione di pubblico servizio e i suoi effetti sugli scambi tra Stati), rientra comunque nella competenza di controllo della Commissione, ciò che smentisce la «proclamazione» iniziale per cui la competenza esclusiva in proposito spetterebbe agli Stati, oppure spetta appunto agli Stati, ed in questo caso i requisiti sarebbero, ovviamente, del tutto privi di effettività.

Ancora, *quid* se gli eventi «patologici» si verificassero, ovvero la Commissione (in ipotesi) accertasse che un dato sistema di finanziamento compromette gli scambi in maniera contraria al comune interesse? Dovrebbero applicarsi gli art. 90 e ss.? Se così fosse, è appena il caso di dirlo, sarebbe vistosamente violato un principio fondamentale del diritto internazionale: uno Stato sarebbe «espropriato» di una propria competenza sovrana per atto di un'organizzazione internazionale, al di fuori della competenza pattizamente attribuita a quest'ultima. In altre parole, sarebbe la Commissione, con un proprio atto del tutto discrezionale, a «riespandere» la competenza comunitaria compressa dal protocollo, a danno della competenza statale, che pure gli Stati, con l'ipotetica adozione del protocollo stesso, avevano proclamato di non voler dismettere a favore della Comunità (ed è appena il caso di notare come ciò non si verifichi invece nel caso dell'art. 90, comma 2, che riconosce alla Commissione, istituzionalmente competente ad applicare le norme di concorrenza, che lo stesso art. 90 fa salve, il potere di verificare in quali casi tali norme non debbano essere applicate).

Gli stessi estensori del protocollo, ci si permetta ancora di rilevare, dimostrano di non avere punto « le idee chiare » circa l'efficacia quale fonte del diritto del protocollo stesso. Il preambolo, infatti, definisce le norme proposte *interpretative provisions*: salvo aggiungere, tuttavia, che esse « *shall be annexed to the Treaty* ».

Superfluo ricordare inoltre come, ai sensi dell'art. 239: « i protocolli che, di comune accordo tra gli Stati membri, saranno allegati al presente trattato ne costituiscono parte integrante ». Il protocollo avrà dunque, per gli Stati, lo stesso valore vincolante proprio di tutte le disposizioni del Trattato.

Ci si potrebbe del resto chiedere come si possa definire « interpretativa » una norma che fissa (imprecise) ripartizioni di competenza tra Stati e Comunità, derogando ad una norma del Trattato attualmente in vigore; ma, a nostro parere, questa domanda non conosce una risposta logica.

3.6. *Il protocollo si fonda sul presupposto storico errato secondo cui la presenza dei radiodiffusori pubblici rappresenterebbe la migliore garanzia del pluralismo.*

Il protocollo si basa sul presupposto secondo cui il pluralismo nei mezzi di comunicazione di massa (*media pluralism*) troverebbe la migliore garanzia nella presenza di un « sistema di radiodiffusione pubblica » (*system of public broadcasting*).

Si tratta di un presupposto storicamente errato: a riprova, si pensi che nessuno si sarebbe mai sognato, in relazione alla stampa, che ha rappresentato da sempre, prima dell'avvento della televisione, il principale mezzo di informazione dell'opinione pubblica, di invocare la proprietà pubblica dei quotidiani, o dei periodici, quale mezzo per garantire il pluralismo¹⁶.

Al contrario, *l'esperienza storica di tutte le grandi democrazie occidentali insegna che principale preoccupazione, al fine di garantire il pluralismo, è sempre stata quella di sottrarre la libera stampa all'influenza dei governi, in modo da assicurare l'indipendenza della stampa stessa*¹⁷.

¹⁶ Ma anche in relazione alla radiotelevisione, esistono esempi, tra cui particolarmente significativo quello statunitense, di ordinamenti in cui il pluralismo è stato adeguatamente garantito in assenza dell'emittenza pubblica. In relazione all'ordinamento italiano, ci permettiamo di ricordare quanto recentemente osservato in A. FRIGNANI, G. ROSSI, voce « Radiotelevisione », in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997, 207 e ss.: « il monopolio pubblico televisivo fu in grande

misura il risultato di una 'scelta inconsapevole', originato da politiche governative di breve periodo, nel silenzio delle opposizioni, e in generale del mondo della cultura. Solo *ex post*, a partire dalla sentenza n. 59 del 1960 della Corte Costituzionale, il monopolio trovò una legittimazione giuridica, dopo che meno di un decennio di attività ne era andato mostrando tutti i mali e le carenze ».

¹⁷ In proposito si v., *ex multis*, i contributi raccolti in L. PALADIN (a cura di),

Le televisioni pubbliche, come dimostra inconfutabilmente l'esperienza italiana, sono sempre state, al contrario, assai « vicine » al governo, o comunque al sistema politico, e tutto induce a pensare che, in caso di approvazione del protocollo, tale « vicinanza » non sarebbe certo destinata a diminuire.

3.7. Il protocollo si fonda sul presupposto errato per cui solo la televisione pubblica svolgerebbe attività « di servizio pubblico ».

Non meno erronea è la convinzione, posta alla base del protocollo, per cui solo i radiodiffusori pubblici effettuerebbero, in concreto, trasmissioni « di servizio », mentre la programmazione delle emittenti private avrebbe un carattere esclusivamente « commerciale », volto alla ricerca dell'*audience*, e dunque del successo sul mercato pubblicitario, indipendentemente dalla qualità delle trasmissioni.

Si tratta, in realtà, di un'impostazione fuorviante. Innanzitutto, è agevolmente rilevabile, attraverso la semplice lettura dei « palinsesti » e della critica televisiva, che *nella maggior parte dei casi, la programmazione delle emittenti private è qualitativamente pari, se non superiore, a quella delle loro concorrenti pubbliche.*

In secondo luogo, *in molti Stati membri sono state invece le emittenti pubbliche ad « orientare » la loro programmazione verso un carattere maggiormente « commerciale », al fine di mettersi in condizione di poter sottrarre risorse pubblicitarie all'emittenza privata.*

A riprova, si consideri che uno studio relativo al finanziamento dell'emittenza pubblica, svolto su incarico della Commissione¹⁸, ha recentemente rilevato come il mercato pubblicitario europeo abbia subito un'espansione, e la concorrenza vi si sia riacutizzata, appunto a seguito della scomparsa di ogni distinzione ontologica tra emittenza pubblica e privata, dovuta soprattutto alla progressiva transizione dell'emittenza pubblica dal modello della televisione « di servizio pubblico » a quello della *télévision publique « commerciale »*.

In un simile quadro, l'adozione del protocollo può difficilmente trovare fondamento nell'esigenza di proteggere il « servizio pubblico », inteso come sinonimo della varietà e qualità delle trasmis-

La libertà d'informazione, in *Studi di dir. pubbl. comparato*, VII, Torino, 1979, in cui un ampio quadro delle garanzie di libertà di stampa negli ordinamenti democratici.

¹⁸ B. STURGESS, M. AUBEL, S. PISTRE, L. ARGINON, *Les chaînes publiques de télévision: modes de financement et contraintes réglementaires dans l'union européenne*, settembre 1995, 8.

sioni: lo stesso appare invece orientato a difendere i radiodiffusori pubblici in quanto tali, contro la concorrenza privata, che si svolge anche sul piano della migliore qualità delle trasmissioni.

3.8. *Il protocollo non tiene conto del fatto che anche le emittenti private sono destinatarie di obblighi « di servizio pubblico » imposti ex lege.*

Il protocollo trascura del tutto il fatto che, secondo alcune legislazioni nazionali, tra cui assolutamente paradigmatica è la legge 6 agosto 1990, n. 223 (c.d. « legge Mammì »), anche ai radiodiffusori privati sono imposti « obblighi di pubblico servizio »¹⁹.

Limitandoci all'esempio più significativo (ma si ricordino anche le norme relative alla trasmissione di telegiornali e comunicati di organi pubblici, alla c.d. « riserva » di opere europee, ai limiti « qualitativi » e « quantitativi » delle trasmissioni pubblicitarie, alle « azioni positive » per l'occupazione femminile, alla disciplina delle campagne elettorali - la c.d. *par condicio* - e così via), i radiodiffusori privati italiani devono rispettare « *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* » (con le parole dell'art. 1, comma 2, legge n. 223/90).

In altre parole, in Italia anche i radiodiffusori privati sono obbligati ex lege a rispettare il pluralismo, per la difesa del quale il protocollo vorrebbe « esentare » dall'applicazione del Trattato i soli radiodiffusori pubblici. Ciò ulteriormente dimostra come *l'autentico obiettivo del protocollo debba rintracciarsi in un'innammissibile volontà di difesa ratione subiecti delle emittenti pubbliche.*

3.9. *Il protocollo potrebbe condurre a discriminazioni arbitrarie nei confronti dei contribuenti dei singoli Stati.*

Non è contestabile che il cittadino possa essere obbligato a pagare affinché un dato servizio pubblico sia fornito, anche se materialmente non utilizza tale servizio.

Più discutibile, come dimostrano gli interventi comunitari « liberalizzatori » in settori quali telecomunicazioni, aeroporti, e

¹⁹ Come ricordato in dottrina, tra gli altri, da M. BULLINGER, *De la radiotélévision classique a la télédistribution de produits audiovisuels. Aspects juridiques*, in *Rev. int. de droit comparé*, 1987, 415 e ss., 427, che ha rilevato come lo svantaggio competitivo derivante alle

emittenti private dal riconoscimento di fonti impositive di finanziamento a favore di quelle pubbliche sia aggravato in vari ordinamenti (tra cui quello italiano) dall'imposizione in pari misura sia a soggetti pubblici che privati di compiti « pubblicistici ».

così via, è se egli possa essere obbligato a pagare per un qualcosa che il suo Paese considera « servizio pubblico », e lo Stato confinante, anch'esso membro della medesima Unione Europea, non considera tale. Una simile discriminazione, a nostro parere, difficilmente può considerarsi compatibile con gli obiettivi dell'Unione.

In caso di approvazione del protocollo, i cittadini dello Stato che accoglie l'accezione più ampia di « servizio pubblico » potrebbero essere costretti a finanziare, con le loro tasse, ad esempio, programmi di *light entertainment* che le emittenti pubbliche dello Stato confinante producono invece senza giovare di finanziamenti pubblici, e senza dunque che i cittadini di quello Stato siano tassati per produrli.

Simili discriminazioni sono rese ancor meno accettabili dal fatto che la televisione sarebbe l'unico « servizio pubblico » che viene pagato in eguale misura da coloro che lo utilizzano e da coloro che non lo utilizzano. Chi prende un treno, spedisce una lettera, fa una telefonata o ricorre alla giustizia deve pagare un prezzo per il servizio che riceve (biglietto, francobollo, bolletta, marche per atti giudiziari), superiore a quello che tutti i cittadini pagano per assicurare la disponibilità di quel servizio. Il canone televisivo invece, è pagato da tutti in eguale misura, indipendentemente dal fatto che al singolo contribuente i programmi che l'emittente pubblica produrrà interessino o meno (e quindi li guardi o meno).

Appunto questo carattere « generalizzato » del sovrapprezzo del finanziamento delle emittenti pubbliche rende diversità di trattamento tra cittadini di diversi Stati membri ancor meno desiderabili.

3.10. *Il protocollo non tiene conto della « convergenza tecnologica » tra mercati dei servizi televisivi, delle produzioni e programmi audiovisivi e delle telecomunicazioni.*

Lo sviluppo tecnologico ha creato una convergenza tra i mercati dei servizi e programmi televisivi (e audiovisivi in senso ampio) e mercati delle telecomunicazioni (oltre a diversi altri mercati, quali quelli delle infrastrutture di rete, degli apparecchi per la ricezione via cavo e via satellite, e così via)²⁰, di cui si trova chiara « traccia » normativa, ad esempio, nel d.d.l. 31 luglio 1996, n. 1138, recante « Disciplina del sistema delle comunicazioni » (c.d.

²⁰ Come evidenziato in dottrina, per tutti, da R. PARDOLESI, *Antitrust e multimedialità*, in AIDA, 1995, 93 e ss. Si v. anche il testo dell'audizione resa dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dinanzi alla VIII Commissione Lavori Pub-

blici del Senato, in data 20 settembre 1994, nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla multimedialità (che si legge in Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Pareri e segnalazioni*, n. 4, ottobre 1990 - settembre 1994, 149 e ss.).

« d.d.l. Maccanico »; si v. in particolare l'art. 1, comma 3, ai sensi del quale: *« la disciplina del sistema delle comunicazioni tiene conto del processo di convergenza tecnologica tra il settore delle comunicazioni e quello radiotelevisivo, considerando congiuntamente l'assetto delle reti di diffusione e dei servizi erogati »*, nonché l'intero titolo II), che il protocollo sembra, al contrario, ignorare totalmente.

Del tutto chiaro è invece che l'« esenzione » garantita ai radio-diffusori pubblici rivestirebbe i suoi effetti anche su questi mercati: più in particolare, aumenterebbe in misura considerevole le possibilità « espansive » delle emittenti pubbliche su di essi, grazie all'operare del noto effetto di leveraging.

In conseguenza, i recenti provvedimenti comunitari improntati ad una decisa volontà « liberalizzatrice » del settore, e la relativa legislazione nazionale di attuazione (che l'Italia ha adottato in maniera puntuale; si v. l'art. 1, comma 2, d.l. 23 ottobre 1996, n. 545, come modificato dalla legge di conversione 23 dicembre 1996, n. 650, ai sensi del quale: *« sono adottati, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, i regolamenti per l'attuazione: a) della direttiva 95/51/CE riguardante l'uso di reti televisive via cavo per la fornitura di servizi di telecomunicazione già liberalizzati; b) della direttiva 95/62/CE sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale; c) della direttiva 96/19/CE, ... al fine della completa apertura alla concorrenza dei mercati delle telecomunicazioni »*), vedrebbero grandemente diminuita la loro « effettiva » capacità di garantire che il « nuovo » mercato « multimediale » nato dall'intreccio di servizi televisivi, informatici e telecomunicazioni sia aperto ad una reale concorrenza.

Ed è appena il caso di ricordare come tale « nuovo » mercato sia ritenuto di importanza determinante per il futuro sviluppo del mercato unico.

4. IL TESTO APPROVATO (OVVERO, DI UN COMPROMESSO APPARENTE E INSTABILE).

E veniamo dunque al testo approvato del protocollo, che recita²¹:

*« LE PARTI CONTRAENTI,
CONSIDERANDO che il sistema di radiodiffusione pubblica
negli Stati membri è direttamente collegato alle esigenze democra-*

²¹ Il testo riportato è definitivo ma non ufficiale.

tiche, sociali e culturali di ogni società, nonché all'esigenza di preservare il pluralismo dei media,

HANNO CONVENUTO le seguenti disposizioni interpretative, che sono allegate al Trattato che istituisce la Comunità europea:

Le disposizioni del presente trattato non pregiudicano la competenza degli Stati membri a provvedere al finanziamento del servizio pubblico di radiodiffusione nella misura in cui tale finanziamento è accordato agli organismi di radiodiffusione ai fini dell'adempimento della missione di servizio pubblico conferita, definita ed organizzata da ciascun Stato membro purché tale finanziamento non perturbi le condizioni commerciali e concorrenziali nella Comunità in misura contraria all'interesse comune tenendo conto dell'adempimento della missione di servizio pubblico ».

Non pare necessario dilungarsi per dimostrare che la maggior parte delle questioni sollevate dalle osservazioni precedenti non trova certo soluzione alla luce del testo approvato.

In particolare, è rimasta l'attribuzione esclusiva agli Stati membri della competenza circa la definizione dei compiti di servizio pubblico che dovrebbero giustificare il riconoscimento del finanziamento privilegiato. Il testo definitivo aggiunge la specificazione per cui tale competenza si estende all'«organizzazione» di tale missione, anche se non è ben chiaro che cosa si intenda con tale riferimento: se si trattasse dell'organizzazione d'impresa del radiodiffusore pubblico, ad esempio del numero di canali attraverso il quale è autorizzato ad operare, la specificazione potrebbe rivelarsi piuttosto pericolosa per il futuro (già assai compromesso) della concorrenza sul mercato televisivo.

È rimasta anche l'ambiguità circa la residua applicabilità delle norme del Trattato nel caso in cui il finanziamento pubblico non sia conferito ai fini di consentire all'emittente pubblica di adempiere alla propria «missione» di servizio pubblico, come definita dallo stesso Stato membro, ma a fini meno nobili: ad esempio qualora l'ammontare del finanziamento privilegiato sia definito in maniera artificiosamente alta, al fine di consentire all'emittente pubblica di tenere comportamenti diretti all'estromissione dal mercato dei concorrenti privati, o di alcuni di essi (ad esempio, mediante pratica di prezzi predatori sul mercato pubblicitario, o tramite l'offerta di prezzi assai alti sul mercato dei prodotti audiovisivi, ambedue comportamenti resi possibili dalla *cross-subsidization* consentita dal finanziamento privilegiato).

Sul piano testuale, è rimasta la (francamente assurda) qualificazione del protocollo come «norma interpretativa», contenuta nel considerando.

La formulazione definitiva contiene peraltro un'aggiunta significativa: il finanziamento privilegiato dell'emittenza pubblica è «esente» dall'applicazione delle norme del Trattato, «*purché*

tale finanziamento non perturbi le condizioni commerciali e concorrenziali nella Comunità in misura contraria all'interesse comune tenendo conto dell'adempimento della missione di servizio pubblico ».

La norma cerca dunque un compromesso tra esigenze del servizio pubblico e rispetto dei principi fondamentali del Trattato: vediamo in quali termini.

1. Il finanziamento dell'emittenza pubblica diretto all'adempimento di una missione di pubblico servizio è esente dalle norme del Trattato.

2. L'esenzione viene meno ove tale finanziamento, pur rispondente alla condizione della sua correlazione « *ai fini dell'adempimento della missione di servizio pubblico conferita, definita ed organizzata da ciascun Stato membro* » rivesta un effetto pregiudizievole degli scambi e della concorrenza contrario al comune interesse.

3. Anche in questo caso deve tuttavia tenersi conto della necessità, per l'emittente, di adempiere alla missione di servizio pubblico.

Orbene, è chiaro che la norma contiene una contraddizione in termini: se il finanziamento necessario per lo svolgimento del « servizio pubblico » (come definito dallo Stato, quindi anche in termini molto ampi, magari comprensivi del *light entertainment*), contrasta con l'interesse comune alla libertà degli scambi, l'unica maniera per porvi rimedio è restringere la nozione di « servizio pubblico » accolta in quello Stato, che rappresenta la base normativa di giustificazione del finanziamento.

Nel momento in cui la norma impone di tenere comunque conto della missione di servizio pubblico (come definita dallo Stato), avanza una richiesta impossibile: se quest'ultima deve essere fatta salva, il pregiudizio all'interesse comune alla libertà degli scambi e della concorrenza non potrà mai essere eliminato.

Quello contenuto nel protocollo, in altre parole, è un compromesso instabile, che regge sulla carta, apparentemente, perché in realtà fondato su una « non-scelta »: la decisione su che cosa debba prevalere tra principi fondamentali del Trattato e « servizio pubblico » come definito dagli Stati non è stata presa, e dunque ambedue sono stati (apparentemente) salvaguardati.

Peraltro, l'applicazione pratica del protocollo non potrà tollerare la presenza di un simile nodo irrisolto, e la questione dovrà inevitabilmente trovare una soluzione, o a favore dell'applicazione dei principi del Trattato, oppure a favore della difesa « ad oltranza » delle varie definizioni di « servizio pubblico » che i singoli Stati, presumibilmente, provvederanno a fornire.

La decisione in proposito spetterà dunque all'interprete. Prima di affrontare la questione, proponendo una possibile interpretazione del testo del protocollo, è necessario considerare brevemente il disposto del nuovo art. 7 d del Trattato.

5. IL NUOVO ART. 7-D: UN ALTRO PROCLAMA POLITICO «OSPITE» DEL TRATTATO.

Già si è accennato come la conferenza intergovernativa abbia prodotto anche una nuova norma generale in tema di servizi di interesse economico generale (art. 7-d).

Il testo recita:

«Without prejudice to Articles 77, 90 and 92, and given the place occupied by services of general economic interest in the shared values of the Union as well as their role in promoting social and territorial cohesion, the Community and the Member States, each within their respective powers and within the scope of application of this Treaty, shall take care that such services operate on the basis of principles and conditions which enable them to fulfil their missions»²².

Qual è il contenuto precettivo della norma appena riportata? La risposta non è agevole. Cominciamo con il fissare un punto fermo: l'applicazione delle norme in tema di concorrenza e aiuti di Stato è fatta salva.

Il resto della disposizione si può suddividere in un precetto rivolto agli Stati membri ed in un uno, peraltro di contenuto identico, diretto alla Comunità: il contenuto di ambedue consiste nel garantire che le imprese incaricate di servizi di interesse economico generale svolgano la loro attività sulla base di principi e condizioni che li mettano in grado di adempiere alla loro missione.

Peraltro, per quanto riguarda gli Stati membri, il problema (approntare strumenti normativi idonei), una volta fatta salva l'applicazione degli artt. 90 e ss., interessa esclusivamente il diritto interno.

Per quanto riguarda la Comunità invece, non si vede a quali «principi e condizioni» essa debba ispirarsi in materia se non, in primo luogo, a quelli del Trattato, in quanto applicabili: ed è appena il caso di aggiungere che attraverso la nuova norma non si giunge certo a risultati ulteriori rispetto a quelli consentiti dall'art. 90, che, ricordiamolo, esenta dall'applicazione del Trattato le imprese incaricate di servizi d'interesse economico generale, ove l'applicazione del Trattato stesso possa impedire l'adempimento della loro missione.

Il nuovo art. 7-d contiene dunque essenzialmente una di quelle «dichiarazioni d'intenti» politiche, o «proclami», cui si accen-

²² Al testo si accompagna una dichiarazione, secondo la quale: «*The provisions of Article 7 d on public services shall be implemented with full respect for the*

sprudence of the Court of Justice, inter alia as regards the principles of equality of treatment, quality and continuity of such services».

nava in apertura del presente lavoro: in questo caso, gli Stati intendono dedicare « un occhio di riguardo » alle imprese incaricate di servizi d'interesse generale, in particolare pubbliche, e dunque proclamano che « d'ora in poi » tali imprese dovranno essere sempre in grado di svolgere la loro missione (in realtà, come abbiamo rilevato, lo erano già prima)²³.

Più in particolare, dall'art. 7-*d* non pare possano trarsi indicazioni per l'interpretazione del protocollo, anche perché quest'ultimo, prevedendo un'esenzione espressa dall'applicazione di tutto il Trattato, incluse le norme di concorrenza, per l'emittenza pubblica, prevale sulla disposizione di salvezza degli artt. 90 e ss. contenuta nell'art. 7-*d*.

6. UNA PROPOSTA DI INTERPRETAZIONE DEL PROTOCOLLO: QUALI POTERI PER LA COMMISSIONE IN MATERIA DI EMITTENZA PUBBLICA?

Ci è stato riferito che funzionari della DGIV, all'indomani dell'approvazione del testo finale del protocollo, hanno espresso soddisfazione per la sua formulazione definitiva, che, a loro giudizio, consentirebbe alla Commissione di continuare ad esercitare il proprio potere di controllo in materia di aiuti di Stato nei confronti delle emittenti radiotelevisive pubbliche.

Anche se la « soddisfazione » informalmente espressa dalla Commissione è forse soprattutto conseguenza dell'apparente compromesso cui si è sopra accennato, che può giustificare l'opinione per cui in realtà nulla sarebbe cambiato rispetto al regime previgente, è indiscutibile che una qualche competenza in materia la Commissione l'abbia comunque mantenuta.

Innanzitutto, è chiaro che la competenza a valutare della compatibilità con l'interesse comune delle perturbazioni degli scambi e della libertà di concorrenza provocate dal finanziamento privilegiato dell'emittenza pubblica non può che spettare alla Commissione²⁴. A questa conclusione può giungersi proprio sulla base del riferimento operato dal protocollo all' « interesse comune », il quale, nel caso di specie, trattandosi di fissare dei limiti ad una competenza normativa attribuita ai singoli Stati, per definizione, non può essere identificato e valutato in sede decentrata

²³ Nello stesso senso K. VAN MIERT, *La Conférence*, cit., 4, a giudizio del quale l'art. 7-*d* non fa che ribadire principi già affermati dall'art. 90, comma 2, e perciò: « *il ne plaira pas à ceux qui, sous prétexte de l'intérêt général, visaient simplement à protéger les positions établies de certains opérateurs* ».

²⁴ Opinione condivisa da K. VAN MIERT, *op. cit.*, 4, che ribadisce come in nessun caso le competenze attribuite dal protocollo agli Stati potranno essere esercitate in maniera contraria al Trattato.

dai singoli Stati, ma può invece essere apprezzato soltanto in sede comunitaria, dalla Commissione.

La previsione di una simile competenza non implica solo la sottoposizione delle imprese pubbliche di radiodiffusione alla «vigilanza» della Commissione, come accade per tutte le imprese incaricate di servizi di interesse generale, ma anche, naturalmente, la facoltà della Commissione di avviare una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 93, in assenza della quale la previsione di cui all'ultimo periodo del protocollo rimarrebbe totalmente priva di effettività.

Il «nodo» interpretativo maggiore rimane tuttavia quello su accennato: *quid* se la «perturbazione» illecita degli scambi fosse diretta conseguenza della nozione di «servizio pubblico» accolta nel singolo Stato membro (ipotesi che più probabilmente potrà verificarsi nella pratica)?

Naturalmente, il problema attiene all'interpretazione dell'espressione «tenendo conto dell'adempimento della missione di servizio pubblico».

Non certo insostenibile, sul punto, pare la tesi per cui, in presenza di un contrasto insanabile tra libertà degli scambi e della concorrenza, e «missione di servizio pubblico» come definita dagli Stati, debba essere la prima a prevalere. Dal punto di vista letterale, infatti, la Commissione è obbligata a «tener conto» della missione di servizio pubblico, ciò che certo non significa dover disapplicare quegli stessi principi fondamentali che la stessa norma del protocollo la autorizza invece ad applicare.

Il dato letterale conferma del resto una inconfutabile conclusione che deriva dalla gerarchia delle fonti e dei principi comunitari: il raggiungimento (o il mantenimento), del mercato unico, e l'instaurazione di un regime di libera concorrenza, sono principi fondamentali dell'Unione, e dunque essi non possono essere pretermessi, se non in presenza di una univoca volontà degli Stati in tal senso (non certo manifestata dal protocollo, che anzi richiama tali principi fondamentali quando afferma che comunque gli scambi tra Stati e la libera concorrenza non devono essere limitati in misura contraria al comune interesse).

Inoltre, come già messo in evidenza, un'interpretazione troppo restrittiva, che abbia per conseguenza la totale disapplicazione del Trattato alla materia in questione, oltre a ridurre i poteri di controllo della Commissione ad un dato meramente formale (in quanto comunque tali poteri sarebbero destinati ad arrestarsi di fronte alla definizione di servizio pubblico fornita dalla norma nazionale, una volta accertato che appunto questa è la causa della «perturbazione» degli scambi), potrebbe avere per effetto un grave pregiudizio nei confronti del raggiungimento dell'obiettivo dell'integrazione economica, ma anche culturale e sociale, tra Stati membri che rappresenta il fine ultimo dell'Unione.

In altre parole, il protocollo, rendendo gli Stati incontrastati arbitri di un settore, quale quello dei servizi televisivi e delle produzioni audiovisive, che il legislatore comunitario, soprattutto con la direttiva «televisione senza frontiere», ha già dimostrato di considerare di importanza fondamentale per la migliore integrazione tra Stati membri, rappresenterebbe un consistente passo nella direzione di un'Europa (nuovamente) ridotta in *bits and pieces*²⁵, ovvero appunto ciò che l'intera organizzazione normativa e istituzionale comunitaria intende evitare.

È forse il caso di ricordare, a questo punto, che un'interpretazione del genere che qui si paventa potrebbe trovare un temibile sostegno nel noto principio di sussidiarietà, di cui all'art. 3b del Trattato. Norma dal contenuto in realtà assai sfuggente, che tenta di verbalizzare un principio che qualcuno ha definito «epitome della confusione»²⁶, l'art. 3-b realizza sostanzialmente un decentramento di competenze in capo agli Stati membri per la realizzazione di obiettivi comunitari (ancora una «riappropriazione», ma in questo caso è forse più corretto parlare di un «rifiuto di cessione», di sovranità da parte degli Stati²⁷).

In nessun caso, peraltro, l'azione degli Stati membri può assumere finalità e connotati contrari al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione, utilizzando come «alibi» il principio di sussidiarietà: se dunque il principio di sussidiarietà può contribuire a fornire una base all'attribuzione di competenza operata dal protocollo, non rientrando certo la materia radiotelevisiva nella competenza esclusiva comunitaria (anche se, lo ripetiamo, la direttiva «televisione senza frontiere» dimostra l'importanza che il settore riveste per il futuro dell'integrazione europea e del mercato unico), esso non può essere utilizzato dagli Stati membri per fondare interpretazioni dello stesso protocollo che siano in grado di rivestire effetti disgregatori dell'integrazione comunitaria, né che possano, soprattutto imponendo alla Commissione di far salve «missioni

²⁵ Con l'espressione di D. CURTIN, *The Constitutional Structure of the Union: a Europe in Bits and Pieces?*, in *CML Rev.*, 1993, 52 e ss.

²⁶ S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, 373; sull'iter normativo dell'art. 3B, nonché su alcune sue applicazioni, si v. L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Trento, 1996, 65 e ss.

²⁷ Il principio di sussidiarietà, e l'altra norma limitativa dei poteri della Co-

munità, contenuta nell'ultimo comma dell'art. 3B, hanno svolto anch'essi, a giudizio di alcuni, una funzione di «contrappeso» contro il pericolo, avvertito dagli Stati, che il Trattato di Maastricht imprimesse un'esagerata accelerazione al processo di integrazione comunitario, in particolare riducendo in modo eccessivo la sovranità degli Stati, a vantaggio della Comunità (v. D.Z. CASS, *The Word that Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community*, in *CML Rev.*, 1992, 1107 e ss.).

di servizio pubblico » di fonte statale eccessivamente ampie, pregiudicare in maniera inammissibile la libertà degli scambi intracomunitari e del mercato.

A nostro parere, dunque, la competenza residuale della Commissione, con i contenuti ed i limiti che abbiamo sinteticamente indicato, non può essere soppressa dagli Stati invocando l'operatività del principio di sussidiarietà; peraltro, il dibattito (o, eufemismi a parte, lo scontro), sull'interpretazione e sulle modalità di applicazione del protocollo si aprirà presto, soprattutto, è lecito supporre, tra Stati membri e Commissione, in primo luogo nell'ambito dei procedimenti ancora pendenti per presunte violazioni dell'art. 92 nella forma di aiuti illeciti ai radiodiffusori pubblici.

Perciò, al momento attuale, l'interpretazione sopra proposta è innanzitutto un auspicio: ma ogni ottimismo sul futuro dello « spazio audiovisivo europeo », gravemente minacciato dalla disposizione del protocollo non può che essere assai cauto.

7. *SEGUE: QUALI LIMITI AI POTERI DEGLI STATI IN MATERIA DI EMITTENZA PUBBLICA?*

Ci chiediamo, simmetricamente, quali limiti in concreto possa incontrare la competenza attribuita agli Stati in materia, ovvero quale contenuto possa assegnarsi, sul piano interpretativo, al requisito della « non perturbazione » delle « condizioni commerciali e concorrenziali nella Comunità in misura contraria all'interesse comune ».

Già si è affrontato il problema dell'ammissibilità di interventi della Commissione sulla delimitazione dell'ambito della nozione di « servizio pubblico » adottabile dagli Stati: ammettendo (come è nostra convinzione) che tali interventi siano possibili, riteniamo che il requisito della « non perturbazione » si traduca in primo luogo, sul punto, nel divieto per gli Stati di gabellare per « pubblico servizio » ciò che tale non può essere considerato neppure secondo la più generosa delle interpretazioni.

A nostro parere, giochi a premi, spettacoli di *light entertainment*, film cinematografici « di cassetta », e simili trasmissioni non possono essere considerati in nessun caso rientrare nella nozione di « servizio pubblico », a pena di stravolgere la libertà del mercato comunitario in un settore in cui le « esigenze democratiche, sociali e culturali di ogni società », invocate dal considerando che precede il protocollo come base dello stesso, invero non rilevano in modo alcuno.

In senso contrario non possono certo essere invocate dagli Stati esigenze di *cross-subsidizing*, ovvero la necessità che le emittenti pubbliche, per poter adempiere ai « veri » compiti di pubblico servizio, si finanzino mediante il ricorso al mercato pubblicitario,

che postula a sua volta la trasmissione di programmi dall'*audience* presumibilmente elevata. Un simile argomento non fa altro che generare un circolo vizioso: se la giustificazione del finanziamento privilegiato si trova nel dovere di adempiere a compiti di servizio pubblico (come recita anche il protocollo), è chiaro che questi non possono essere invocati anche per giustificare il ricorso al mercato pubblicitario, e quindi l'impegno dell'emittenza pubblica per la conquista dell'*audience*, in concorrenza con i radio-diffusori privati²⁸.

È di certo ben noto che gli inserzionisti possono trovare non di loro interesse una diretta parlamentare, un discorso del Capo dello Stato, la trasmissione di un'opera cinematografica *d'essai*, e così via (le trasmissioni « di servizio pubblico »): appunto per questo alle emittenti pubbliche è riconosciuto il finanziamento privilegiato. Ma gli Stati membri non possono certo pretendere di aumentare il finanziamento pubblico (grazie alla competenza « restituitagli » dal protocollo), in maniera da consentire alle emittenti pubbliche di realizzare programmi competitivi sul piano dell'*audience*, che consentano, grazie ai proventi della pubblicità, di *cross-subsidize* le trasmissioni « di servizio », per rendere possibili le quali è stato concesso il finanziamento privilegiato (e così il circolo vizioso si chiude...) ²⁹.

Ancora, non certo fuori luogo è ricordare come in altri settori di recente liberalizzazione (un esempio per tutti, le telecomunica-

²⁸ Già è stato osservato come la vigente legislazione nazionale (ma anche lo stesso d.d.l. Maccanico) non preveda alcuna differenza « ontologica » o contenutistica tra emittenza pubblica e privata. A favore di una maggiore « specificità » di ruolo della concessionaria pubblica, soprattutto sul piano della qualità della programmazione dal punto di vista culturale, si esprime L. CARLASSARE, *Cultura e televisione: i principi costituzionali*, in *Dir. inf. e informatica*, 1994, 7 e ss (ma si v. anche quanto sostenuto in A. FRIGNANI, *Verso la riforma del sistema radiotelevisivo: l'indagine conoscitiva*, in *Dir. Ind.*, 1994, 927, relazione svolta il 8/7/1994 dinnanzi alla VII Commissione (Cultura, Scienza e Istruzione) della Camera dei Deputati). Un esempio di norma « di specificazione » del ruolo dell'emittenza pubblica è fornita dall'art. 45, *loi* n. 86-1067, come modificato dall'art. 2, *loi Carignon*, che, relativamente all'emittenza pubblica, recita, al comma 1: « Une société est chargée de la conception et de la programmation d'émissions de télévision à vocation nationale favorisant l'accès

au savoir, à la formation et à l'emploi sur l'ensemble du territoire ».

²⁹ Il già ricordato « Comitato di esperti », nel prendere posizione favorevole all'adozione del protocollo, ha sottolineato, per giustificare la « caccia all'*audience* » da parte delle emittenti pubbliche in una prospettiva in parte diversa, come: « *To be trusted by the public, public service broadcasters have to be big players ... They can therefore not only operate in niches in the viewers market for en elite. This implies a wide spectrum of programming* ». Assai scarsa è la considerazione tributata al pubblico televisivo: questo infatti non riporrebbe « fiducia » nell'emittente che gli offre la programmazione culturalmente migliore (che interessa solo a pochi illuminati), o comunque non rivolgerebbe la sua domanda all'emittenza pubblica per trovarvi trasmissioni « di servizio », ma « si fiderebbe » invece del radio-diffusore che gli offre magari i programmi più leggeri, i comici più spiritosi, le ballerine più agili, i *quiz* con i montepremi più alti, e così via. Ci chiediamo: chi tutelerà il pubblico contro chi pretende di tutelarlo?

zioni), la legislazione comunitaria ha preso nettamente posizione contraria al *cross-subsidizing*.

Non intendiamo certo sostenere che all'emittenza pubblica debba essere proibita la trasmissione di programmi non «di pubblico servizio» (purché, aggiungerebbe un osservatore in vena di malignità, qualche volta, si ricordi di trasmetterne anche qualcuno «di pubblico servizio»): piuttosto, riteniamo che, nonostante il protocollo, gli Stati non possano utilizzare la loro competenza in materia come un «grimaldello» per introdurre restrizioni anticompetitive che possano «perturbare» gravemente il mercato unico.

La migliore garanzia di un simile risultato, sempre a nostro avviso, si trova nella netta distinzione, quanto meno sul piano contabile, ma meglio ancora gestionale, tra attività «di pubblico servizio» demandate all'emittenza pubblica ed altre attività da questa svolte, in particolare attività di produzione e trasmissione di programmi ad alta *audience*. In questo modo, sarebbe possibile verificare, grazie all'elevata trasparenza del sistema³⁰, l'esatta correlazione tra finanziamento privilegiato e compiti di pubblico servizio, come accaduto, ad esempio, nel già ricordato caso *RTP* (emittente pubblica portoghese).

Non certo fuori luogo è ricordare che forme di separazione contabile, in particolare a carico dei gestori di reti di telecomunicazioni che siano anche fornitori di servizi, sono già previsti dallo stesso d.d.l Maccanico, e che, spingendo lo sguardo oltreoceano, la stessa tecnica è stata adottata dal recente *Telecommunications Act 1996* nel settore della TV via cavo, in maniera da consentire, ad esempio, alle *Regional Bells* di fornire servizi televisivi attraverso le loro reti, in concorrenza con i *broadcasters* già operanti su di esse, ma a condizione di tenere distinta sul piano gestionale e contabile tale attività da quella di gestione di rete³¹.

³⁰ Si noti che il requisito della trasparenza del finanziamento pubblico, ribadito dalla Commissione nella decisione *RTP*, era presente anche nella prima versione del protocollo.

³¹ Nel caso *Chesapeake & Potomac Telephone Co. v. US*, 830 F. Supp. 909 (E.D. Va 1993) era stata affermata l'applicabilità della garanzia di libertà di espressione del Primo Emendamento alla programmazione video delle *local telephone companies*, o *Regional Bells*, disapplicando una norma del *Cable Act* del 1984 che vietava a tali società l'attività di trasmissione di programmi video via cavo nell'area geografica loro assegnata per lo svolgimento del servizio telefonico. Le *Regional Bells*, dunque, sono autorizzate a compete-

re, in ambito locale, con le *cable TV companies*, trasformandosi da meri *carriers of messages* in *speakers* (così S. DENTE ROSS, *A Decade after Disvestiture: Regional Bells, Video Programming and the First Amendment*, in *Rutgers Computer and Technology L. J.*, 1995, 143). Anche sulle orme di simili orientamenti delle Corti, il *Telecommunications Act 1996* (un ampio commento del quale in F. BASSAN, *La concorrenza nelle telecomunicazioni: riflessioni a margine della recente riforma statunitense*, in *Dir. comm. int.*, 1996, 477 e ss), ha operato una decisa scelta liberalizzatrice, autorizzando le *Regional Bells* a svolgere attività di trasmissione televisiva via cavo attraverso le loro reti, con i soli limiti, appunto, della separazione

Pubblico servizio e attività d'impresa (in concorrenza diretta con l'emittenza privata), svolti da uno stesso soggetto, anche in materia radiotelevisiva non sono per principio incompatibili, ma non devono mescolarsi in groviglio inestricabile: se il protocollo dovesse invece essere utilizzato, grazie a temibili interpretazioni restrittive, per raggiungere risultati di questo tipo, per fare *scrambled eggs* di ogni sorta di attività di prestazione di servizi televisivi di qualsiasi natura o contenuto da parte dei radiodiffusori pubblici, al riparo dell'ombrello della nozione « statale » di « servizio pubblico », il futuro dello « spazio audiovisivo europeo » non pare certo roseo.