

FRANCESCO CARDARELLI - VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

PROFILI GIURIDICI DELLA TELEVISIONE VIA CAVO INTERATTIVA (VIDEO-ON-DEMAND)

SOMMARIO: 1. Applicabilità di una disciplina prevalente in forza della natura del servizio. — 2. La rete di trasmissione ed il regime concessorio. — 3. Il regime di autorizzazione. — 4. I rapporti fra gestore di rete e distributori di programmi. — 5. I limiti allo svolgimento dell'attività: le concentrazioni, il contenuto dei servizi, la pubblicità. — 6. Gli organi di controllo. — 7. Considerazioni conclusive.

1. APPLICABILITÀ DI UNA DISCIPLINA PREVALENTE IN FORZA DELLA NATURA DEL SERVIZIO.

La individuazione delle normative applicabile ai servizi *video on demand* via cavo richiede alcune precisazioni preliminari.

In primo luogo occorre evidenziare come nel nostro paese tale forma di comunicazione multimediale non conosca finora attuazione, e nei pochi paesi ove risulta effettuata si è ancora alle fasi

* Il presente scritto riproduce un parere reso su richiesta delle società Marconi S.p.A. e Pars s.r.l. nel dicembre 1993. Lo si pubblica ora — con il cortese consenso delle committenti — a seguito dell'annuncio (v. fra i tanti l'articolo « Arriva la TV interattiva », in *Corriere della Sera*, 18 agosto 1994, p. 13) dell'avvio di un servizio sperimentale di video-on-demand (v.o.d.) in Italia frutto di un accordo Telecom-Stet-Bell Atlantic.

Per maggiore chiarezza occorre precisare che, allo stato e in estrema semplificazione, un servizio v.o.d. consiste in un archivio di opere filmate (televisive, cinematografiche) accessibile dall'utente al quale viene data la facoltà di scegliere all'interno del magazzino dei programmi. A ciò si aggiungono una serie di servizi accessori e complementari alla banca di dati.

Data la novità del tema ci si limita ad una sommaria indicazione bibliografica.

Sui sistemi v.o.d. v. nell'ampio studio curato dall'OCSE, *Telecommunications and Broadcasting: Convergence or Collision?*, Parigi, 1992; G. GARGIULO, *Video-on-Demand*, in *Office Automation*, ottobre 1993, p. 66; S. ROZENFELD, *Multimedia et télévision interactive. Les grandes manoeuvres ont commencé*, in *Expertises*, n. 162, giugno 1993, p. 207.

Sulla tv via cavo v. C. GESSA-G. VOTANO, *La nuova disciplina della tv via cavo: normativa italiana ed esperienza francese*, in questa *Rivista*, 1991, 703; R. ESPOSITO, *Nuovi mezzi: satellite, cavo e pay-tv*, negli Atti del Convegno « La radiotelevisione in Italia e in Europa. Leggi, esperienza, prospettive », tenutosi a Firenze il 9 ottobre 1991, vol. I, p. 349 ss. (ed ora in P. BARI-LE-R. ZACCARIA, *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia*, Torino 1994, p. 265, con aggiornamento di riflessione a p. 601); nonché i commenti al-

di prima sperimentazione. Nel rispondere al quesito non è pertanto possibile attingere, in misura attendibile e significativa, ad esperienze concrete italiane o straniere. In secondo luogo si deve sottolineare come la connaturata « neutralità » dei sistemi di telecomunicazione via cavo e le innumerevoli potenzialità tecniche consentono che attraverso essi possano essere forniti una molteplicità di servizi assai diversi, contenutisticamente, fra loro; si pensi a tutte le forme di trasmissione di dati, alla vendita telematica, alla trasmissione di programmi o spettacoli televisivi, all'accesso a banche dati di immagini, ai videogiochi interattivi e così via dicendo.

Se pure da talune parti si è auspicata una unitaria disciplina dell'attività di telecomunicazioni, il dato normativo vigente appare privilegiare diversificazioni in base alla natura del servizio fornito. Si pone pertanto una prima distinzione: da una parte servizi via cavo di natura propriamente telematica e che sono già diffusi nel nostro paese (in genere accesso a banche dati, servizi di messaggia, posta elettronica, ecc.); dall'altra servizi che prevedono la fornitura di programmi normalmente forniti e fruibili per mezzo della televisione via etere.

l'art. 29 legge n. 223/90 di R. ESPOSITO, in E. ROPPO-R. ZACCARIA (a cura di) *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Milano, 1991, p. 493 ss.; e di A. LUCARELLI, in *Nuove leggi Civ. Comm.*, 1991, 880. V. inoltre R. BORRELLI, *Pay-tv e circolazione di prodotti del pensiero a vocazione comunicativa*, in P. BARILE-R. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 297.

Sulla disciplina dei servizi telematici v. F. CARDARELLI, *Profili di diritto delle tecnologie dell'informazione*, Camerino, 1992.

Le conclusioni di questo parere potrebbero essere assai diverse qualora si disponesse di una nozione di « trasmissione televisiva » non comprendente i servizi di *video-on-demand*.

Allo stato, tuttavia, occorre osservare che i due principali testi di riferimento, e cioè la Direttiva 3 ottobre 1989, n. 552/89 sull'esercizio delle attività televisive nonché la Convenzione Europea sulla Televisione Transfrontaliera (ratificata con la L. 5 ottobre 1991, n. 327), non sembrano consentire una simile distinzione. La prima, all'art. 1, fornisce la seguente definizione:

« Per «trasmissione televisiva» si intende la trasmissione, via cavo o via etere, nonché la trasmissione via satellite, in forma non codificata o codificata, di programmi televisivi destinati al pubblico. Il termine suddetto comprende la comunicazione di programmi effettuata tra le imprese ai fini della ritrasmissione al pubblico. La suddetta nozione non comprende invece i servizi di comunicazione che forniscono informazioni

specifiche o altri messaggi su richiesta individuale, come la telecopiatura, le banche elettroniche di dati e servizi analoghi ».

La seconda, all'art. 2, offre una definizione più sintetica:

« Per «trasmissione» s'intende l'emissione primaria, via emittente terrestre, via cavo o con ogni tipo di satellite, in forma non codificata o codificata, di programmi televisivi destinati al pubblico in generale. Il termine suddetto non comprende i servizi di comunicazione che operano su richiesta individuale ».

Il cuore del problema è se i servizi di *v.o.d.* rientrino fra i « messaggi su richiesta individuale » (Direttiva) o fra i « servizi di comunicazione che operano su richiesta individuale » (Convenzione). Se vi sono elementi che puntano in questa direzione, ve ne sono altri contraddittori che suggeriscono, data l'importanza delle implicazioni, un intervento legislativo chiarificatore. La ambiguità della definizione sono evidenziate dal « Libro Verde » diffuso il 6 aprile 1994 dalla Commissione delle Comunità sulle scelte strategiche nell'ambito della politica audiovisiva (COM(94)96 def.) ove (a p. 43) si sottolinea, come esempio di « debolezza » della Direttiva 552/89, che « nella definizione di «trasmissione televisiva» data dalla direttiva rientrano servizi pagati a consumo (Pay-per-View) o servizi affini a quelli video a richiesta ma non servizi di telecomunicazione come per esempio i servizi video a richiesta veri e propri (Video-on-Demand) ».

Per i primi la disciplina applicabile potrebbe apparire quella, sia pure scarsa, già esistente, rinvenibile nei decreti ministeriali che hanno regolato l'erogazione di singoli servizi di telecomunicazione diversi da quelli tipicamente televisivi e della telefonia vocale e dal telex (la cui regolamentazione va rispettivamente rinvenuta nelle leggi speciali in materia, nonché nel cosiddetto codice postale e delle telecomunicazioni, approvato con d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156). Va tuttavia specificato che una interpretazione di tipo analogico non sarebbe, al momento, possibile, atteso il carattere di specialità delle disposizioni ministeriali dettate, ad esempio, per il servizio Videotel. L'eventuale erogazione di servizi di tipo prettamente telematico che utilizzino modalità di fruizione diverse da quelle previste per il Videotel, l'Audiotel, la Posta elettronica, ricade invece nella generica previsione di una loro completa liberalizzazione secondo le modalità previste dalla Direttiva 90/388/CEE: poiché tuttavia tale provvedimento normativo non ha trovato concreta attuazione nell'ordinamento interno, né sembra possibile sostenere, atteso il carattere di discrezionalità di alcune disposizioni in esso contenute (e che qui interessano), una sua diretta applicabilità indipendentemente dall'atto di recepimento, la fornitura di servizi *video on demand* (purché, come specificato, contenutisticamente diversi da quelli abitualmente forniti attraverso sistemi di tipo televisivo) non potrebbe trovare, allo stato, alcun supporto di tipo normativo, se non attraverso la piena applicazione della disciplina comunitaria in materia.

Si deve in conclusione osservare, limitatamente alla natura prettamente telematica di servizi *video on demand*, sia pure in un quadro di indubbia complessità e di presumibile variazione, che la veicolazione di servizi telematici all'interno di un sistema multimediale non può che seguire il regime giuridico loro generalmente applicabile.

Assai più articolata deve essere la risposta al quesito in ordine alla disciplina dei servizi « televisivi » veicolati da un sistema *video on demand* via cavo. In primo luogo occorre chiedersi quali servizi possano propriamente qualificarsi « televisivi ». Se certamente sembrano potersi far rientrare nella nozione tutti quei programmi creati per la televisione (spettacoli, notiziari, telefilm, serials, ecc.) o comunque abitualmente fruiti per via televisiva (film, avvenimenti sportivi, ecc.), potrebbero forse sorgere dubbi in ordine a taluni servizi « ibridi » quali ad esempio le cosiddette vendite televisive, che per la loro inevitabile non contestualità di trasmissione su *video on demand* (il programma verrebbe visto in orari e giorni diversi da un pubblico diverso), sembrerebbero avvicinarsi di più alle vendite telematiche, sia pure arricchite da un video animato.

La qualificazione di cosa si intenda per servizi « televisivi » è importante in quanto ad essi e solo ad essi sembrano potersi ap-

plicare quelle speciali disposizioni sulla radiotelediffusione via cavo. Inizialmente la materia era disciplinata in modo assai restrittivo dalla legge 14 aprile 1975, n. 103, la quale prevedeva unicamente la possibilità di trasmissione televisiva via cavo monocanale. Tale normativa è stata tuttavia abrogata dall'art. 29 della legge 6 agosto 1990, n. 223 (la cosiddetta legge Mammì, dal nome del ministro proponente), e ad essa sono stati sostituiti i seguenti testi:

— la legge n. 223/1990 appena citata e in modo particolare l'art. 29 che fissa i criteri della delega legislativa al Governo;

— il d.lgs. 22 febbraio 1991, n. 73 (Disposizioni relative agli impianti di diffusione sonora e televisiva via cavo).

L'art. 29 della legge n. 223/1990 delegava il Governo ad emanare entro sei mesi dall'entrata in vigore della detta legge uno o più decreti aventi valore di legge concernenti la disciplina degli impianti di diffusione sonora e televisiva via cavo.

Il 22 febbraio 1991 veniva emanato il sopra citato d.lgs. il quale tuttavia demandava (art. 13) al Ministro delle Poste e Telecomunicazioni il compito di emanare, sentito il Garante per la Radiodiffusione, il Consiglio superiore tecnico delle telecomunicazioni e le commissioni parlamentari competenti, il relativo regolamento di attuazione. Come termine veniva fissato quello di 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto legislativo. Nonostante l'ampio decorso del termine (che scadeva nel settembre 1991) il regolamento non risulta essere stato adottato.

Vale tuttavia la pena di rammentare che la precedente disciplina era stata accompagnata dal regolamento di attuazione approvato con Decreto ministeriale 16 luglio 1975, nel quale era contenuta (art. 1) la definizione di rete e di impianto di diffusione sonora e/o televisiva via cavo come « qualsiasi sistema di diffusione che usi la propagazione guidata per mezzo di un cavo; per cavo si intendono linee bifilari, cavi coassiali o qualsiasi altro tipo di supporto fisico, con esclusione di sistemi che usino la libera propagazione di onde elettromagnetiche nello spazio ». Nell'attuale disciplina viceversa il legislatore non ha riprodotto analoga disposizione definitoria, sebbene si possa ragionevolmente ritenere che una eventuale successiva determinazione normativa non possa discostarsi da quella già formulata nel 1975. Ne consegue che il regime applicabile per i servizi *video on demand* possa essere fondatamente considerato quello pertinente alla televisione cablata non solo in ordine al contenuto della prestazione fornita all'utente, ma anche in ordine al mezzo trasmissivo utilizzato.

2. LA RETE DI TRASMISSIONE ED IL REGIME CONCESSORIO.

Va preliminarmente chiarito che il legislatore ha inteso discriminare le attività concernenti l'installazione e l'esercizio degli im-

pianti e delle reti rispetto alla distribuzione via cavo dei programmi, subordinando la prima ad un regime di concessione, le seconde a quello autorizzatorio. Il regime di concessione appare giustificato dalla dizione dell'art. 2 del decreto, secondo il quale « l'installazione delle reti e degli impianti di diffusione sonora e televisiva mono e pluricanale, via cavo spetta allo Stato che la realizza direttamente o attraverso concessioni di reti e di servizi di telecomunicazione ». La norma in esame sembra quindi propendere per una duplice opzione: da un lato l'amministrazione può procedere direttamente alla realizzazione degli impianti (ovviamente tramite un proprio organo — azienda autonoma) ovvero valendosi di concessionari di reti e di servizi di telecomunicazione, che, allo stato, non possono essere diversi da quelli già operanti in forza delle apposite convenzioni: considerando tuttavia la peculiare natura del servizio, che esclude il ricorso a mezzi diversi dal cavo, nonché la limitazione geografica dello stesso, non può che ricavarci che il concessionario a cui il legislatore si riferisce sia la SIP.

A tale proposito va rammentato che la SIP opera già in regime di concessione (d.P.R. 13 agosto 1984, n. 523) in esclusiva, esteso all'installazione ed all'esercizio degli impianti di telecomunicazione in ambito nazionale per l'espletamento dei relativi servizi ad uso pubblico. La estensione della concessione, che si limita ad individuare i servizi e gli impianti sottratti all'esercizio ed alla gestione della società, sembrerebbe, in linea di principio, poter ricomprendere *qualsiasi* attività di gestione della rete destinata allo sviluppo di servizi ad uso pubblico, purché non esplicitamente affidati a soggetti diversi. Si pone quindi il problema relativo alla idoneità della vigente convenzione di concessione a ricomprendere anche l'attività di installazione e gestione della rete destinata alla erogazione di servizi *video on demand*. Occorre preliminarmente rammentare che tale materia dovrebbe essere oggetto di apposita regolamentazione ministeriale (ex art. 13 del d.lgs. del 1991), in assenza della quale possono essere formulate solo delle semplici ipotesi. A favore della interpretazione estensiva della vigente convenzione di concessione operano due considerazioni di fondo: la prima si riferisce alla nozione volutamente estesa di servizi di telecomunicazione utilizzata nell'atto concessorio, idonea a ricomprendere tutte le attività astrattamente riferibili al settore con esclusione di quelle esplicitamente sottratte; la seconda è che, dal punto di vista operativo, l'estensione dell'ambito concessorio consentirebbe una immediata realizzabilità del servizio, senza peraltro stravolgere i contenuti prescrittivi del decreto legislativo dal momento che il soggetto gestore della rete sarebbe comunque lo stesso. Per altro verso sembra tuttavia necessaria una apposita concessione, comunque a soggetto diverso dalla SIP, in forza di valutazioni derivanti proprio dal testo normativo: in primo luogo si tratta di una disciplina nuova

rispetto alla precedente (in vigore all'epoca della concessione SIP) che consentiva direttamente ai soggetti autorizzati alla distribuzione dei programmi di provvedere all'installazione degli impianti necessari; in secondo luogo l'attuale concessione alla SIP non consentirebbe la realizzazione e la gestione di reti cablate locali, alle quali andrebbe estesa, arguendo interpretativamente dal contenuto dell'art. 4 del d.lgs., la riserva statale; la durata della concessione sarebbe comunque inferiore ai venti anni previsti dall'art. 5 (l'attuale convenzione, pure di durata ventennale, scade nel 2004); le prescrizioni tecniche, alle quali gli impianti devono essere uniformati, e che consentono l'operatività delle verifiche e dei sopralluoghi (previsti ex art. 8) da parte dell'amministrazione concedente (Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni) non sono state dettate, né ovviamente nella convenzione già in essere, né nell'apposito regolamento previsto.

Altro problema è dato dalla previsione di cui all'art. 4 del d.lgs., che consente, nel caso in cui non vi sia la disponibilità dei mezzi pubblici, accertata secondo le modalità previste dal regolamento (come si ripete non ancora emanato), di ottenere apposita concessione per l'installazione e l'esercizio delle reti e degli impianti in ambito locale. Allo stato, tuttavia, l'operatività di tale disposizione appare del tutto impossibile in forza dei seguenti motivi:

- l'ambito locale deve essere definito dal regolamento ministeriale;

- parimenti mancano le prescrizioni tecniche per la realizzazione di tali impianti;

- manca soprattutto la definizione delle modalità di accertamento attraverso le quali andrebbe verificata l'indisponibilità dei mezzi pubblici. Se si considera che il soggetto pubblico realizzatore ed esercente della rete possa essere la SIP, anche attraverso impianti fisicamente già esistenti (rete telefonica), non si vede come possa essere individuata la inadeguatezza della infrastruttura pubblica e la conseguente applicabilità della disposizione in esame, senza indicazioni specifiche ed essenzialmente di tipo tecnico provenienti dall'amministrazione ministeriale.

3. IL REGIME DI AUTORIZZAZIONE

L'art. 9, comma 1, del d.lgs. 73/1993 prevede che chi voglia distribuire programmi sonori e televisivi via cavo debba ottenere una autorizzazione da rilasciarsi dal Ministro delle Poste e Telecomunicazioni.

Non sfugge una prima differenza dalle trasmissioni via etere: queste sono subordinate ad una concessione; mentre quelle richiedono una autorizzazione. Con la conseguenza che al concessionario al quale vengono demandate funzioni che altrimenti dovreb-

bero essere svolte dallo Stato possono essere richieste prestazioni o, comunque, l'assolvimento di obblighi di interesse pubblico che, invece, non si giustificano nel caso della semplice autorizzazione. Pur nell'assenza di precedenti sembra potersi affermare che la discrezionalità amministrativa nella autorizzazione debba avere minore ampiezza che nel caso della concessione.

Il comma 2 e 3 del citato art. 9 disciplinano i diversi tipi di autorizzazione rinviando alla disciplina concessoria prevista dalla legge n. 223/1990 e richiamandone espressamente le disposizioni. Sono pertanto possibili autorizzazioni in ambito nazionale ed autorizzazioni in ambito locale.

Il comma 3 dell'art. 9, precisa che le disposizioni della legge n. 223/1990 si estendono «in quanto compatibili». Occorre quindi accertare quali disposizioni non appaiano «compatibili» con il mezzo tecnico rappresentato dalla televisione via cavo. A tal proposito, non potendo entrare nel dettaglio di ogni singola norma della legge n. 223/1990, la principale osservazione da farsi è che mentre per la disciplina delle trasmissioni via etere una delle ragioni delle restrizioni è quella della limitatezza delle radiofrequenze, tale situazione non si presenta per le trasmissioni via cavo. Pertanto — salvo espresse indicazioni contrarie — non appaiono applicabili tutte quelle disposizioni — ad esempio su i bacini di utenza — il cui presupposto è la limitatezza del mezzo.

Il d.lgs. 73/1991 rinvia alla legge n. 223/1990 anche per i criteri di rilascio della autorizzazione. Tralasciando considerazioni critiche in ordine a tale rinvio, dovendo essere manifestamente diverso il regime autorizzatorio da quello concessorio per il quale possono legittimamente essere richiesti requisiti oggettivi e soggettivi più stringenti, è opportuno sinteticamente ricordare che in forza dell'art. 16 legge n. 223/1990 la concessione (e dunque anche l'autorizzazione) può essere rilasciata esclusivamente a:

a) società di capitali e cooperative, italiane o della CEE, aventi capitale sociale non inferiore a tre miliardi di lire, se la domanda ha per oggetto la trasmissione in ambito nazionale;

b) persone fisiche, italiane o di altro stato CEE, oppure associazioni o fondazioni, che prestino cauzione di trecento milioni di lire se la domanda ha per oggetto la trasmissione in ambito locale;

c) società (purché non semplici), italiane o della CEE, con capitale non inferiore a trecento milioni di lire se la domanda ha per oggetto la trasmissione in ambito locale;

In ogni caso i soci delle società che richiedono l'autorizzazione devono essere fisicamente individuabili e comunque non possono essere di paesi extracomunitari che non accordino la reciprocità e le società devono avere come oggetto sociale l'esercizio di attività radiotelevisive, editoriali o comunque attinente all'informazione ed allo spettacolo.

Si deve inoltre evidenziare il contenuto del comma 12 dell'art. 16 legge n. 223/1990 il quale stabilisce che la concessione non

possa essere rilasciata ad enti pubblici, anche economici, a società a prevalente partecipazione pubblica o ad aziende ed istituti di credito. Ora se tale norma non pone problemi per il concessionario del servizio pubblico radiotelevisivo al quale in forza del d.P.R. 1° agosto 1988, n. 367 è concessa per sei anni (rinnovabili) la facoltà di trasmettere anche via cavo, essa appare ostativa al rilascio in favore di imprese pubbliche diverse dalla RAI. A tale conclusione si giunge anche in considerazione del fatto che l'art. 1 del citato d.P.R. 367/1988 attribuisce la concessione alla RAI in via esclusiva.

Il richiamo alle disposizioni della legge n. 223/1990 pone il problema alla applicabilità del suo art. 19 il quale limita il numero di concessioni concedibili. La disposizione è espressamente richiamata dall'art. 12 del d.lgs. 73/1991 sicché non vi sono dubbi sulla sua vigenza, mentre vi è da dubitare della effettività della regola. Infatti, posto che la autorizzazione possa essere concessa per trasmissioni via cavo pluricanale, la multifunzionalità del mezzo consente che con una sola autorizzazione si possano rendere disponibili più programmi. La fruizione multipla è accentuata nel caso del *video on demand* dove vi può essere un accesso a più banche di programmi.

4. I RAPPORTI FRA GESTORE DI RETE E DISTRIBUTORI DI PROGRAMMI.

Si deve preliminarmente osservare che in base all'art. 3 del d.lgs. 73/1991 il gestore della rete di telecomunicazione «è tenuto ad assicurare il servizio di distribuzione di programmi sonori e televisivi» ai soggetti muniti della autorizzazione di cui ora si dirà.

Dunque — salve le limitazioni di ordine tecnico — la posizione del concessionario pubblico è quella di un soggetto che è obbligato a contrarre con chi gli richiama il servizio.

La disposizione appare particolarmente interessante per individuare la natura giuridica di rapporti tra il soggetto concessionario ed i diffusori autorizzati dei programmi televisivi. Il decreto legislativo prevede infatti simmetricamente che i richiedenti l'autorizzazione devono servirsi dei mezzi di telecomunicazione dei gestori del servizio pubblico, salvo che siano a loro volta concessionari in ambito locale. L'art. 10 disciplina inoltre il caso in cui il richiedente l'autorizzazione voglia distribuire i propri programmi valendosi delle infrastrutture predisposte da un soggetto concessionario in ambito esclusivamente locale: anche in tale circostanza è previsto un obbligo legale a contrarre (o meglio ad accettare le richieste di utilizzo dei mezzi di telecomunicazione) sia pure secondo le condizioni e le modalità tecniche previste dall'emanando regolamento.

Qualche perplessità deriva viceversa dalla particolare disposizione di cui all'art. 7 del decreto, il quale stabilisce che «allo scopo di evitare interferenze e duplicazioni, i gestori di rete e servizi di telecomunicazione disciplinano i reciproci rapporti mediante accordi, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241». Sembrerebbe a prima vista che la norma si riferisca solo alla possibilità da parte dei soggetti concessionari (cioè quello pubblico e quelli privati in ambito locale) di disciplinare, attraverso apposite intese, i loro rapporti ai fini della legittimità del rilascio della concessione, da parte dell'amministrazione competente, il cui contenuto sarebbe, in parte, determinato proprio da accordi di tipo convenzionale.

L'art. 29 lett. d) della legge n. 223/1990 (di cui la disposizione richiamata è la produzione legislativamente delegata) appare viceversa ispirato ad un criterio di maggiore ampiezza, dal momento che imponeva di disciplinare i rapporti *con* i gestori di reti e di servizi di telecomunicazione, nonché le modalità di distribuzione dei programmi agli utenti. Ne consegue che, per coerenza interpretativa con la prima norma di delega, la disposizione di cui all'art. 7 del d.lgs. dovrebbe essere estesa a tutti i soggetti che necessitano, per lo svolgimento dei servizi in esame, di un apposito atto amministrativo (quindi anche i distributori dei programmi). Seguendo tale impostazione il quadro dei rapporti tra i vari soggetti può essere delineato con maggiore chiarezza:

— il concessionario della rete deve poter consentire l'accesso a qualsiasi soggetto richiedente l'autorizzazione; tale atto amministrativo può essere (in parte) sostituito da una intesa (avente contenuto e natura contrattuali, secondo la giurisprudenza costante della Corte di Cassazione) intercorrente tra lo stesso concessionario ed il richiedente l'autorizzazione;

— l'obbligo legale a contrarre deve, per principio generale, essere accompagnato da condizioni che siano chiare e non discriminatorie tra i diversi soggetti; nel caso in cui i servizi erogati siano tipicamente (o esclusivamente) telematici, l'obbligo appare addirittura rafforzato dalle previsioni della Direttiva 90/387/CEE relativa alla fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (ONP). Va tuttavia chiarito che i principi stabiliti nella direttiva comunitaria non appaiono genericamente richiamabili per tutti i servizi, dal momento che il provvedimento comunitario «non si occupa dei problemi relativi ai mezzi di comunicazione di massa, vale a dire dei problemi connessi alla trasmissione e distribuzione di programmi televisivi mediante tecniche di telecomunicazioni, in particolare delle reti di televisione via cavo, che richiedono un esame particolare»;

— il rapporto tra concessionario dell'impianto e fornitore del servizio non può che essere di tipo contrattuale, anche se appare del tutto prevedibile che esso possa essere tratteggiato, se non addirittura predefinito, in sede di regolamento di attuazione;

— i rapporti patrimoniali tra i due soggetti non sembra possano estendersi al di là della previsione dell'art. 14 del decreto (canoni di utenza) che rimette la determinazione dei canoni dovuti dagli utenti autorizzati ad apposito decreto del Ministro delle Poste e delle Telecomunicazioni; si rammenta inoltre che il titolare dell'autorizzazione è tenuto al pagamento di una tassa di concessione governativa il cui ammontare è pari a quello stabilito per le analoghe concessioni rilasciate per la radiodiffusione;

— nessuna disposizione è dettata, e non poteva essere diversamente, circa il costo dei servizi *video on demand* a carico dell'utente finale, che possono essere liberamente stabiliti dal soggetto autorizzato.

5. I LIMITI ALLO SVOLGIMENTO DELL'ATTIVITÀ:

LE CONCENTRAZIONI, IL CONTENUTO DEI SERVIZI,
LA PUBBLICITÀ.

Il sopra ricordato art. 12 del d.lgs. 73/1991 richiama espressamente le « norme *antitrust* di cui agli artt. 15 e 19 della legge 6 agosto 1990, n. 223 ».

Dunque vanno enucleate, all'interno degli artt. 15 e 19, le norme che hanno propriamente intento e finalità di tutela della concorrenza. L'art. 15 mira ad evitare concentrazioni sinergiche fra televisione e stampa di giornali quotidiani. È opportuno segnalare che tale articolo è contenuto nel Capo I della legge n. 223/1990 (e dunque non sembrerebbe destinato alla sola radiodiffusione privata, cui è dedicato il Capo II della legge). Ne deriverebbe che — guardando alla realtà esistente nella quale le principali concessionarie (RAI e Fininvest) hanno già il massimo di concessioni previste dal comma 4 dell'art. 15 (tre) — non sarebbe consentito a questi soggetti ottenere una autorizzazione per la trasmissione via cavo. Il che, applicato al *video on demand*, vorrebbe dire che proprio i soggetti i quali, disponendo di un ampio « magazzino », potrebbero essere interessati ad un suo più articolato sfruttamento economico, sarebbero inibiti dal farlo.

Inoltre visto il richiamo alle disposizioni della legge n. 223/1990, occorre verificare quali fra i molti limiti contenutistici possano applicarsi alla televisione via cavo ed in particolare al *video on demand*.

a) In primo luogo va ricordato il comma 15 dell'art. 15 della legge n. 223/1990 secondo cui « i concessionari privati e la concessionaria pubblica sono tenuti a trasmettere il medesimo programma su tutto il territorio per il quale è rilasciata la concessione ». Una interpretazione restrittiva della norma escluderebbe in radice la possibilità del *video on demand* in base al quale ciascun utente organizza a modo suo il proprio « programma », a meno di non intendere per « programma » la « banca di programmi » accessibile via

cavo. Quest'ultima interpretazione risulterebbe tuttavia penalizzante qualora si volesse articolare l'offerta (e quindi i costi) del servizio in base al numero dei diversi «magazzini» (ad esempio cinema, sport, informazione, varietà, ecc.) accessibili.

L'altra soluzione, più drastica, è quella di ritenere assolutamente non «compatibile» il predetto comma 15 con la trasmissione via cavo e soprattutto con il *video on demand* e dunque non applicabile.

b) Il d.lgs. 73/1991 esclude espressamente (art. 9, comma 3) che le televisioni via cavo siano tenute a destinare una percentuale della propria programmazione all'informazione (art. 16, comma 18, legge n. 223/1990), a trasmettere per un numero minimo di ore (art. 20, comma 1 e 2, legge n. 223/1990) e a trasmettere quotidianamente telegiornali (art. 20, comma 6, legge n. 223/1990).

c) Sembrerebbe valere anche nei confronti della televisione via cavo il divieto, di cui al comma 11 dell'art. 15, legge n. 223/1990, di trasmissione di film vietati ai minori degli anni diciotto, con conseguente impossibilità di realizzazione di un canale dedicato ai film «hardcore».

d) Più complessa l'applicabilità del disposto sui film vietati ai minori degli anni quattordici la cui trasmissione è limitata (art. 15, comma 13, legge n. 223/1990) fra le ore 22,30 e le ore 7,00. O si ritiene che tale norma non sia «compatibile» con la televisione via cavo (la quale presuppone un allacciamento richiesto da un adulto ed una proiezione più «controllata») e meno che mai con il *video on demand* che, tecnicamente, consenta la possibilità di visionare un programma a qualsiasi ora. Oppure si rende necessario un dispositivo tecnico che consente l'accesso ai film vietati ai minori solo nelle fasce orarie consentite.

e) Si estenderebbe anche nei confronti della televisione via cavo il divieto di trasmissione di film per i quali non siano trascorsi almeno due anni (o un anno per quelli coprodotti) dalla programmazione in sale cinematografiche (comma 15, art. 15, legge n. 223/1990). Tuttavia stante la possibilità di accordi fra aventi diritto e televisioni via cavo, la portata restrittiva della disposizione appare, in fatto, modesta.

In ultimo, con riferimento alla pubblicità si verifica una differenziazione fra televisione via cavo «tradizionale» e *video on demand*. Mentre alla prima apparirebbe, teoricamente, applicabile la disciplina contenuta nella legge n. 223/1990 sui limiti di affollamento pubblicitario (inclusivo anche di sponsorizzazioni e telepromozioni), per il secondo essa sarebbe scarsamente «compatibile» in quanto è l'utente che «confeziona» il proprio programma, e quindi determina l'eventuale affollamento di pubblicità. Peraltro potrebbe addirittura verificarsi la possibilità di accedere ad un archivio composto unicamente da spot pubblicitari passati e presenti, rispetto al quale è l'utente che chiede (e addirittura paga per ottenere) la pubblicità.

La disciplina della legge n. 223/1990 potrebbe tuttavia essere invocabile qualora la pubblicità non fosse « originaria » della banca di programmi bensì fosse aggiunta dal soggetto autorizzato alla trasmissione del servizio via cavo. In tal caso si potrebbe ritenere che tali inserimenti successivi non debbano superare i limiti di legge.

6. GLI ORGANI DI CONTROLLO.

Qualche problema di coordinamento tra diverse disposizioni legislative potrebbe intervenire in sede di individuazione dell'organo cui è attribuita una posizione di controllo in materia. A tale proposito occorre precisare che l'intera fattispecie deve ancora essere oggetto di apposita regolamentazione ministeriale, per l'emanazione della quale (art. 13 del d.lgs.) il Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni è tenuto a « sentire », tra gli altri, il Garante istituito ai sensi dell'art. 16 della legge n. 223/90. Al momento, pertanto, possono essere formulate alcune ipotesi di carattere generale, tenendo conto della specificità del singolo settore di possibile intervento dell'organo in posizione di controllo:

— per ciò che concerne la vigilanza sull'adempimento degli obblighi relativi ai concessionari, essenzialmente di carattere tecnico, non pare dubbio che essa debba essere attribuita all'Ispettorato generale Superiore del Ministero delle Poste e Telecomunicazioni, relativamente ai compiti fissati dall'art. 8 del decreto (« L'amministrazione può procedere alla verifica tecnica della rete e può effettuare, in qualsiasi momento, sopralluoghi e verifiche allo scopo di riscontrare la corrispondenza degli impianti alle prescrizioni tecniche. L'amministrazione può imporre, con congruo preavviso, al titolare della concessione di spostare gli impianti e la rete dei cavi qualora lo richiedano preminenti interessi pubblici, in conformità al parere espresso dal Consiglio superiore tecnico delle telecomunicazioni »);

— per ciò che riguarda i rapporti tra concessionario di rete e soggetti autorizzati la prescrizione contenuta nell'art. 3 del decreto appare sufficientemente chiara: nel caso in cui un fornitore di servizi sia stato autorizzato allo svolgimento dell'attività da parte del ministero competente, il gestore del mezzo pubblico è tenuto ad assicurare il servizio di distribuzione dei programmi sonori e televisivi. Tuttavia potrebbero in ipotesi verificarsi, in sede di predisposizione dello schema contrattuale tra concessionario e soggetto autorizzato, ingiustificate restrizioni allo svolgimento di attività che possano prefigurare l'intervento del Garante della concorrenza e del mercato, nella misura in cui si ritenga suscettibile di attrazione nella sfera di competenza di tale Autorità lo svolgimento dell'attività in esame (v. art. 20, comma 1, legge n. 387/90). Vale la pena di considerare che, allo stato,

la previsione appare per lo più accademica, dal momento che la rammentata impossibilità di rilasciare l'autorizzazione ad enti pubblici ed a società a prevalente partecipazione pubblica impedirebbe l'eventuale abuso di posizione dominante da parte del concessionario, né giustificerebbe l'adozione di pratiche restrittive o impeditive della concorrenza nel settore;

— per ciò che concerne la funzione svolta dal Garante per la radiodiffusione e l'editoria, istituito con l'art. 6 della legge n. 223/90, essa pare in genere applicabile anche alla erogazione dei servizi *video on demand*. In particolare potrebbe trovare applicazione l'art. 31 della legge n. 223/90 il quale prevede che il Garante disponga i necessari accertamenti e contesti gli addebiti agli interessati, assegnando un termine non superiore a 15 giorni per le giustificazioni, in caso di inosservanza delle disposizioni di cui gli artt. 8 (disposizioni sulla pubblicità), 9 (destinazione della pubblicità allo Stato ed agli enti pubblici, messaggi di utilità sociale), 20 (obblighi concernenti la programmazione), 21 (autorizzazione alla trasmissione di programmi in contemporanea) e 26 (riserva di opere comunitarie e nazionali). Occorre tuttavia precisare che appare necessaria una attenta operazione ermeneutica al fine di valutare quali norme siano integralmente applicabili alla fattispecie considerata, sia in relazione al possibile contenuto dell'emanando regolamento ministeriale, sia per ciò che concerne gli espliciti richiami alla disciplina già contenuti nel decreto legislativo (ad es. l'art. 9 prevede che «per ciascuna tipologia di autorizzazione sono applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni dettate dalla legge 6 agosto 1990, n. 223, ad eccezione di quelle di cui... ai commi 1, 2 e 6 dell'art. 20»: cioè proprio la disposizione sulla cui corretta applicazione il Garante è chiamato a vigilare);

— per ciò che concerne la pubblicità occorre in ultimo richiamare il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, attuativo della direttiva CEE 84/450 in materia di pubblicità ingannevole, che affida all'Autorità garante della concorrenza e del mercato importanti attribuzioni in materia di repressione delle pratiche pubblicitarie decettive. La disciplina richiamata prevede, nel caso in cui il messaggio pubblicitario debba essere diffuso attraverso *media* sui quali opera in posizione di controllo il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, una procedura di coordinamento tra le due *authorities* (parere obbligatorio) che tuttavia, secondo la dottrina, non appare del tutto idonea a fugare le possibilità di sovrapposizione degli interventi in materia.

7. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

La disciplina applicabile alla diffusione televisiva via cavo è per molti aspetti incerta. Ciò è dovuto al fatto che il legislatore ha re-

datto un testo, il d.lgs. 73/1991, privo di qualsiasi collegamento con una realtà effettiva, e basato su un modello di pura fantasia. La situazione è aggravata dal generico rinvio alle disposizioni della legge 223/1990 la quale è stata pensata, oltre che in un clima ed in un contesto parlamentari ormai superati, con riferimento ad un mezzo profondamente diverso dalla televisione via cavo.

Le incertezze aumentano vieppiù con riferimento al *video on demand* che né il legislatore delegante né quello delegato hanno minimamente preso in considerazione. Alcune incongruenze potrebbero forse essere eliminate in sede di regolamento di attuazione, avvertendo tuttavia che, data la sua subordinazione nella gerarchia delle fonti, il decreto ministeriale attuativo non potrebbe sovvertire legge e decreto legislativo laddove essi appaiono espliciti ed inequivoci.