

**GARANTE  
PER LA RADIODIFFUSIONE  
E L'EDITORIA  
7 MAGGIO 1992**

**ESTENSORE:** SANTANIELLO

**PARTE:** FININVEST

**SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO.** — L'avvio dell'istruttoria concernente l'operazione Fininvest S.p.A. - AME S.p.A. - AMEF S.p.A. - A. Manzoni & C. S.p.A. è stato disposto con provvedimento del 24 febbraio 1992, notificato, a mezzo di funzionari dell'Ufficio del Garante per la radiodiffusione e l'editoria, il giorno successivo, ai sedici soggetti interessati all'operazione di concentrazione (cedenti ed acquirenti di azioni delle società oggetto dei trasferimenti). Con lo stesso atto è stato nominato responsabile del procedimento il Dott. Diego Rispoli, Segretario Generale dell'Ufficio, e si è data facoltà alle parti di prendere visione degli atti del procedimento presso il Segretariato Generale. Contestualmente è stata data notizia dell'avvio dell'istruttoria al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dell'Industria ed all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (alla quale, inoltre, è stata inviata copia del provvedimento ai fini della pubblicazione nel bollettino di cui all'art. 26 della legge 287/1990).

Con provvedimento del 3 marzo è stata disposta l'acquisizione agli atti del procedimento dell'istanza, presentata in data 18 febbraio dall'Avv. Rossi in rappresentanza di varie società editoriali, avente ad oggetto le infrazioni, da parte del gruppo Fininvest, alle leggi 287/1990 e 223/1990. In proposito, questo Ufficio ai fini della legittimazione procedimentale delle predette società ha ritenuto, da un lato, di avvalersi delle facoltà concesse dall'art. 14 della legge 287, in ordine all'acquisizione di ogni documento utile ai fini dell'istruttoria, e, d'altro lato, di dover tenere conto dei principi generali che regolano l'accesso al procedimento amministrativo dei controinteressati.

Le imprese editrici sono le seguenti:

- 1) E.A.G. s.r.l. (La Provincia Pavese)
- 2) EDI.ME. S.p.A. « Il mattino »
- 3) EDISUD S.p.A. « Gazzetta del Mezzogiorno »
- 4) Editoriale Adriatica - SEA S.p.A. (Corriere Adriatico)
- 5) Editoriale Il Tirreno S.p.A.
- 6) Editoriale La Nuova Sardegna S.p.A.
- 7) Editoriale La Repubblica S.p.A.
- 8) Editoriale L'Espresso S.p.A.
- 9) Editoriale Le Gazzette S.p.A. (Gazzetta di Mantova, Modena, La nuova Ferrara, il Lavoro)
- 10) Editoriale Quotidiani Veneti S.p.A. (Il Mattino di Padova, La Tribuna di Treviso, La Nuova Venezia)
- 11) Editrice Il Messaggero S.p.A.
- 12) Editrice La Stampa S.p.A.
- 13) Edizioni e pubblicazioni S.E.P. S.p.A. (Il Secolo XIX)
- 14) Poligrafici Editoriali S.p.A. (Il Resto del Carlino)
- 15) R.C.S. Editori S.p.A.
- 16) Rusconi Editore S.p.A.
- 17) S.E.C.I. Società Editoriale Centro Italia S.p.A. (Il Centro)
- 18) S.E.T.A. - Società Editrice Tipografica Atesina S.p.A.
- 19) Società Finanziaria ed Editoriale San Marco S.p.A. (Il Gazzettino)
- 20) Società Editrice Sportiva S.p.A.
- 21) Domenico Sanfilippo Editore S.p.A. « La Sicilia » (Catania)
- 22) Edisalento S.p.A.
- 23) Giornale di Sicilia Editoriale Poligrafica S.p.A.
- 24) Società Edizioni locali s.r.l.
- 25) Editoriali Quotidiani locali s.r.l.
- 26) Edizioni Brescia S.p.A.
- 27) Società Athesis S.p.A.
- 28) S.E.S. - Società Editrice Siciliana (Gazzetta del Sud)
- 29) S.E.V. - Società Editoriale Varese S.p.A.
- 30) S.E.G.E.A. - Società edizioni giornali e affini S.p.A.

Nella loro istanza, le società editoriali sostengono di essere direttamente o indirettamente danneggiate dai seguenti comportamenti illeciti posti in essere da Fininvest: a) concentrazione con il gruppo Mondadori, in contrasto con l'art. 6 della legge 287/90; b) abuso di posizione dominante, in contrasto con l'art. 3 della medesima legge; c) raccolta di pubbli-

cità e gestione di emittenti televisive oltre i limiti previsti, rispettivamente, dal comma 7 e dai commi 1 e 4 dell'art. 15 della legge 223/1990.

In particolare, le imprese editoriali individuano il mercato rilevante in quello della cosiddetta « area classica » del settore pubblicità, comprendente gli strumenti tradizionali di diffusione (televisione, stampa, radio, cinema e pubblicità esterna), poiché ritengono che quello della cosiddetta « area allargata » (promozioni, relazioni pubbliche, sponsorizzazioni, contatti diretti) abbia un ambito disomogeneo e difficilmente individuabile, si differenzi notevolmente dal primo sotto il profilo merceologico e pertanto non sia caratterizzato, rispetto a primo, da quella fungibilità dei rispettivi prodotti o servizi in grado di farli considerare parte dello stesso mercato.

Individuato in tal modo l'ambito di operatività della, normativa, le suddette società producono documenti (fatturati dei principali operatori e rispettive quote di mercato, titolarità di mezzi di comunicazione di massa e di grandi magazzini) a sostegno della affermazione della posizione dominante del gruppo Fininvest, non solo nel mercato della pubblicità area classica, ma soprattutto nello specifico sottomercato (o segmento dello stesso settore merceologico) della pubblicità dei beni di largo consumo; con l'operazione AMEF/Mondadori, sostengono, la combinazione pubblicitaria multimediale assume aspetti tali da poter eliminare, in breve tempo, tutta la concorrenza.

Inoltre, nell'istanza si sostiene che Fininvest terrebbe i seguenti comportamenti, vietati dalla legge:

— vendita di pacchetti combinati di prodotti pubblicitari, senza consentire l'acquisto di un solo prodotto;

— imposizione di clausole di esclusiva, a pena del rifiuto di stipulare altri contratti, ad esempio quelli per la distribuzione dei prodotti attraverso i grandi magazzini di proprietà del gruppo;

— rifiuto di contrarre con chi abbia rapporti pubblicitari con la concorrenza;

— vendita dei propri prodotti a prezzi molti inferiori a quelli di mercato.

Infine le società editoriali asseriscono la violazione dell'art. 15 della legge 223/90, in ordine sia alla raccolta pubblicita-

ria, effettuata dal gruppo Fininvest (in particolare da Publitalia '80) per altre emittenti, oltre che per le tre reti nazionali consentite, sia alla titolarità di reti televisive in misura superiore a quelle previste, in contrasto con il principio del pluralismo delle fonti di informazione.

A seguito di formale richiesta della Fininvest in ordine alla possibilità di accedere agli atti del procedimento, copia della citata istanza e dei relativi allegati è stata consegnata, in data 4 marzo, al Dott. Del Debbio, che ha all'uopo esibito apposita delega datata 27 febbraio. Altri atti richiesti sono stati, in prosieguo di tempo, consegnati allo stesso Dott. Del Debbio. Il 6 marzo sono state inviate, dalle parti, le informazioni e la relativa documentazione richieste all'atto di apertura dell'istruttoria; in particolare lo stesso giorno sono pervenute le notizie trasmesse dal gruppo Fininvest, che ha inoltre chiesto di essere sentito a mezzo di procuratore speciale, e di essere nuovamente sentito prima della chiusura dell'istruttoria, mentre quelle inviate dallo studio Segre, per conto delle società del gruppo De Benedetti, sono pervenute all'Ufficio il 14 marzo. Il 9 marzo si è provveduto a richiedere, ai sensi dell'art. 20, comma 3, della legge 287, il parere dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, alla quale è stata, inoltre, trasmessa la documentazione acquisita sino a tale momento.

Il 10 marzo Fininvest ha presentato una prima memoria difensiva, datata 9 marzo, corredata da numerosi documenti, e articolata nei seguenti punti:

a) tardività dell'avvio dell'istruttoria sull'operazione di concentrazione, per mancato rispetto del termine perentorio fissato dall'art. 16, comma 4, della legge 287;

b) peculiarità della normativa applicabile alle imprese operanti nel settore della radiodiffusione e dell'editoria;

c) in subordine: insussistenza dell'ipotesi di violazione dell'art. 6 legge 287;

d) insussistenza dell'ipotesi di violazione dell'art. 3, lett. a), legge 287. La Società afferma di non aver mai imposto pacchetti di spazi pubblicitari, ma di averli proposti nell'interesse dei clienti, che spesso li richiedono per diversificare il contatto con il pubblico.

Il 12 marzo è stata trasmessa all'Autorità Garante della concorrenza e del

mercato copia della documentazione fatta pervenire da Fininvest il 10 marzo. Nello stesso giorno si è tenuta l'audizione dei rappresentanti del gruppo Fininvest.

In particolare, l'Avv. Mezzanotte ha riproposto le eccezioni formulate nella memoria del 9 marzo, relative alla decorrenza dei termini ed all'applicabilità, alla fattispecie, della normativa specificamente dettata per le imprese operanti nel settore delle comunicazioni di massa. Su tale secondo aspetto si sono soffermati anche l'Avv. Bonomo (che ha rimarcato specialmente il complesso iter legislativo della legge 223, e le diverse istanze che la stessa è stata chiamata a comporre), l'Avv. Dotti ed il Prof. Frignani. Quest'ultimo ha poi illustrato anche l'ipotesi subordinata, quella dell'applicabilità della legge 287, sostanzialmente puntualizzando le argomentazioni contenute nella memoria, in relazione al concetto di posizione dominante alla luce dell'esperienza giudiziaria comunitaria ed americana; alla nozione di mercato in termini di area allargata; alla definizione di quota; all'insussistenza del requisito, richiesto dall'art. 6 della legge 287, della produzione di effetti qualificati. Quindi, l'Avv. Dotti ha chiesto che fosse disposta l'audizione di alcuni protagonisti del mercato, al fine di acquisire dati e notizie sulla consistenza e struttura di esso; in particolare, ha indicato AssAP, UPA, Centro marca, ed, inoltre, i primi dieci grandi inserzionisti. Ha affermato che da una tale indagine potrebbe emergere l'ambito corretto del mercato rilevante che, a suo avviso, comprende anche cinema, affissione ed altri mezzi non classici. Infine ha sottolineato la circostanza che il mercato della pubblicità in Italia ha caratteristiche tali per cui la concorrenza non può essere eliminata o ridotta in modo sostanziale e durevole, soprattutto per la presenza della RAI e delle sue anomale fonti di approvvigionamento, che la qualificano come il solo soggetto in posizione dominante.

Il 16 marzo, in base alla richiesta formulata dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, al fine di poter esprimere il proprio parere, questo Ufficio ha sollecitato ulteriori informazioni alla Fininvest, ai suoi concorrenti, ad agenzie di pubblicità, agli utenti della

pubblicità, alle imprese della grande distribuzione commerciale, per un totale di circa 60 soggetti; ad alcuni di essi le relative richieste sono state inviate nei giorni successivi (17-18-19-20 marzo). In particolare, le richieste alle società editrici rappresentate dall'Avv. Rossi, sono state formulate con note del 16, 17 e 20 marzo.

Il 17 marzo è pervenuta la richiesta, reiterata il giorno successivo, da parte dei legali della Fininvest, di avere copia della corrispondenza intercorsa fra il Garante e l'Antitrust nella fase preistruttoria. Con nota in data 18 marzo, si è precisato che tale corrispondenza attiene all'esercizio del generale potere di indagine previsto dall'art. 12 della legge 287, come presupposto ed antecedente valutativo dell'eventuale instaurazione del procedimento, e, pertanto, è da ritenersi estranea agli atti del procedimento di cui gli interessati possono prendere visione in virtù delle norme di cui alla legge 241/1990, ritenute virtualmente applicabili anche al procedimento in questione. Si è tuttavia ritenuto di fornire, al precipuo scopo di assecondare le esigenze conoscitive della Società, copia della nota dell'Antitrust in data 27 gennaio 1992.

Il 18 marzo è pervenuta, da parte dell'Avv. Rossi per le società editoriali da lui rappresentate, una nuova, documentata memoria, per replicare alla tesi della liceità della concentrazione, sostenuta da alcuni settimanali del gruppo Berlusconi sulla base della pronuncia della Commissione CEE del 19 giugno 1990. In proposito, l'Avv. Rossi rileva che:

a) la Commissione non ha rigettato definitivamente la denuncia, allora presentata in via preventiva per abuso di posizione dominante, ma ha solo respinto la richiesta di provvedimento d'urgenza cautelare, perché « ad un primo esame sommario non esisteva una violazione manifesta dell'art. 86 » del Trattato CEE;

b) il caso fu deciso solo sulla base del predetto art. 86, di difficile applicazione alla specie in quanto relativo alle sole ipotesi di abuso e non di concentrazione, e ciò perché non era ancora in vigore il regolamento CEE sulle concentrazioni, il quale ha, nella successiva applicazione, consentito di colpire anche le concentrazioni conglomerali, quale è, a suo avviso, quella in questione;

c) nel provvedimento si legge che l'acquisizione del controllo sul gruppo Mondadori può rafforzare la posizione del gruppo Berlusconi nel mercato della pubblicità a mezzo stampa e confermare la sua posizione dominante nel settore della pubblicità televisiva; alla luce delle nuove disposizioni introdotte con la legge 287/90 e con il regolamento CEE sulle concentrazioni, un'attenta lettura del procedimento conduce ad affermare il rafforzamento della posizione dominante sia nel sottomercato rilevante della pubblicità televisiva che in quello della pubblicità a mezzo stampa periodica — qualora li si consideri distinti, benché complementari — e comunque, nel mercato pubblicitario.

In allegato alla citata memoria, è stato inoltre trasmesso un parere reso il 10 marzo dal Prof. Zanetti sull'esistenza di posizione dominante del gruppo Fininvest sul mercato della pubblicità, articolato nei seguenti punti: 1) definizione del concetto di posizione dominante; 2) individuazione del mercato rilevante; 3) dimensione, dinamica e struttura del mercato della pubblicità sui media, in particolare televisivi; 4) struttura del mercato dell'area classica e posizione della Fininvest prima e dopo l'acquisizione del controllo dell'AME; 5) confronto con la regolamentazione dei paesi europei; 6) manifestazioni e conseguenze attuali o potenziali della posizione dominante.

Il 18 marzo si è provveduto ai sensi dell'art. 14, comma 2, della legge 287, a nominare gli esperti (Prof. C. Bianchi; Prof. A. Gentili; Prof. L. Petix) con il compito di esaminare la documentazione, con lo specifico obbligo del rispetto del segreto d'ufficio in ordine alla stessa, e di prestare all'Ufficio ogni utile e diretta collaborazione nell'accertamento dell'eventuale esistenza delle fattispecie vietate.

Il 24 marzo sono stati trasmessi da Fininvest 6 « colli » contenenti i documenti e le informazioni richieste con la nota del 16 marzo; in seguito, con nota del 7 aprile, verranno richiesti alcuni documenti relativi agli sconti (ed alla loro motivazione), praticati dalle concessionarie della Fininvest e della Mondadori, i quali, benché menzionati, non sono stati rinvenuti nei plichi medesimi. La documentazione mancante è stata trasmessa il 9 aprile.

Il 25 marzo si è svolta l'audizione — che era stata, tra l'altro, formalmente richiesta da Fininvest — dei rappresentanti dell'UPA e dell'AssAP, quali associazioni rappresentative rispettivamente degli utenti della pubblicità e delle agenzie pubblicitarie. Si è proceduto nella data medesima anche alla loro audizione; e mette conto richiamare in rapida sintesi alcune loro osservazioni.

I rappresentanti dell'UPA hanno fatto riferimento a un loro studio elaborato nei mesi di maggio-giugno 1991, contenente dati e statistiche dalle quali emerge il quadro del mercato pubblicitario in Italia, caratterizzato da una sorta di accentrimento nella televisione. Ciò in quanto, per un retaggio economico-commerciale, la pubblicità si è sviluppata intorno ai prodotti di largo consumo, per i quali il mezzo naturale è la televisione.

Invece, per pubblicizzare, ad esempio, i servizi e cioè banche, assicurazioni, trasporti, servizi finanziari, turismo, il mezzo naturale va considerato quello della stampa.

Inoltre l'UPA ritiene che il mercato pubblicitario italiano consenta molte opportunità di diversificazione degli investimenti pubblicitari e che tuttavia negli altri paesi la stampa ha un peso superiore rispetto a quello che ha in Italia, e quindi c'è una diversa distribuzione della pubblicità (in Italia c'è molto ascolto della televisione, e poca diffusione della stampa). E ritiene però che non è possibile trasferire sulla stampa la forza d'impatto della televisione, che presenta un aspetto coinvolgente, con la sua sinergia di visione, di audio, di colore, di movimento, di coinvolgimento psicologico.

I rappresentanti dell'AssAP hanno illustrato le risposte, fornite ai quesiti posti dall'Ufficio con le note del 16 e 17 marzo, specificando le varie voci e documenti, i sistemi di monitoraggio, e l'individuazione del comparto del mercato della comunicazione. Essi, poi, hanno osservato che all'interno del mercato, ciascun prodotto persegue una propria strategia, anche di comunicazioni diversificate tra loro alla ricerca di posizionamenti specifici. In generale, si può affermare che per i beni di largo consumo con elevata frequenza d'acquisto, il mezzo televisivo è indispensabile, il più idoneo a conseguire gli obiettivi di efficacia di una pianificazione pubblicitaria. Il mer-

cato della pubblicità è concentrato su un certo numero di utenti, grossi dal punto di vista degli investimenti, e fortemente strutturati dal punto di vista professionale.

La scelta del mezzo sul quale investire il budget a disposizione, dipende naturalmente dal suo ammontare; così, ad esempio, c'è una soglia minima di presenza televisiva al di sotto della quale non è conveniente scendere.

Ma il cosiddetto costo-contatto non è determinante per la scelta di un mezzo rispetto all'altro.

In ordine ai comportamenti del gruppo Fininvest, rappresentanti dell'AssAP hanno escluso che le contestate clausole siano state loro imposte.

Il 26 marzo i funzionari dell'Antitrust hanno preso visione, presso gli Uffici del Garante, della documentazione trasmessa da Fininvest. Da tale data, secondo le intese intercorse fra le due Autorità ed in base a quanto espressamente previsto dall'art. 16, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha preso nuovo decorso il termine fissato per la pronuncia del parere, avendo l'Antitrust rappresentato in precedenza esigenze istruttorie.

Copia della documentazione richiesta è stata inviata alla predetta Autorità con nota del 30 marzo, richiamando in particolare il segreto d'ufficio previsto dalla legge a tutela del diritto alla riservatezza delle imprese oggetto di istruttoria.

Nel frattempo, in prosieguo di tempo, sono pervenute le informazioni richieste alle principali concessionarie di pubblicità, ai principali editori televisivi e della carta stampata, concorrenti del gruppo Fininvest, alle agenzie di pubblicità, ai grandi e medio-piccoli utenti di pubblicità, ed alle maggiori imprese della distribuzione commerciale.

Da un esame dei cospicui elementi forniti si è potuto avere contezza delle dinamiche e delle dimensioni del settore, e si sono acquisite utili indicazioni, che sono state poste alla base delle valutazioni complessive sulle caratteristiche del mercato. Parte della documentazione acquisita è stata altresì trasmessa all'Antitrust, con note del 1° e del 3 aprile, in base alle richieste dei funzionari che hanno visionato il materiale pervenuto fino a quella data.

Il 3 aprile è pervenuta la seconda memoria dell'Avv. Rossi, datata 2 aprile, in

relazione agli argomenti difensivi formulati da Fininvest il 9 marzo, e di cui all'Avv. Rossi era stata data notizia in qualità di parte del procedimento. Gli argomenti in essa trattati sono i seguenti:

A) In merito al rapporto tra la legge 287/90 e la legge 223/90, si sostiene la diversità degli ambiti di applicazione e della *ratio*; infatti la prima avrebbe l'obiettivo, costituzionalmente sancito, della tutela della concorrenza e del mercato e pertanto presupporrebbe la valutazione dell'impatto concreto delle singole operazioni non avendo potuto fissare limiti precisi; la seconda invece avrebbe l'obiettivo di garantire il pluralismo dell'informazione, nel rispetto dei diritti garantiti dalla Costituzione, ed a tale scopo fissa precise limitazioni.

Di conseguenza, diverso è l'ambito di operatività degli artt. 3 e 6 della legge 287 e dell'art. 15 della legge 223.

B) A proposito del mercato da considerare, che Fininvest ritiene sia quello della pubblicità area allargata, si sottolinea la fondatezza del riferimento all'area classica, poiché solo la pubblicità sui media ha un costo-contatto relativamente basso, consente la comunicazione costante con un pubblico eterogeneo ed un'elevata flessibilità di gestione del messaggio, ed infine viene venduta da soggetti terzi, i titolari dei veicoli pubblicitari che creano un mercato attraverso la vendita di spazi.

Si ripropone, inoltre, la suddivisibilità in sottomercati dell'area classica, di modo tale che gli effetti distorsivi della concorrenza possono essere valutati anche con riguardo ai singoli segmenti.

C) La giurisprudenza e la prassi comunitaria, si afferma, sono nel senso di considerare lecite le concentrazioni di imprese con quota di mercato intorno al 40% solo quando i concorrenti hanno quote prossime ad esse o dispongono di rilevanti potenziali finanziari, economici, tecnici; inoltre, la c.d. soglia di dominanza si è andata progressivamente attenuando, sino ad essere considerata soddisfatta quando l'impresa possiede una quota del 20%, dovendosi al riguardo esaminare altri e molteplici elementi.

D) La posizione dominante del gruppo Berlusconi si riscontra con riferimento ai mercati — o sottomercati — della pubblicità televisiva (rispetto al quale detiene il 60% del fatturato, esercitando

un'influenza dominante su 8 reti televisive nazionali); dell'area classica (di cui controlla il 37,6%); e dei periodici (in cui la quota detenuta è pari al 28%).

Di conseguenza, la concentrazione con Mondadori ha avuto l'effetto di rafforzare una posizione dominante già esistente, in modo tale da eliminare o ridurre la concorrenza, che, in misura assai limitata, è costituita oggi solo dalla RAI. Inoltre, la vendita di pacchetti risulta un'imposizione, e non una semplice offerta, qualora si consideri che l'alternativa è estremamente svantaggiosa, dal punto di vista economico, per l'acquirente.

Si ribadisce, infine, la violazione dei limiti imposti alla raccolta pubblicitaria ed al possesso di emittenti televisive, dall'art. 15 della legge 223.

Il 4 aprile, Fininvest ha trasmesso il parere reso in data 31 marzo dal Prof. Antonio Martino, articolato nei seguenti punti:

1) individuazione del mercato rilevante alla luce della istanza dell'Avv. Rossi, della memoria, ad essa allegata, del Prof. Zanetti, e dell'attività commerciale degli operatori;

2) descrizione ed analisi delle posizioni delle principali concessionarie che operano sul mercato degli strumenti di comunicazione acquistati dalle aziende;

3) posizione della stampa su tale mercato e motivazione della sua attuale debolezza;

4) osservazioni sulla qualità concorrenziale sul mercato della comunicazione.

Con nota del 6 aprile sono stati richiesti ulteriori elementi di valutazione alle società del gruppo De Benedetti. In data 8 aprile è pervenuta, per conoscenza, copia della memoria indirizzata dal gruppo Fininvest all'Antitrust affinché ne tenesse conto nell'elaborazione del parere richiesto ai sensi dell'art. 20, comma 3, legge 287. In detta memoria si sottolinea la dubbia ammissibilità dell'intervento degli editori nel procedimento, vengono richiamate le eccezioni, formulate nella precedente memoria del 10 marzo, di tardività dell'avvio dell'istruttoria, e dell'applicabilità, al caso in questione, della sola legge 223; viene ribadita ed integrata la contestazione delle ipotesi di addebito basate sull'art. 3 e 6 della legge 287. Si sostiene, in particolare, nuovamente

che il mercato di riferimento è quello dell'area allargata; in esso il gruppo Fininvest detiene una quota del 14,8%. Si formulano, inoltre, considerazioni sui motivi, endogeni e strutturali, dell'attuale crisi della stampa, segnatamente quella quotidiana, che non può essere imputata allo sviluppo del mezzo televisivo, ma al progressivo deteriorarsi del prodotto offerto ed all'inefficienza degli imprenditori che non si sono impegnati in un ammodernamento delle tecniche produttive, distributive e commerciali, nonostante che la legge vigente offra loro grandi opportunità rispetto all'entrata nel mercato pubblicitario.

Con provvedimento dell'8 aprile, notificato il giorno successivo alle parti del procedimento a mezzo di funzionari dell'Ufficio del Garante, è stata disposta la proroga di trenta giorni, ai sensi dell'art. 16, comma 8, legge 287, del termine fissato per la conclusione dell'istruttoria. Ciò in considerazione della mancata trasmissione di tutti i dati ed informazioni, rilevanti ai fini dell'istruttoria (prodotti pubblicizzati, variazioni tariffarie, contratti-tipo e clausole di esclusiva, sconti praticati, pacchetti pubblicitari, prezzi di listino ed altro), richiesti alle società del gruppo De Benedetti, concorrenza e del mercato, che formula le seguenti conclusioni:

a) l'operazione di concentrazione deve essere valutata anche alla luce dei criteri e principi della legge 287/90 posti a tutela della concorrenza e del mercato;

b) nel generale comparto della pubblicità sui mezzi di comunicazione di massa vanno individuati come rilevanti, in considerazione della limitata intercambiabilità dei mezzi di comunicazione, più mercati distinti ma contigui e complementari;

c) il gruppo Fininvest detiene una posizione dominante sul mercato della pubblicità televisiva;

d) l'operazione di concentrazione in esame ha realizzato la posizione dominante del gruppo Fininvest nel mercato della pubblicità televisiva ma non « in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza » su tale mercato.

Però, in previsione di un ulteriore aumento della quota di mercato del gruppo Fininvest, la situazione è influenzabile sia da evoluzioni normative e sia da ap-

proprie misure da parte del Garante per la radiodiffusione e l'editoria;

e) l'operazione di concentrazione in esame inoltre non appare suscettibile di creare una posizione dominante tale da eliminare o restringere in modo sostanziale e durevole la concorrenza sul mercato della pubblicità per mezzo stampa, anche in virtù dei limiti posti dalla legge 223/90;

f) quanto al denunciato abuso di posizione dominante da parte del gruppo Fininvest, non risultano provati a questa Autorità gli elementi sufficienti ed idonei a dimostrare l'effettiva esistenza di comportamenti vietati ai sensi dell'art. 3 della legge 287/90, salvo il potere del Garante per la radiodiffusione e l'editoria di procedere ad ulteriori accertamenti.

Alla stessa data del 13 aprile, si è provveduto a comunicare alle parti del procedimento che avrebbero potuto prendere visione presso questo Ufficio, del parere reso dall'Antitrust.

Di tale facoltà si sono avvalse, il 15 aprile, la Società Arnoldo Mondadori Editore S.p.A. e l'Avv. Guido Rossi.

Il 22 aprile è pervenuta la terza memoria, datata 21 aprile, predisposta dall'Avv. Guido Rossi nell'interesse delle società istanti, in ordine al parere dell'Antitrust.

In particolare si sottolinea che:

a) l'Autorità ha considerato distinti e non comunicanti i due mercati della pubblicità televisiva e della carta stampata, in contrasto con recenti pronunce della Corte Costituzionale e con la legge 223, che presuppongono un'assoluta intercambiabilità dei due settori.

Inoltre, la tesi dell'Antitrust sulla limitata intercambiabilità è contraddetta dalla riconosciuta esistenza di complementarità;

b) l'Autorità ha riconosciuto che a seguito della operazione, si è prodotto, nel sottomercato della pubblicità televisiva, un evidente vantaggio competitivo, ed una serie di benefici, e quindi il rafforzamento della posizione di dominio;

c) l'Autorità ha poi ritenuto che la concentrazione non ha comportato la costituzione di una posizione dominante nel settore della pubblicità a mezzo stampa periodica, solo per l'esistenza dei limiti alla raccolta pubblicitaria disposti dall'art. 15, comma 7, della legge 223. Ma, si rileva, la norma non solo è stata

violata da Fininvest, anche per l'inidoneità delle sanzioni conseguenti, ma inoltre l'art. 15, comma 7, va letto in altro modo. Essa infatti non impedisce — come dice l'Autorità — al titolare di tre reti nazionali, di acquisire dalla stampa risorse superiori al 2% degli investimenti dell'anno precedente; essa vieta alla concessionaria controllata dal gruppo televisivo di raccogliere pubblicità in misura superiore al 2%. Sarà dunque sufficiente che Fininvest affidi la raccolta pubblicitaria per i suoi giornali, a società concessionarie ad essa non collegate;

d) l'Autorità ha rilevato la totale mancanza di prove sugli abusi di posizione dominante; ma, si nota, sono stati forniti indizi inequivocabili, ancorché generici, il cui accertamento poteva essere effettuato dall'Antitrust utilizzando i propri poteri di indagine e di ispezione.

Copia di tale memoria unitamente a copia di quella presentata il 2 aprile, è stata consegnata, il 22 aprile, a persona designata da Fininvest.

In prosieguo di tempo sono pervenuti i documenti richiesti ai vari soggetti, alle società editoriali ed alle società del gruppo CIR/De Benedetti, in ordine all'indagine effettuata dall'Ufficio sulle dinamiche e dimensioni del mercato pubblicitario. In particolare, i documenti richiesti alle società rappresentate dall'Avv. Rossi, sono stati dallo stesso inviati il 10, il 14 ed il 23 aprile.

Il 24 aprile è stata consegnata ed acquisita agli atti del procedimento, l'analisi economica della posizione del gruppo Fininvest, svolta dal Prof. Petix, ordinario di Tecnica Industriale e Commerciale presso l'Università « La Sapienza » di Roma, in qualità di esperto, ai sensi dell'art. 14, comma 2, della legge 287. In tal modo il Prof. Petix ha adempiuto all'incarico assegnatogli dal Garante con provvedimento del 18 marzo 1992 depositato in atti, che contiene la chiara individuazione dei compiti conferitigli. Per cui anche questo momento procedimentale si è svolto in tutta regolarità (senza che sia oggettivamente ravvisabile alcuna delle lacune istruttorie ipotizzate dalla difesa della Fininvest).

Inoltre gli altri esperti nominati con il medesimo provvedimento hanno provveduto, in prosieguo di tempo, a prestare all'Ufficio ogni fattiva collaborazione e consulenza su specifici aspetti, di volta

in volta esaminati, attinenti all'indagine in corso.

In data 27 aprile è stato comunicato il deposito della citata analisi economica del Prof. Petix alle società del gruppo Fininvest, che ne hanno ritirato copia il giorno successivo.

In data 30 aprile i legali della Fininvest, convocati da questo Ufficio per la discussione finale, hanno presentato un'ultima memoria nonché un secondo parere del Prof. Martino ed hanno svolto un'ampia discussione.

La sequenza cronologica su delineata di tutti momenti procedimentali dimostra quanto sia stata complessa un'istruttoria, fitta di adempimenti, che ha implicato l'esame di migliaia di atti e documenti (alcuni acquisiti dal Garante di sua iniziativa, altri chiesti, in cospicua misura, dall'Autorità Antitrust, altri ancora esibiti da tutte le parti interessate), di numerosissimi scritti difensivi e di copiose relazioni tecniche. Nei 75 giorni del procedimento stesso, l'Ufficio si è sottoposto quotidianamente a un impegno gravoso ed a uno sforzo notevole.

Ed è opportuno che, nel dare conto dello svolgimento dell'istruttoria, si faccia un cenno specifico anche al tipo di documenti e informazioni acquisite, avvalendosi della facoltà di cui all'art. 14, comma 2, della legge 287.

D'intesa con l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, si è ritenuto di richiedere, sia tramite le parti interessate, che attraverso fonti statistiche ed informative esterne, informazioni atte ad accertare la struttura del mercato, l'esistenza di eventuali sottomercati differenziati, il grado di sostituibilità dei diversi mezzi pubblicitari, le quote detenute dalle principali imprese operanti nei settori, le diverse tipologie contrattuali, i prezzi di listino, gli sconti praticati, gli eventuali collegamenti con altri servizi offerti.

In particolare, si è chiesto a Fininvest di fornire copia dei contratti-tipo adottati dalle concessionarie di pubblicità Fininvest e Mondadori, eventuali clausole di esclusiva, ed eventuali clausole in materia pubblicitaria inserite nei contratti della Standa; copia dei contratti conclusi da Fininvest e Mondadori con i maggiori inserzionisti e relativa fatturazione nel triennio 89/91; prezzi di listino, sconti e loro motivazione, pacchetti pubblicitari



e loro giustificazione aziendale e commerciale; quote della pubblicità venduta e realizzata da concessionarie Fininvest e Mondadori, prodotti e servizi offerti, loro eventuale intercambiabilità, indicazioni del costo-contatto.

Analoghi quesiti sono stati formulati alle società editoriali rappresentate dall'Avv. Rossi ed alle loro concessionarie di pubblicità; alle stesse, inoltre si è richiesto di indicare le prime dieci tipologie di prodotti di largo consumo pubblicizzati attraverso l'intermediazione delle concessionarie, la percentuale, per ogni prodotto, del mezzo pubblicitario utilizzato, la variazione dei mezzi anche in relazione alle variazioni tariffarie ed il valore medio del costo-contatto per la pubblicità su periodici.

Elementi di valutazione sono stati richiesti anche alle società del gruppo De Benedetti, alle quali si è chiesto, tra l'altro, di individuare, sulla base di elementi quantitativi degli ultimi cinque anni, il grado di intercambiabilità tra periodici non specializzati e quotidiani, in relazione alla pubblicità di una serie individuata di tipologie merceologiche.

L'indagine si è inoltre estesa agli operatori del mercato pubblicitario, ed ai soggetti comunque in possesso di utili informazioni.

L'analisi è stata condotta formulando quesiti diversificati, in relazione allo specifico campo di attività, alle principali concessionarie ed agenzie di pubblicità, alle emittenti televisive nazionali, ai più grandi centri ed imprese di distribuzione, ai più significativi grandi e medi utenti, per un totale di circa 60 soggetti.

È stata inoltre disposta l'audizione di associazioni di categoria quali l'AssAP e l'UPA, ed all'USPI e all'AMA sono stati richiesti elementi di valutazione.

Infine sono stati formulati specifici quesiti sugli utenti di pubblicità ed i relativi investimenti pubblicitari diversificati per i media, sul loro fatturato aziendale, sul tipo di beni pubblicizzati e relativo investimento complessivo a livello nazionale, ad aziende di servizi operanti nel settore, quali la Nielsen e la AGB Italia.

Nel corso della fase istruttoria sono pervenuti i dati e le informazioni richieste; la relevantissima mole di documenti (solo Fininvest ha trasmesso 6 colli), re-

lativi alle circa 500 risposte fornite, è stata esaminata ed elaborata da funzionari dell'Ufficio, ed in parte, visionata da funzionari dell'Antitrust.

Dall'esame degli elementi pervenuti si è potuto avere contezza del complesso mercato pubblicitario in Italia, e sono emerse utili indicazioni che sono state poste alla base delle valutazioni complessive sulle caratteristiche del mercato.

#### CONSIDERAZIONI IN DIRITTO:

- 1) *Applicabilità nel caso di specie della disciplina posta a tutela della concorrenza e del mercato, di cui alla legge n. 287/90.*

Prioritaria fra le questioni preliminari inerenti al presente procedimento è quella della individuazione della normativa applicabile alla fattispecie di cui si controverte. Questa è chiaramente descritta nelle premesse dell'atto di avvio dell'istruttoria del 24 marzo 1992:

« Vista la nota pervenuta il 9 maggio 1991, con la quale la Società Fininvest S.p.A. dava comunicazione, all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e al Garante per la radiodiffusione e l'editoria, circa l'operazione AMEF-AME/Editoriale L'Espresso e Editoriale La Repubblica;

Considerato che la Società Fininvest S.p.A. già in precedenza deteneva il controllo della Società Publitalia '80 S.p.A., operante quale concessionaria di pubblicità di reti televisive nazionali e locali e radiofoniche;

Considerato che per effetto dell'acquisizione del controllo della AME Finanziaria S.p.A. attualmente la Società Fininvest S.p.A. detiene anche il controllo mediato della Società Mondadori Pubblicità S.p.A., concessionaria di pubblicità di testate periodiche, ed è altresì conferitaria di parte delle attività aziendali della A. Manzoni Pubblicità & C. S.p.A.;

Considerato che il settore economico interessato dall'operazione è quello della raccolta di pubblicità e della vendita di spazi pubblicitari nell'ambito dei mezzi di comunicazione di massa;

Considerato che la situazione in tal modo determinatasi appare suscettibile di eliminare o ridurre in modo durevole

la concorrenza nel comparto pubblicitario del mercato nazionale, e deve pertanto essere valutata in riferimento agli elementi costitutivi della fattispecie normativa di cui all'art. 6 della legge 287/1990;

Considerato che vengono segnalate ipotesi di abuso di posizione dominante (ai sensi dell'art. 3 della legge 287/90) poste in essere dalla Fininvest S.p.A. attraverso l'imposizione di pacchetti combinati di prodotti pubblicitari, di clausole di esclusiva e l'adozione di prezzi economicamente ingiustificati ».

Si assume da parte della Fininvest, nella memoria del 10 marzo 1992, che la rilevazione di ipotesi di concentrazione nell'ambito delle comunicazioni di massa non possa essere effettuata in base ai criteri fissati dalla legge 287/1990 e che pertanto l'esito delle operazioni concentrative non sia da valutare nel quadro del settore economico della raccolta di pubblicità e della vendita di spazi pubblicitari, bensì soltanto in riferimento alla posizione delle « imprese di informazione » nello specifico sistema delineato dalla legge 223/1990 (all'art. 15). E — si soggiunge — l'attrarre l'impresa di informazione nell'orbita delle norme per la tutela della concorrenza e del mercato significherebbe negare ad essa qualsiasi peculiarità, assoggettandola alla comune disciplina antitrust alla stregua delle altre imprese operanti in ambiti « non titolati » ed aventi una rilevanza puramente economica.

Tale tesi non può essere condivisa. Invero in materia di concentrazioni editoriali e radiotelesive coesistono due nuclei normativi, l'uno a carattere generale e onnicomprensivo (legge 287/90) l'altro di carattere specifico (legge 223/90): e ciascuno di essi è contrassegnato da una propria tipologia di precetti e di divieti. Da ciò consegue che le ipotesi di formazione concentrative possono essere individuate non solo sulla base della tipologia indicata (in riferimento alle aziende editoriali) nelle leggi sull'editoria (legge 416 del 1981 e 67 del 1987) e nella legge di disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato (art. 15 della legge 223/1990), ma anche attraverso la valutazione delle fattispecie normative racchiuse nella legge 287/90 (intese restrittive della libertà di concorrenza, abuso di posizione dominante, divieto delle ope-

razioni di concentrazione restrittiva della libertà di concorrenza).

Si configura cioè un concorso di norme per cui gli interventi previsti nella disciplina della concorrenza e del mercato si aggiungono a quelli indicati nella disciplina del sistema radiotelevisivo.

Ciascuno dei due nuclei normativi di cui trattasi è applicabile in presenza di determinati presupposti e condizioni. Come viene posto in risalto nei lavori preparatori della legge 287 la valutazione delle posizioni dominanti a seguito di concentrazione è connessa, nelle leggi sull'editoria e in quella sulla emittenza radiotelevisiva, a soglie e parametri già esattamente quantificati. Per quel che riflette precipuamente l'emittenza radiotelevisiva, l'art. 15 della legge 223 ricollega il « divieto di posizioni dominanti nell'ambito dei mezzi di comunicazione di massa » in primo luogo a un rapporto rigido e prefissato fra numero di concessioni per radiodiffusione assensibili e controllo di imprese editrici di quotidiani secondo tirature rigorosamente percentualizzate (16%, 8% etc.). In secondo luogo viene in rilievo, alla stregua del comma 4 del medesimo articolo, il limite del 25% del numero di reti nazionali previste dal piano di assegnazione. In terzo luogo, per effetto del comma 7, i limiti in materia di raccolta di pubblicità sono rapportati a un numero (rigido) di reti.

Differenti sono invece i presupposti e le condizioni per l'applicabilità delle disposizioni di cui alla legge 287, la quale anzitutto prevede fattispecie normative del tutto nuove rispetto alla tipologia della 223 (e cioè intese, abusi di posizioni dominanti, etc.), ma, anche in riferimento alla ipotesi antitrust di cui all'art. 6, configura la fattispecie stessa in maniera molto diversificata rispetto alle concentrazioni delineate dalla legge 223. E invero nell'ambito di quest'ultima le posizioni dominanti colpite per l'evento formale di aver superato il numero, legislativamente stabilito, di reti assensibili o la quota consentita delle risorse complessive del settore delle comunicazioni di massa oppure di aver violato il rapporto rigidamente fissato fra reti e quotidiani; mentre nel campo di operatività della legge 287 le costituzioni o i rafforzamenti di « posizioni dominanti sul mercato nazionale vengono colpiti al prodursi di effetti anticompetitivi (cioè di una situa-

zione che deve essere valutata tenendo conto della possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate, dell'accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, della struttura dei mercati, della situazione competitiva dell'industria nazionale, delle barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti, nonché dell'andamento della domanda e dell'offerta dei prodotti o servizi in questione).

Secondo un'esatta formula definitiva, l'art. 6 involge una concentrazione « qualificata », caratterizzata dal verificarsi di fattori distorsivi specifici che incidono sugli elementi « compositivi » della fattispecie analiticamente enunciate nel contesto della norma stessa.

Le delineate considerazioni sono suffragate non solo da elementi di interpretazione della *ratio* delle norme e dai loro nessi sistematici, ma anche dall'oggettiva ricostruzione dell'*iter* dei lavori preparatori della legge 287. Si legge nell'atto parlamentare del 2 maggio 1989 (Pres. Viti, relatore Castagnetti): « il disegno di legge, nel confermare la competenza dei già operanti organi di vigilanza in specifici settori del mercato, estende a tali organi, per il perseguimento degli obiettivi della normativa, le procedure delineate per l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (art. 20, comma 9). Si tratta, in particolare per il Garante per l'editoria, delle procedure previste al capo II (artt. 12, 13, 14 e 15) "Poteri in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza ed abuso di posizione dominante". Sono procedure e poteri per alcuni aspetti più pregnanti di quelli previsti per il Garante nelle leggi 416/1981 e 67/1987. Va ancora segnalato che, ai sensi dell'art. 20, comma 5, del disegno di legge, il Garante per l'editoria può accordare deroghe al divieto di cui all'art. 2 (Intese restrittive della libertà di concorrenza) anche al fine di assicurare la pluralità delle fonti di informazione ».

E ancora risulta dagli atti della Camera Deputati (Commissione VI): « Per ciò che concerne le disposizioni speciali previste dal capo IV del titolo II in materia di aziende ed istituti di credito, imprese assicurative e stampa quotidiana, si debbono evidenziare i nodi fondamentali delle diverse questioni per tentare di in-

dividuare soluzioni soddisfacenti e coerenti. In particolare per ciò che riguarda il settore dell'editoria o, più propriamente, il settore dell'informazione, si tratta di ricondurre la complessa normativa in questo campo ai principi generali previsti dal provvedimento in esame. È necessario quindi che anche questi problemi rientrino nel disegno complessivo del provvedimento posto a tutela della concorrenza e del mercato attribuendo ».

E poi più nitidamente si afferma: « In deroga all'art. 10 occorrerebbe prevedere la partecipazione del Garante dell'editoria come compartecipe dei compiti svolti dall'Autorità Garante per tutte le questioni concernenti il settore dell'informazione ».

D'altronde emerge in maniera evidente come siano sostanzialmente distinti gli obiettivi cui si ispirano le due leggi. La legge 287/90 ha come obiettivo quello della tutela della concorrenza e del mercato, in attuazione dell'art. 41 della Costituzione (art. 1). Per questo motivo non sono stati né potevano essere inseriti nella legge limiti precisi, essendo sempre necessario valutare l'impatto concreto di ogni singola pratica sul gioco della concorrenza.

La legge 223/90 ha invece come obiettivo, evidenziato all'art. 1, comma 2, quello di garantire « il pluralismo, l'obiettività, la completezza e l'imparzialità dell'informazione » nel pieno rispetto dei diritti garantiti dalla Costituzione. Essa non si pone perciò problemi collegati all'esame della concorrenza e delle sue eventuali distorsioni, ma vuole salvaguardare una predeterminata proporzione nel possesso dei vari mezzi di informazione, che viene assicurata con le precise limitazioni disposte, tra l'altro, dall'art. 15.

Come viene rilevato in una recente elaborazione dottrinale, le operazioni di concentrazione nel settore dei media possono richiedere un esame della legittimità a *due livelli*. « Questo significa che una concentrazione, ritenuta legittima per la sua incidenza sulla libera concorrenza, può essere interdetta se arreca pregiudizio all'esigenza di un pluralismo nei media. Viceversa, qualora sotto quest'ultimo profilo non vi siano difficoltà, non dovrebbe escludersi che l'operazione possa essere interdetta sulla base di un'analisi più schiettamente economica del

suo impatto restrittivo sul libero mercato ».

Nemmeno è attendibile l'affermazione che la legge 287 « nel richiamare le disposizioni della disciplina antitrust la cui applicazione è demandata al Garante per la radiodiffusione e l'editoria non menziona l'art. 5 ». Anzitutto va precisato che l'art. 5 è norma meramente definitoria, in quanto enuncia su un piano generale la formula descrittiva dell'operazione di concentrazione, mentre l'art. 6 è norma prescrittiva e specifica in quanto pone il divieto delle operazioni di *concentrazione restrittive della libertà di concorrenza*, esplicitandone tutti gli elementi su cui deve sorreggersi il divieto. Sicché basterebbe di per sé solo il richiamo all'art. 6 a radicare nella competenza del Garante per la radiodiffusione e l'editoria la cognizione della operazione dedotta nella presente controversia. Ma oltre a ciò si osserva che l'art. 5 è pienamente ricompreso nel nucleo di norme, attributive dei poteri di intervento da parte del Garante suddetto, in base alla seguente concatenazione di norme: nell'art. 6 vi è il richiamo all'art. 16; nell'art. 16 è racchiuso il richiamo all'art. 5; l'art. 20 chiude la serie dei « rimandi » normativi, richiamando l'art. 6.

L'individuazione della normativa applicabile alla situazione in esame spiega riflessi specifici su altre tre questioni preliminari attinenti al rito procedurale:

- a) la tempestività dell'avvio di istruttoria;
- b) la ammissibilità delle parti nel procedimento;
- c) le modalità di richiesta del parere all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

## 2) La tempestività dell'avvio dell'istruttoria da parte del garante per la radiodiffusione e l'editoria.

L'avvio dell'istruttoria è stato disposto dal Garante con provvedimento del 24 febbraio c.a.

La Fininvest ne eccepisce la tardività (v. memoria del 9 marzo 1992), ma siffatta obiezione è priva di fondamento.

La norma regolatrice, per tal punto, è data dall'art. 16, comma 4, nonché dal comma 7: « L'Autorità può avviare l'istruttoria dopo la scadenza dei termini di cui al presente articolo, nel caso in cui le

informazioni fornite dalle imprese con la comunicazione risultino gravemente inesatte, incomplete o non veritiere ».

Nella specie l'istruttoria è stata avviata ai sensi del comma 7, il quale fa riferimento alla grave incompletezza e inesattezza delle informazioni (fornite nella specie dalla Fininvest). È da notare che (al fine di valutare la completezza o meno, di cui trattasi) sussiste un criterio certo e *valido erga omnes*, costituito da un atto a *contenuto precettivo generale* denominato « *Formulario per la comunicazione di operazioni di concentrazione a norma della legge 287/1990* » emanato dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, pubblicato sul bollettino (edizione speciale, anno primo 1991). Tale atto, alla cui osservanza sono tenute tutte le imprese aventi l'onere della comunicazione di cui agli artt. 16, comma 1 e 19, comma 2, prescrive in maniera dettagliata ed analitica tutti i documenti e i dati, i bilanci, le relazioni, le analisi che le imprese devono trasmettere all'organo di garanzia, affinché questo possa procedere alla valutazione della concentrazione. Basti ricordare, in sintesi, che, ai fini della completezza informativa, si richiedono, da parte delle imprese:

- a) informazioni sulle parti;
- b) informazioni sull'operazione di concentrazione;
- c) assetto proprietario e controllo;
- d) collegamenti personali e finanziari;
- e) informazioni sui mercati interessati dalla concentrazione.

Ciò premesso, risulta che fino al momento dell'apertura dell'istruttoria gli atti e le informazioni fornite dalla Fininvest al Garante per la radiodiffusione e l'editoria erano gravemente incompleti e inesatti, tanto più che corrispondevano solo in poche parti allo schema prescritto nel formulario.

A dimostrazione di ciò, è opportuno indicare le sequenze sia del carteggio intercorso fra quest'Ufficio (nelle sue richieste reiterate di atti e informazioni) e la Fininvest, sia del carteggio intercorso fra quest'Ufficio e l'Autorità Antitrust.

Quanto al primo di essi, si rileva:

- 1) il 9 maggio 1991 la Fininvest dà notizia all'Autorità Antitrust e al Garante dell'operazione AMEF-AME-Editoriale L'Espresso, Editoriale La Repubbli-

ca, riservandosi di inviare successivamente atti e documenti;

2) il 12 luglio 1991 il Garante chiede se le operazioni siano state formalizzate;

3) il 23 settembre 1991 il Garante inoltra una prima richiesta di notizie e dati specifici in merito all'operazione;

4) il 25 ottobre 1991 la Fininvest rende noto che la raccolta dei dati richiesti comporta un impegno di tempo superiore al previsto;

5) il 27 novembre 1991 la Fininvest fornisce alcuni dati e informazioni, il cui assieme però esaurisce solo una limitata parte di quella documentazione necessaria stabilita nel citato formulario;

6) il 4 dicembre 1991 la Fininvest preannuncia una nuova intesa delle operazioni da attuarsi nel settore pubblicitario (scorporo di alcune attività pubblicitarie dall'A. Manzoni & C. e conferimento del ramo d'azienda nella Mondadori pubblicità);

7) il 5 dicembre 1991 il Garante, richiamandosi anche alla precedente nota del 23 settembre 1991, richiede la documentazione specifica e analitica relativa alla predetta operazione di scorporo della attività della A. Manzoni nel settore della raccolta pubblicitaria;

8) in data 6 febbraio 1992 il Garante comunica a Fininvest, con un'ampia nota: *a)* la documentazione inviata frazionatamente è stata trasmessa con notevole divario di tempo rispetto alla richiesta dell'Ufficio; *b)* la documentazione stessa è risultata assai incompleta o inesatta; *c)* l'organo di garanzia non è stato posto in grado di valutare se le operazioni configurino o meno gli elementi di cui all'art. 6; *d)* occorre acquisire ulteriori dati e chiarimenti concernenti, tra l'altro, i mercati interessati alla concentrazione;

9) in data 12 febbraio 1992 la Fininvest risponde eccependo la mancanza di presupposti per un avvio di istruttoria, e senza dare alcuna di quelle « informazioni sui mercati interessati dalla concentrazione » che, alla stregua del capitolo V del formulario, hanno valore essenziale (ai fini delle valutazioni da parte dell'organo di garanzia) e devono, pertanto, essere forniti dall'impresa (stima dei valori e dei volumi del mercato; ammontare delle vendite del prodotto oggetto della concentrazione; stima delle quote di mercato dei principali concorrenti etc.).

Non meno dimostrativo della grave incompletezza delle comunicazioni dell'impresa (e correlativamente della tempestività dell'istruttoria aperta dal Garante) è il carteggio intercorso fra il Garante e l'Autorità Antitrust.

1) Il 15 maggio 1991 l'Autorità Antitrust con due note distinte (prot. 10311 — caso 91 e prot. 10312 — caso 92) rende noto di aver ricevuto comunicazione dell'operazione e resta in attesa degli adempimenti previsti dalla legge 287/90;

2) il 12 luglio 1991 il Garante comunica all'Autorità Antitrust di non aver ancora ricevuto da Fininvest e CIR la documentazione comprovante l'avvenuta formalizzazione dell'operazione per mezzo del trasferimento materiale dei titoli e delle relative iscrizioni nel libro soci e fa riserva di ulteriori notizie;

3) in data 8 agosto 1991 l'Antitrust comunica di aver richiesto a tutte le società di completare la documentazione secondo il formulario adottato ai sensi della legge 287/90 in uso presso quella Autorità;

4) il 26 agosto 1991 il Garante, profilandosi l'ipotesi di dover avviare un'istruttoria, sull'operazione di concentrazione, ravvisa l'opportunità di conoscere, in una fase meramente prodromica, il punto di vista dell'Autorità Antitrust;

5) il 17 settembre 1991 l'Autorità Antitrust chiede al Garante di acquisire nuovi elementi di valutazione sulla vicenda Mondadori - Espresso, *ritenendo gravemente incompleta la documentazione* fino a quel momento prodotta dalla impresa, con particolare riguardo al ruolo di Fininvest;

6) il 24 settembre 1991 il Garante informa l'Antitrust di aver provveduto a richiedere alla Fininvest ulteriori informazioni, sulla base delle indicazioni fornite dalla stessa Antitrust;

7) il 28 novembre 1991 l'Autorità Antitrust rende noto che, con delibera del 20 novembre 1991, ha deciso di non avviare l'istruttoria in ordine all'operazione di acquisizione della Cartiera di Ascoli da parte della C.I.R.;

8) il 27 gennaio 1992 perviene al Garante la nota dell'Antitrust in ordine all'acquisizione, da parte della Fininvest S.p.A., della AME Finanziaria S.p.A. e del ramo d'impresa della Manzoni S.p.A.;

9) il 27 gennaio 1992 perviene al Garante il parere favorevole pronunciato il 22 gennaio 1992 dall'Antitrust in merito all'acquisizione da parte della CIR S.p.A., attraverso la controllata Editoriale L'Espresso S.p.A., della A. Manzoni & C. S.p.A., in seguito alla cessione alla Fininvest di un ramo della stessa Manzoni S.p.A.;

10) il 12 febbraio 1992 con riguardo all'operazione di acquisizione del controllo di Mondadori da parte di Fininvest, l'Antitrust delibera (5 febbraio 1992) di *non avviare l'istruttoria limitatamente ai mercati dell'editoria libraria, della Produzione e vendita di videocassette*, in quanto ritenuti settori di propria competenza;

11) particolarmente rilevante è la nota dell'Antitrust del 21 febbraio 1992, n. 10387, di cui si trascrive il contenuto: « Questa Autorità ha ricevuto, in data 28 gennaio 1992, dalla Fininvest S.p.A. informazioni aggiuntive rispetto a quelle trasmesse da codesto Garante in data 18 gennaio 1992 (prot. n. 10269/RNS). Si trasmette la medesima documentazione per opportuna conoscenza ».

In base alle sequenze cronologicamente su evidenziate risulta dimostrato che, almeno fino alla data del 21 febbraio 1992, sussisteva la situazione di grave incompletezza ed inesattezza della documentazione fornita dalla Fininvest al Garante. E solo sommando le « informazioni aggiuntive » (che la Fininvest aveva inviato all'Autorità Antitrust, ma non al Garante) con i dati e gli atti precedentemente acquisiti si veniva a formare (nella ridetta data del 21 febbraio) il *minimum indispensabile* di elementi conoscitivi, in base ai quali questo Ufficio veniva finalmente messo in grado di valutare, ai sensi dell'art. 16 comma 7, l'operazione *de qua*, avviando la procedura istruttoria e dandone notifica alle parti interessate. Ciò è avvenuto in data 24/25 febbraio 1992, a distanza di *tre giorni* dalla data del 21 febbraio (soltanto dalla quale può ragionevolmente ritenersi che debba prender decorso il termine di cui al comma 7 dell'art. 16 della legge 287): e quindi con piena tempestività.

Né può omettersi la considerazione che in realtà la situazione di grave incompletezza dei documenti si è protratta anche dopo l'inizio dell'istruttoria; anzi l'avvio della procedura è valso anche a

verificare siffatta situazione di incompletezza, atteso fra l'altro il mancato invio del patto integrativo del 5 dicembre 1991, tanto che l'Ufficio ha dovuto formulare alla Fininvest una prima richiesta, in data 24 febbraio 1992, di atti e documenti e indi, a seguito della lettera dell'Autorità Antitrust, una seconda richiesta in data 24 marzo 1992 di una cospicua serie di atti e informazioni. Sicché soltanto attraverso le acquisizioni di atti sopraggiunte nel corso dell'istruttoria può dirsi superata la situazione di carenza di dati e di informazioni più volte rilevata.

Ma l'elemento di preminente importanza (ai fini della tempestività dell'istruttoria) è costituito dal rilievo che la vasta operazione, formante oggetto del presente procedimento, è una tipica « *fattispecie a formazione progressiva* », articolata nelle seguenti fasi salienti delle acquisizioni, che compongono un unico disegno imprenditoriale:

1) In data 29 aprile 1991, tra i Sigg. Silvio Berlusconi, Carlo Caracciolo, Carlo De Benedetti, Luca Formenton, Leonardo Mondadori ed Eugenio Scalfari, in proprio od in rappresentanza dei Gruppi e delle Società e dei familiari ad essi facenti capo, veniva sottoscritto un accordo stragiudiziale finalizzato al riassetto societario ed operativo del gruppo Mondadori, nel quale ciascuna delle parti deteneva direttamente od indirettamente partecipazioni azionarie.

2) *Acquisizione da parte Fininvest del controllo della AME Finanziaria S.p.A. (AMEF) e cessione del controllo del gruppo L'Espresso.* — A seguito dei citati accordi, in data 9 maggio 1991, la Fininvest, che aveva il controllo di diritto delle emittenti televisive Canale 5, Rete 4 ed Italia 1, nonché della società concessionaria di pubblicità Publitalia '80 (che per le predette esercitava l'esclusiva pubblicitaria), e che già deteneva una quota del 24,09% del capitale sociale ordinario della AMEF, acquisiva da CIR una ulteriore quota del 26,94% arrivando così a detenere il 51,03% del capitale ordinario della suddetta società.

Contestualmente, e sempre nel quadro degli accordi del 29 aprile, venivano alienate ed acquisite altre partecipazioni come descritto più avanti.

La situazione che si veniva provvisoriamente a configurare era la seguente:

a) controllo diretto di AMEF da parte di Fininvest;

b) controllo indiretto, tramite la controllata AMEF, della A. Mondadori Editore S.p.A. in forza della preesistente quota di controllo del 50,3% e del contestuale acquisto del 31,8% dal gruppo CIR;

c) controllo diretto da parte del gruppo CIR dell'Editoriale L'Espresso S.p.A. attraverso l'acquisizione dell'intero pacchetto azionario di controllo detenuto dall'AME;

d) controllo indiretto da parte del gruppo CIR, tramite l'Editoriale L'Espresso S.p.A., dell'Editoriale « La Repubblica » e di Fin.E.Gi.L., in forza della preesistente partecipazione e dell'acquisizione da AME di un ulteriore 0,1%;

e) controllo diretto da parte dell'Editoriale L'Espresso S.p.A. della CIMA BRENTA S.p.A. in forza della preesistente partecipazione del 25% e dell'acquisizione da AME di una ulteriore quota del 30%;

f) controllo congiunto di AME e l'Editoriale L'Espresso S.p.A. della concessionaria di pubblicità Manzoni in forza della partecipazione del 50% già detenuta da ciascuna delle due società;

g) controllo diretto da parte AME della Mondadori pubblicità in forza della partecipazione del 100% già detenuta.

In sostanza, aveva luogo una divisione del gruppo Mondadori articolata su due fondamentali direttrici:

A) Cessione al gruppo Berlusconi delle attività della Mondadori, esercitate nell'area dei periodici, del *business information*, della pubblicità, dei libri, del *direct marketing*, dell'industria grafica e dell'industria cartolibraria.

B) Cessione al gruppo CIR dell'Editoriale L'Espresso, La Repubblica e Fin.E.Gi.L.

3) *L'ulteriore incremento della quota di controllo e la fusione per incorporazione della AME in AMEF.* — In data 31 luglio e 30 ottobre 1991, Fininvest acquistava dalla famiglia Formenton ulteriori azioni ordinarie AMEF fino a possedere direttamente ed indirettamente il 71,46% del capitale sociale ordinario.

In data 29 novembre 1991, a seguito della delibera delle rispettive assemblee straordinarie, veniva stipulato l'atto di

fusione mediante incorporazione di AME in AMEF, della quale veniva modificata la denominazione in Arnoldo Mondadori Editore S.p.A., e l'oggetto sociale da società finanziaria a società editoriale.

Il gruppo Mondadori entrava così definitivamente, anche dal punto di vista operativo, nelle strategie finanziarie del gruppo Fininvest.

4) *L'acquisizione del ramo d'azienda della Manzoni relativo alla raccolta della pubblicità per i periodici Mondadori.*

— Nel quadro degli accordi del 29 aprile, veniva stipulato, in data 5 dicembre 1991, il già citato patto integrativo che dava luogo alle seguenti operazioni, realizzate in prosieguo di tempo (dicembre '91-gennaio '92):

a) cessione da parte della Manzoni S.p.A. (controllata congiuntamente da Arnoldo Mondadori Editore S.p.A. e da L'Espresso) alla Mondadori Pubblicità, del ramo d'azienda rappresentato dalla rete di vendita dedicata alla raccolta della pubblicità per le testate periodiche cedute dal gruppo Mondadori. Tale operazione veniva configurata come conferimento di ramo d'azienda in conto aumento di capitale sociale e si concludeva di conseguenza con l'acquisizione da parte della Manzoni S.p.A. di una partecipazione azionaria (91,66%) nella Mondadori Pubblicità;

b) cessione dalla A. Manzoni S.p.A. alla Arnoldo Mondadori Editore S.p.A. della partecipazione di cui sopra in Mondadori Pubblicità;

c) cessione da Arnoldo Mondadori Editore S.p.A. delle azioni possedute nella Manzoni (50%) all'Editoriale La Repubblica S.p.A.

A conclusione di tali atti:

A) la Fininvest, tramite Arnoldo Mondadori Editore S.p.A., ripristinava il controllo del 100% nella Mondadori Pubblicità, che estendeva la sua attività, in virtù del descritto conferimento, anche nella raccolta di pubblicità dei periodici del gruppo;

B) il gruppo L'Espresso acquisiva un ulteriore 50% di partecipazione nella concessionaria di pubblicità Manzoni passando, così dal controllo congiunto al controllo totale.

5) *Cessione al gruppo L'Espresso delle residue partecipazioni del gruppo Fininvest nella Repubblica, Fin.E.Gi.L. e Cartiera di Ascoli.* — Contestualmente alle operazioni anzidette, la Arnoldo Mondadori Editore S.p.A. cedeva le sue quote di partecipazione ne « La Repubblica », nella Fin.E.Gi.L. e nella Cartiera di Ascoli a società del gruppo CIR.

Tutto ciò chiarito, emerge come, rispetto a un'operazione svoltasi dall'aprile 1991 al febbraio 1992, sia assolutamente fuor di luogo ipotizzare la tardività dell'istruttoria.

### 3. *La legittimazione delle parti interessate al procedimento istruttorio*

Un'altra questione preliminare è quella inerente alla legittimazione delle parti interessate nel procedimento *de quo*.

In base alla legge 287 non vi è dubbio che l'avvio della istruttoria debba essere comunicato (come nella specie è stato effettuato) a tutti i soggetti che hanno preso parte all'operazione Fininvest-A-MEF-Manzoni e cioè il gruppo Fininvest/Mondadori e quello CIR-Caracciolo-Scafiari. Essi sono *naturaliter* destinatari della procedura istruttoria in quanto sono coloro che possono (e debbono) eliminare gli effetti distorsivi della infrazione commessa, quando questa sia accertata dalla Autorità Garante (art. 18, comma 3 della legge 287).

Appaiono legittimati ad intervenire anche i soggetti che assumono veste di « controinteressati » (secondo una formula definitoria ormai consolidata, mutuabile dalla dottrina e dalla legislazione attinente al procedimento e al processo amministrativo). Sia sulla base dell'art. 14 della legge 287, sia dell'art. 7 della legge 241/1990, contenente principi e norme valevoli in linea generale per tutti i procedimenti amministrativi, non può negarsi la qualificazione di parti agli editori, i quali deducono di ricevere effetti di danno dall'operazione concentrativa verificatasi. Ed in relazione a tale loro qualificazione, essi sono intervenuti nella istruttoria, producendo istanze, documenti e memorie.

Infine va ricordato che l'acquisizione di documenti e di informazioni da parte dell'Ufficio del Garante ha riguardato

anche imprese ed enti (ad es. l'UPA, l'AssAP, la Fiat etc.) che, pur essendo « terzi » e quindi non partecipi del procedimento, hanno tuttavia l'obbligo di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria (art. 14, comma 2 della legge 287). Nel novero degli enti va inserita l'USPI, la quale non ha una posizione di soggetto direttamente partecipe del procedimento, ma soltanto di esponente di interessi diffusi (aventi riferimenti nell'associazione dell'unione della stampa periodica), che, però, non assumono una « qualificazione » giuridica tale da far assumere una vera e propria veste di parte.

### 4. *La richiesta dei pareri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*

Ulteriore questione preliminare inerisce alla richiesta di parere nei confronti dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

L'iter procedurale da seguire nella fattispecie di cui trattasi è tracciato dall'art. 20 della citata legge.

Pertanto il Garante per la radiodiffusione, dopo l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 24/25 febbraio 1992 ha provveduto a chiedere all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato il parere prescritto.

È opportuno, per esigenza di chiarezza, precisare che tale parere non è un « doppione » della precedente nota del 27 gennaio 1992 con la quale l'Autorità dell'antitrust esprimeva il suo punto di vista in ordine alla opportunità di avviare l'istruttoria sulla situazione *de qua*, ma si caratterizza in maniera propria e diversa.

La predetta nota era anteriore alla determinazione con la quale, nella data del 24 febbraio 1992, il Garante ha disposto l'avvio dell'istruttoria e quindi riguardava una situazione meramente preliminare e prodromica; era in sostanza un « preavviso » che veniva formulato allo stato degli atti fino a quel momento acquisiti. Invece la richiesta di parere in data 9 marzo 1992 è posteriore all'apertura dell'istruttoria ed è conforme al dettato della norma, la quale fa riferimento alla « documentazione posta a fondamento del provvedimento ».



Infatti la serie di documenti trasmessi dall'Ufficio del Garante all'Autorità in tale fase istruttoria è assai più ampia e dettagliata rispetto a quella su cui l'Autorità medesima formulò un preavviso sulla vicenda in questione e contiene altresì gli atti procedurali sopraggiunti *medio tempore* (anche i documenti depositati dagli editori).

Ma la sostanziale diversità di oggetto giuridico fra i due suddetti atti dell'Autorità Antitrust (il primo dei quali è pre-procedimentale, in quanto emesso prima che fosse iniziata da parte del Garante per la radiodiffusione e l'editoria la procedura istruttoria, e il secondo è invece intraprocedimentale, in quanto emesso nel corso dell'istruttoria stessa) emerge in maniera nitida perfino dalle differenti premesse dell'uno e dell'altro atto. Nell'epigrafe della nota dell'Antitrust del 22 gennaio 1992 si legge: « vista la richiesta inoltrata dal Garante per « l'editoria riguardo all'operazione di acquisizione da parte della Fininvest del 26,94% del capitale sociale ordinario della AME Finanziaria etc. ».

Nell'epigrafe, invece, del parere dell'11 aprile si legge: « vista la richiesta di parere inoltrata dal Garante riguardo alla procedura istruttoria avviata ai sensi degli artt. 3 e 6 della Legge 287/90 ».

Con il parere reso nell'adunanza dell'11 aprile 1992 l'Autorità Antitrust ha reso note le proprie conclusioni circa le ipotesi di violazione degli artt. 3 e 6 della legge 287, e le misure da adottare nella specie.

##### 5. Esame del merito del thema decidendum

Risolte le questioni preliminari, si può passare all'esame del merito del *thema decidendum*.

La disamina si può scindere in due parti: la prima attinente alla violazione dell'art. 6 (divieto delle operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza) e la seconda afferente alla violazione dell'art. 3 (abuso di posizione dominante).

In relazione alla prima norma, la valutazione della operazione suddetta e dell'impatto che ne deriva sul grado di concorrenza implica la considerazione di diversi elementi, tra i quali in primo luogo il mercato di riferimento, nel

quale va collocata la situazione in esame.

Sul piano delle formule definitorie del « mercato di riferimento », meritano di essere ricordate le seguenti considerazioni svolte nelle osservazioni presentate il 12 settembre 1990 dalla Commissione CEE nella causa proposta da Odeon TV Network c/Fininvest: « La giurisprudenza comunitaria ricorda che, per essere considerato oggetto di un mercato sufficientemente distinto, il prodotto deve potersi identificare grazie a caratteristiche specifiche che lo distinguano dagli altri prodotti (cfr. sentenza 14 febbraio 1978 in causa 27/76 United Brands, Racc. pagg. 207, 275 s.). La Corte ha inoltre precisato che ai fini della valutazione del mercato rilevante non ci si può limitare all'esame delle sole caratteristiche obiettive dei prodotti di cui trattasi, ma bisogna anche prendere in considerazione le condizioni di concorrenza e la struttura della domanda e « della offerta sul mercato » (sentenza 9 novembre 1983 in causa 322/81, Michelin) ».

In base a questi principi, la Commissione CEE, in alcune recenti decisioni (decisioni: n. 91/619, Aerospatiale-Alenia/de Havilland, in GUCE n. legge 334/42 del 5 dicembre 1991, e n. 92/163, Tetra Pak II, in GUCE n. legge 72 del 18 marzo 1992) ha operato una individuazione del mercato rilevante in considerazione della limitata intercambiabilità dei prodotti o servizi e della diversa struttura della domanda e dell'offerta.

In tal senso, riguardo al settore economico interessato dall'operazione in oggetto, occorre rilevare come i mezzi attraverso i quali viene diffuso il messaggio pubblicitario presentano caratteristiche specifiche e differenziate, in quanto tra la pubblicità a mezzo stampa e quella audiovisiva sussistono sensibili diversificazioni, essenzialmente sotto il profilo del contenuto dei messaggi e dei destinatari degli stessi.

In particolare la pubblicità televisiva risulta maggiormente idonea a trasmettere un messaggio dotato di una componente spettacolare ed emotiva, in grado di essere assorbito con immediatezza dallo spettatore. Tale strumento ha la capacità di raggiungere un numero molto elevato di destinatari imprimendo alla comunicazione pubblicitaria una pe-

netrazione capillare fra tutti gli strati sociali.

Diversamente dalla televisione la stampa, quale veicolo pubblicitario, si presta a messaggi che richiedono un maggiore approfondimento in merito alle caratteristiche ed alle qualità dei prodotti o servizi. Peraltro, ove ciò che rilevi principalmente sia il numero di persone raggiunte dal messaggio, come avviene nel caso di beni di largo consumo caratterizzati da un prezzo unitario contenuto e da forme di acquisto ripetitivo, si può ritenere che la stampa presenti potenzialità di utilizzo meno attrattive rispetto allo strumento televisivo.

La differenziazione tra stampa e televisione in relazione alle caratteristiche dei destinatari raggiungibili dal messaggio pubblicitario risulta ancora più evidente nei periodici specializzati, i quali, in virtù del fatto di essere rivolti per loro natura ad un particolare pubblico, si prestano ad un tipo di pubblicità mirato per settori specifici d'interesse. Pertanto, la prevalenza dell'elemento informativo, rispetto a quello persuasivo, costituisce una delle più significative caratteristiche di distinzione tra la pubblicità a mezzo stampa e quella televisiva.

Ferma restando la rilevanza che riveste il *target*, quale elemento di orientamento nella selezione dei media, sono da condividere le considerazioni svolte nel parere dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato dell'11 aprile '92: « La scelta dei mezzi pubblicitari viene effettuata dagli investitori (inserzionisti di pubblicità e agenzie pubblicitarie) tenendo conto principalmente delle diverse potenzialità dello strumento in relazione all'obiettivo pubblicitario dell'impresa. Alcuni strumenti risultano infatti più idonei di altri al raggiungimento di determinati obiettivi, tanto che, in relazione a questi ultimi, la scelta degli investitori diventa sostanzialmente obbligata ».

Tali valutazioni trovano conferma negli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria svolta dal Garante per la radiodiffusione e l'editoria. In particolare, sia le imprese richiedenti la pubblicità che le agenzie pubblicitarie hanno dichiarato che la scelta del mezzo pubblicitario viene effettuata considerando le caratteristiche dello stesso in relazione agli obiettivi di comunicazione dell'impresa.

I principali strumenti pubblicitari appaiono, in sostanza, idonei a contattare particolari *targets* di consumatori ed a soddisfare esigenze comunicative differenti in ragione delle loro caratteristiche, ma presentano anche un grado di sostituibilità, sebbene limitato, dal lato della domanda. Per contro, i singoli strumenti pubblicitari presentano una effettiva complementarità nella comunicazione del messaggio inerente a determinati prodotti, tra i quali spiccano i beni di consumo durevole e i servizi a bassa frequenza di acquisto.

In conclusione, si può affermare che il mercato dell'offerta e della vendita di spazi pubblicitari appare costituito da un insieme di sottomercati limitrofi ma distinti. Quindi i mercati interessati dalla concentrazione esaminata sono caratterizzati dall'offerta e dalla vendita di spazi pubblicitari televisivi e dall'offerta e dalla vendita di spazi pubblicitari su periodici.

Né è inopportuno notare che tale metodo di individuazione del mercato rilevante, nella fattispecie in esame, non solo ha riscontro nel parere dell'Autorità Antitrust del 11 aprile '92, ma trova un preciso riferimento nella nota della Commissione CEE, Direzione Generale della concorrenza del 19 aprile 1990 (avente ad oggetto il procedimento Caracciolo/gruppo Berlusconi) e nella memoria presentata dalla stessa Commissione alla Corte di Giustizia C.E. il 12 settembre 1990 (nella causa Odeon TV c/Fininvest). In tali atti, acquisiti alla presente istruttoria, si pone in risalto, ai fini della delimitazione del mercato rilevante in materia di pubblicità mass-mediale, non interessa in realtà stabilire se si debba considerare l'area « classica » oppure quella « allargata », ma occorre tener presente invece che « i singoli strumenti pubblicitari costituiscono sottomercati distinti » e che « esistono in particolare mercati specifici per la pubblicità a mezzo stampa, da una parte, e per la pubblicità televisiva dall'altra ».

Per completezza di esposizione, è opportuno però fare menzione anche delle opinioni formulate dalle imprese interessate sul punto del mercato rilevante. Per le società editoriali istanti, il mercato da considerare sarebbe quello della pubblicità « area classica » (comprende tv, stampa, radio, cinema, affissioni e dina-

mica) caratterizzato, a loro parere, da un'ampia sostituibilità tra i media e dalla possibilità di misurare prezzi e volumi in maniera omogenea e confrontabile.

La Fininvest ritiene, invece, che il mercato cui riferirsi non si identifichi nella semplice « area classica » ma in quella c.d. « area allargata » (comprensiva, oltre che dei mezzi radiotelevisivi, della stampa quotidiana e periodica, del cinema e delle affissioni, anche delle sovrapposizioni non televisive, delle promozioni, del *direct marketing*, delle pubbliche relazioni, delle guide elenchi). A sostegno della piena legittimità dell'assunzione dell'area allargata quale mercato rilevante, la Fininvest, richiamando la citata definizione accolta nel Formulário per la comunicazione delle concentrazioni, ritiene che si debba fare riferimento all'astratta idoneità di un certo gruppo di prodotti o servizi a soddisfare un certo bisogno economico, che ha carattere di unitarietà (nel caso specifico la promozione di prodotti o servizi). La Fininvest sostiene, inoltre, nella propria memoria che in ambito CEE si richiede un certo grado di intercambiabilità, precisando che tutta la dottrina economica ritiene che, quando più prodotti o servizi sono offerti sul mercato insieme, può essere giustificato trattarli come facenti parte di un medesimo mercato anche se non sono fra di loro intercambiabili. È dato di esperienza comune e quotidiana che tutti i diversi mezzi di promozione rientranti nell'area c.d. allargata vengono ugualmente presi in considerazione dalle aziende utilizzatrici, le quali distribuiscono su di essi, in base a valutazione caso per caso (costi, grado di idoneità a raggiungere determinati consumatori, strategie di miscelazione dei mezzi, preferenze per l'approccio di massa o quello personalizzato, tempi di attuazione della campagna promozionale etc.) i propri *budgets* pubblicitari. I suddetti mezzi sono accomunati dal risultato che sono in grado di procurare all'utente e dallo scopo che quest'ultimo si prefigge: vale a dire il contatto o meglio un certo numero di contatti con le persone raggiunte tramite il mezzo, potenziali acquirenti del prodotto o del servizio o potenziali clienti dell'azienda portati a loro conoscenza dal messaggio comunicato col mezzo. La Fininvest conclude con la seguente affer-

mazione: « è palese che ogni mezzo o strumento in grado di procurare il contatto, vero bene economico desiderato dall'utente, si pone in rapporto di sostituibilità o succedaneità (almeno parziale) con gli altri e insieme a questi ultimi compone un unico mercato, che sarebbe del tutto arbitrario restringere invece ad alcuni soltanto di essi quali le emittenti televisive o la stampa periodica ».

Senonché per le indicazioni di ordine tecnico e giuridico in precedenza illustrate, non si ritengono condivisibili le impostazioni suggerite dalle parti, sebbene non si possa disconoscere che l'orientamento delle società istanti risulti meno distante da quello qui individuato, quale il più adeguato in materia *anti-trust*. Nella seconda memoria Rossi, a integrazione di quanto esposto nella prima memoria, si rileva infatti che l'« area classica » è suddivisibile in vari sottomercati, alcuni dei quali dotati di caratteristiche così omogenee da poter essere considerati di per se stessi rilevanti. Come osserva la memoria Rossi, la tendenza della Commissione CEE è opposta a quanto sostenuto da Fininvest: il problema non consiste nell'alternativa tra « area allargata » e « area classica », ma piuttosto tra « area classica » e alcuni suoi singoli segmenti.

I sottomercati individuati presentano, tuttavia, differenti gradi di contiguità. In particolare, il sottomercato della pubblicità televisiva è da ritenere contiguo a quello della pubblicità su periodici non specializzati per ciò che concerne la possibilità di sovrapposizioni e quindi di parziale sostituibilità in termini di gruppi destinatari raggiungibili e di caratteristiche del messaggio. I due sottomercati sembrano presentare non trascurabili elementi di parziale confluenza. Ne discende che la pubblicità televisiva presenta una maggiore intercambiabilità con quella dei periodici non specializzati rispetto alla pubblicità sui quotidiani.

#### 6. Il mercato rilevante sotto l'aspetto geografico

Oltre che sotto l'aspetto merceologico, il mercato rilevante va individuato sotto il profilo dell'aspetto territoriale. A tal riguardo sia la Commissione che la Corte hanno ritenuto che anche il mercato di un singolo Paese membro possa con-

siderarsi rilevante, possa costituire cioè una parte sostanziale del mercato comune (Comm. 7 ottobre 1981, Michelin, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1981, n. 1464; Corte 9 novembre 1983, 322/81, Michelin, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1984, n. 1827). Nel caso specifico, la definizione del mercato geografico non appare particolarmente complessa, considerato che i messaggi pubblicitari sono scritti o trasmessi in lingua nazionale, destinati al pubblico italiano. Il mercato si identifica pertanto con il territorio nazionale, il quale costituisce una parte sostanziale del mercato comune europeo.

Il riferimento al mercato geografico consente di precisare che l'analisi prende in considerazione i media operanti a livello nazionale, escludendo i media locali. Il motivo dell'esclusione di questi ultimi è da ricercarsi nel fatto che, condividendo l'orientamento del parere Zanetti, si può ragionevolmente ritenere che la sostituibilità potenziale tra media nazionali e media locali sia piuttosto bassa, tenuto conto che la relativa attività pubblicitaria, si differenzia, come è ovvio, per ampiezza del mercato geografico contattato e per dimensione ed esigenze degli investitori-utilizzatori. I media nazionali sono maggiormente adatti a investitori medio-grandi che operano sul mercato nazionale, i media locali a investitori mediopiccoli il cui mercato geografico ha una dimensione più ristretta.

#### 7. *La posizione della Fininvest nel settore della pubblicità televisiva*

Delimitato, alla stregua dei precedenti rilievi il mercato di riferimento, vanno ora individuati in primo luogo la consistenza di quella posizione dominante, che nell'ambito dell'area della pubblicità televisiva viene in rilievo e indi gli altri fattori di analisi enunciati nell'art. 6 (posizione sul mercato delle imprese interessate e struttura dei mercati, barriere all'entrata, accesso agli sbocchi di mercato etc.).

Anzitutto, in base alla giurisprudenza comunitaria, la posizione dominante « corrisponde ad una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha

la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori » (Corte di Giustizia C.E., sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76 United Brands; sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76 Hoffmann-La Roche; sent. 9 novembre 1983, causa 322/81 Michelin). Nella decisione United Brands la Corte di giustizia ha precisato che « l'esistenza di una posizione dominante può risultare da diversi fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente determinanti ». Inoltre, ha aggiunto, « benché l'importanza delle quote di mercato possa variare da un mercato all'altro, si può ritenere che quote alte costituiscano di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante » (decisione Commissione C.E. 4 novembre 1988, London European/sabena; decisione Commissione C.E. 31 luglio 1991, Varta/Bosch; decisione C.E. 2 ottobre 1991, Aerospatiale-Alenia/De Havilland). Risulta inoltre che l'esistenza di una posizione dominante va concretamente vagliata alla luce del funzionamento del mercato e che elementi come « l'esistenza di un'organizzazione commerciale e di *marketing* di prim'ordine, in grado non solo di sondare sistematicamente il mercato bensì anche di captare in anticipo qualsiasi velleità di eventuali concorrenti di entrare nel mercato, nonché in grado non solo di reagire prontamente, ma anche di prevenire tali tentativi dei concorrenti con adeguate iniziative, è un ulteriore indice dell'esistenza di una posizione dominante » (sent. HoffmannLa Roche e United Brands).

Ciò posto, il primo elemento da valutare ai fini dell'individuazione di una posizione dominante è la quota di mercato detenuta dall'impresa esaminata.

Per quel che riflette la fattispecie in esame, in ambito nazionale si riscontra (come evidenziato nella nota dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato in data 22 gennaio 1992) che la posizione di *leader* nel mercato della pubblicità televisiva è detenuta, con una quota del 60,1% dal gruppo Fininvest attraverso la propria concessionaria di pubblicità Publitalia '80.

La quota di mercato del 60,1% riflette però il momento attuale e deriva dal

fatto che Publitalia '80 è la concessionaria esclusiva di pubblicità per le tre reti televisive nazionali del gruppo Fininvest (Italia 1, Rete 4 e Canale 5) e per altre reti in concessione ad estensione pluriregionale (Italia 7, Junior TV, Capodistria e Telepiù 1, 2 e 3). La legge 223/90 sulla disciplina del sistema radiotelevisivo fissa il numero massimo di reti per le quali ciascuna concessionaria è autorizzata a raccogliere pubblicità. In particolare, non è ammessa la raccolta di pubblicità per più di tre reti televisive nazionali, o due reti nazionali e tre locali, o una rete nazionale e sei reti locali (art. 15, comma 7 legge 223/90).

Pertanto, in ottemperanza al disposto normativo (artt. 15, comma 7, e 33, comma 2, della legge 223/90), l'attività di raccolta pubblicitaria operata da Publitalia '80 per le reti esterne al gruppo Fininvest dovrà cessare entro il primo gennaio 1993.

Occorre rilevare che, anche dopo le dimissioni imposte dalla legge 223/90, ed ipotizzando che le citate reti televisive minori senza il supporto commerciale della maggiore concessionaria di pubblicità italiana mantengano le stesse quote di mercato, il gruppo Fininvest conserverà, con una quota del 56,8%, una posizione di assoluta preminenza sul mercato della raccolta pubblicitaria televisiva. E in definitiva è in tale misura del 56,8% che va definita la quota di mercato Fininvest, la quale appare più che doppia rispetto a quella del principale concorrente, la concessionaria pubblica Sipra, e in larga misura superiore a quella del primo concorrente privato, la concessionaria "Telemontecarlo Pubblicità" » (cfr. Autorità Antitrust).

In base alla giurisprudenza comunitaria la quota di mercato dell'impresa deve essere valutata in rapporto alla forza e al numero dei concorrenti, cosicché la posizione dominante della stessa dipende dalla difficoltà di operare dei concorrenti e dal fatto che questi ultimi detengono quote di mercato molto inferiori.

Nel mercato italiano della pubblicità televisiva il principale concorrente Publitalia '80 è la concessionaria pubblica SIPRA, concessionaria di pubblicità per le tre reti RAI. Essa, che detiene una quota del 28% del mercato, rappresenta certamente l'unico competitor di rilievo di fronte alla Fininvest nel settore considerato.

Senonché, in sostanza, benché alla RAI sia garantita dall'intervento pubblico una stabile presenza sul mercato, i vincoli normativi le impediscono di comportarsi come un normale concorrente e pertanto di sfruttare pienamente il proprio potenziale concorrenziale. Inoltre, con la determinazione del tetto massimo di introiti pubblicitari previsto per la concessionaria pubblica, Publitalia '80 può essere in grado di prevedere con sufficiente anticipo il comportamento del principale concorrente e di programmare di conseguenza la propria attività: tale fattore costituisce un ulteriore vantaggio. Altra manifestazione di quanto sopra rilevato, si riscontra nell'indipendenza con la quale Fininvest può praticare una politica di contrazione dei prezzi ai fini di saturare la propria consistente capacità di offerta, soprattutto nel *day-time*, stante l'impossibilità del principale concorrente RAI di adeguare in aumento la propria offerta rispetto alla domanda, una volta che siano stati raggiunti i limiti ad esso imposti per legge.

Per quanto riguarda poi le concessionarie di pubblicità operanti per le altre emittenti private *nazionali*, le quote di mercato, congiuntamente valutate, raggiungono appena il 7,2% (cioè Telemontecarlo 3,0% e le altre nazionali il 4,2%). Tutte le locali totalizzano appena il 4,7%.

Sicché non può non condividersi la conclusione a cui giunge il parere dell'Antitrust dell'11 aprile (pag.15): « la quota di mercato del 60,1% o del 56,8% dopo le dimissioni, detenuta da Publitalia '80, unitamente agli elementi qualitativi esaminati, dimostra l'esistenza di una posizione dominante del gruppo Fininvest sul mercato della pubblicità televisiva ».

*Barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti.* — Un altro elemento importante di valutazione, in base all'art. 6 della legge 27, inerisce alle « barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti ».

Le barriere all'ingresso nel sottomercato della pubblicità su televisione costituiscono un fattore destinato ad avere un notevole impatto sulle condizioni della concorrenza, contribuendo a definire la posizione sul mercato delle imprese interessate. In generale le barriere sono in

grado di ostacolare l'ingresso di nuovi operatori o ritardare l'effettiva ed adeguata operatività a coloro che se ne proponessero l'entrata.

I criteri per il rilascio delle concessioni dall'art. 16, comma 17, della legge 223/1990 e in particolare l'art. 34, comma 3 (che sancisce espressamente quale requisito preferenziale per le concessioni stesse, in occasione della prima applicazione della legge, l'esercizio provvisorio di impianti televisivi) costituiscono fattori disincentivanti per l'ingresso nel mercato da parte di imprese che non fossero già operanti al momento di entrata in vigore della legge stessa.

In realtà tale orientamento normativo, che ha cristallizzato alcune situazioni senza preoccuparsi troppo della fluidità concorrenziale del mercato, è la conseguenza di un lungo periodo di *anomia*, durato per un quindicennio.

Sviluppatosi fin dalle origini senza regole ben definite e in relazione all'azione di operatori che per il lungo periodo di *aregulation* erano esenti da limitazioni legislative, il mercato pubblicitario italiano vede nel corso dell'ultimo decennio la vertiginosa crescita della televisione, la quale conquista rapidamente spazi sempre maggiori, affermandosi in generale quale mezzo pubblicitario per eccellenza, di traino per l'intero mercato. La situazione, che non trova riscontro in altri Paesi industrializzati, è favorita sia dalla regolamentazione in materia di emittenza radiotelevisiva (la normativa di cui alla legge 223/1990), per la quale si rende possibile la nascita e lo sviluppo di grandi *network* privati, nonché il consolidamento di un polo pubblico dotato di tre reti televisive oltre quelle radiofoniche e sia dalla peculiare caratteristica del pubblico italiano, meno propenso alla lettura, nel caso specifico, di quotidiani e periodici, rispetto alla media europea. La legge 223/1990 non ha potuto non ratificare situazioni acquisite, consentendo il possesso di un numero così rilevante di tre reti televisive nazionali sia al maggiore imprenditore privato, la Fininvest, sia al servizio pubblico, la RAI (a cui, però, ha imposto precisi limiti nel fatturato derivante dalla raccolta pubblicitaria — tetto monetario, almeno fino al 1992 — e più ridotti indici di affollamento degli *spot*).

In base al risultato ratificatorio suddetto hanno preso rilievo barriere istituzionali e situazioni strutturali atipiche.

A parte le barriere di tipo normativo, altri fattori costituiscono elementi capaci di frenare l'ingresso e l'operare con successo di nuovi soggetti sul mercato nazionale:

a) le economie di scala conseguibili in misura rilevante soltanto dagli operatori di maggiori dimensioni presenti su tre reti (RAI e Fininvest);

b) la prassi delle emittenti di esplicitare sul mercato le loro acquisizioni pubblicitarie per il solo tramite delle concessionarie di pubblicità interne al gruppo.

*Accesso agli sbocchi di mercato o alle fonti di approvvigionamento delle imprese interessate e relativa possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori.* — È da ritenere che Fininvest/Mondadori sia in grado di trovare nei sottomercati della pubblicità televisiva condizioni di più facile sbocco rispetto alle imprese rivali, soprattutto in relazione alla domanda di servizi pubblicitari integrati.

La posizione di dominanza e l'attrattiva della propria offerta possono consentire a Fininvest di praticare, nell'ambito dei normali meccanismi di mercato, condizioni contrattuali che non sarebbero invece sostenibili per gli altri competitori.

E per il fatto che in Italia le concessionarie di pubblicità operanti a livello nazionale sono, come già rilevato più avanti, nella grande maggioranza dei casi, integrate a monte con imprese editrici di quotidiani o periodici o con reti radiotelevisive, la scelta dei fornitori risulta pre-determinata, non soggetta cioè a variare se non per mutamenti negli assetti societari.

*Situazione competitiva dell'industria nazionale.* — Pur caratterizzandosi per un'offerta circoscritta fino al momento attuale all'ambito nazionale, a motivo della barriera rappresentata dalla lingua, il mercato pubblicitario è destinato in prospettiva ad un ampliamento a livello europeo, così come l'imminente avvento del mercato unico fa ritenere. In tale contesto l'industria pubblica-

ria italiana dovrà fronteggiare la concorrenza di operatori stranieri, i cui punti di forza sono da ricercarsi soprattutto nella capacità di offerta multimediale, in un contesto di *global competition*.

*Andamento della domanda e dell'offerta dei servizi in questione.* — A fronte di un'evidente saturazione e selettività della domanda di pubblicità nel suo complesso, dopo che nel corso dell'ultimo decennio ha registrato forti tassi di crescita, l'offerta è superiore alla domanda, configurando una situazione che può tipicamente definirsi di « mercato del consumatore ». Si tratta di una circostanza che, al momento, attenua il rischio che il gruppo Fininvest/Mondadori possa negativamente incidere sul versante della domanda.

#### 8. *La posizione Fininvest nel settore dell'offerta di spazi pubblicitari sulla stampa*

Per quel che riguarda l'offerta di spazi pubblicitari sulla stampa, sulla base degli atti e delle informazioni acquisiti con l'istruttoria è da escludere che l'acquisizione del controllo della Mondadori da parte di un unico operatore, e l'inserzione in tale gruppo editoriale del ramo d'azienda Manzoni sia di per sé tale da eliminare o restringere in modo sostanziale e durevole la concorrenza.

Particolarmente va considerato, in merito al sottosettore dei periodici, come l'editoria periodica rappresenti un comparto del tutto disomogeneo. L'ISTAT rileva oltre 9.000 pubblicazioni, ma, come annota la FIEG nel consuntivo per l'anno 1990, quelle con una « struttura più propriamente industriale » sono 126 (45 settimanali e 81 mensili, con vendita rispettivamente di 14 e 11 milioni di copie). In una rilevazione aggiornata (dopo la spartizione Mondadori-Espresso) risulta che la prima quota di mercato è riferibile alla Fininvest-Mondadori (fanno capo a questo gruppo, secondo la valutazione di Media Rey, un terzo dei settimanali italiani e un quinto dei mensili) ma che la seconda quota di mercato, spetta alla Rizzoli (che, secondo Media Key, possiede il 18% dei settimanali e il 35% dei mensili). Sicché il secondo competitore si colloca in una posizione tale da controbilanciare in misura consistente il primo. Seguono poi con

quote di un certo peso anche altri editori (ad es. Rusconi, le Edizioni Paoline etc.). Alla stregua di tali rilevazioni, *non* può affermarsi che l'acquisizione del gruppo Mondadori da parte di Fininvest, valutata nel contesto concorrenziale ora delineato, abbia di per sé una potenzialità anti-competitiva, tale da venir ricompresa nella fattispecie normativa dell'art. 6 della legge 287.

Più complesso appare invece valutare se l'espansione della Fininvest nel settore della stampa periodica non produca in questo alcuni effetti di riflesso della preponderanza che detto gruppo detiene nel settore della pubblicità televisiva e in funzione delle sinergie tra i due settori.

È stato messo in rilievo (nel parere dell'Antitrust dell'11 aprile) che tale significativa posizione di vantaggio nel settore della pubblicità televisiva non sembra per varie ragioni poter consentire alla Fininvest di creare nella pubblicità a mezzo stampa una posizione dominante in grado di restringere in maniera durevole e consistente la concorrenza nella vendita degli spazi pubblicitari su periodici. Infatti, la disciplina legislativa speciale anticoncentrazione, contenuta nella legge 223/90, oltre ad impedire al gruppo Fininvest di possedere quotidiani nazionali (ed anzi lo obbliga a cedere Il Giornale entro il 1992), ne limita la possibilità di espansione, oltre un certo limite, nella raccolta di pubblicità non televisiva. Inoltre, il settimo comma dell'art. 15 della legge 223/90 impedisce al gruppo Fininvest, che già controlla tre reti televisive nazionali, di raccogliere pubblicità da diffondere su mezzi diversi da quello radiofonico e televisivo in misura superiore al 2% degli investimenti complessivi dell'anno precedente. È vero che tale norma è dettata espressamente per le concessionarie di pubblicità legate al gruppo, cosicché nulla sembra vietare che concessionarie di pubblicità esterne al gruppo raccolgano pubblicità per periodici del gruppo. In tal caso, tuttavia, l'effetto sinergico della possibile offerta combinata dello spazio televisivo e di quello sulla stampa apparirebbe sostanzialmente meno efficace.

Senonché bisogna anche considerare che l'acquisizione del controllo Fininvest su Mondadori, pur non configurando un'autonoma posizione dominante nel sottomercato della pubblicità su periodici, inducono un rafforzamento della stes-

sa posizione dominante nel campo della pubblicità televisiva attraverso il collegamento sinergico televisione-stampa, suscettibile di determinare situazioni anticoncorrenziali.

Per effetto della contiguità dei due sottomercati, viene in rilievo la possibilità di una parziale intercambiabilità dei servizi e soprattutto di offerte pubblicitarie combinate, così come richiesto dalle strategie di comunicazione integrata (media-mix) delle imprese. E infatti la Fininvest, presente nei due sottomercati limitrofi, è in grado di offrire campagne pubblicitarie combinate, avvantaggiandosi rispetto agli altri concorrenti.

Più in particolare, tali vantaggi possono farsi risalire a situazioni, fondate sull'uso alternativo della complementarità e della parziale sostituibilità dei media, e consistenti essenzialmente:

a) nell'offerta di pacchetti di servizi pubblicitari combinati su TV e periodici, che consentono un'offerta complessiva maggiormente attrattiva per gli utenti inserzionisti.

A tal riguardo va precisato che una ricerca effettuata nel novembre del 1989 dalla stessa Mondadori ha dimostrato che nelle campagne pubblicitarie l'efficacia dell'uso abbinato di televisione e stampa periodica è superiore alla semplice somma dei due media (*multiplying media effect*);

b) nella pubblicità televisiva di testate periodiche del gruppo, sulle finestre non sature delle proprie reti, a costi minimi, oppure alla realizzazione di promozioni abbinate televisione-stampa.

Non senza trascurare la possibilità di una sollecitazione nei confronti dell'utenza ad utilizzare la stampa di gruppo nei limitati casi in relazione ai quali risulti intercambiabile con la televisione per la pubblicità di determinati beni e si sia raggiunto il pieno sfruttamento degli spazi pubblicitari televisivi; oppure per politiche Fininvest volte a promuovere la diversificazione dell'uso dei media da parte degli utenti di pubblicità.

#### 9. *L'operazione Fininvest-AME-AMEF-Manzoni e il suo effetto di rafforzamento della posizione dominante di Fininvest nel mercato degli spazi pubblicitari*

Fra i vari profili inerenti all'operazione *de qua*, assume preminente impor-

tanza il suo effetto di rafforzamento della posizione dominante di Fininvest nel mercato degli spazi pubblicitari televisivi. Tale aspetto risulta descritto con precisione nel parere 11 aprile dell'Autorità Antitrust (pag. 17 a 20): « Questo effetto sinergico (televisione più stampa) ha importanti risvolti nella raccolta della pubblicità televisiva, dove il gruppo Fininvest è oggi in una posizione di mercato che raggiunge il 56,8% sul totale della pubblicità televisiva 82,3% del fatturato pubblicitario della emittenza privata. Infatti la possibilità di abbinare la pubblicità televisiva e quella sui periodici potrà permettere al gruppo Fininvest di allargare il proprio spazio pubblicitario sulle sue reti, anche in orari o periodi tradizionalmente non ottimali per l'ascolto televisivo ».

#### 10. *Valutazione dei comportamenti abusivi, di cui all'art. 3 legge 287/90*

L'art. 3 della legge 287/90 vieta il comportamento abusivo di un'impresa che si trovi in posizione dominante su un determinato mercato. Secondo l'orientamento comunitario, il comportamento abusivo dell'impresa che si innesta su una situazione concorrenziale già ridotta per effetto della sua dominanza, consiste nel ricorso a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale dei prodotti, al fine di ostacolare la conservazione del grado residuo di concorrenza ancora esistente sul mercato ovvero del suo sviluppo.

Tale comportamento origina nella concezione comunitaria da una posizione di vantaggio competitivo già acquisito in termini di quote di mercato, prezzi, qualità del prodotto, assistenza, distribuzione, ecc., fattori questi sui quali si basa usualmente la concorrenza « normale » (ammessa), tra prodotti e servizi; quello che si vuole evitare è che quando detto vantaggio competitivo è tale da condurre ad una posizione dominante sul mercato (in sé non vietata), l'impresa possa ricorrere ad atteggiamenti e strumenti fuori della « normale » concorrenza, quali l'imposizione di prezzi di acquisto o di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per clienti e fornitori, la preclusione agli sbocchi di mercato, l'applicazione di condizioni diverse a parità di prestazio-



ni, l'imposizione di prestazioni supplementari che per loro natura non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi e quant'altro previsto dall'art.3 della legge 287/90.

Per valutare quindi l'effettiva esistenza di un abuso di posizione dominante, non è sufficiente provare che l'impresa si trovi potenzialmente nella condizione di poterla mettere in atto, bensì occorre esaminare i concreti comportamenti posti in essere da essa sul mercato, e verificare se alcuno di essi integri le fattispecie previste dalla legge.

Ad avviso delle società editoriali istanti il gruppo Fininvest avrebbe tenuto comportamenti pregiudizievoli per la concorrenza e per la clientela, consistenti:

1) nella vendita di pacchetti combinati di prodotti pubblicitari senza consentire al cliente l'acquisto di un prodotto. In particolare ai clienti sarebbe stata negata la possibilità di acquistare pubblicità su singole emittenti televisive se non a condizione di acquistare spazi pubblicitari su periodici di gruppo;

2) nella stipula dei contratti relativi alla distribuzione di prodotti attraverso i magazzini Standa, sarebbero state imposte ai fornitori clausole di esclusiva a favore delle concessionarie di pubblicità, ovvero sarebbe stato precluso tale sbocco di mercato (Standa) a coloro che si servono di emittenti televisive o di testate esterne al gruppo Fininvest;

3) nella politica dei prezzi attuata ed, in particolare, nell'adozione di prezzi inferiori a quelli di mercato oltre, all'applicazione di sconti discriminatori.

In merito a quanto asserito dalle parti istanti, nei punti 1) e 2), occorre prendere atto che la documentazione acquisita attraverso il procedimento istruttorio, non appare evidenziare con certezza significativi elementi probatori degli abusi denunciati dalle parti istanti.

In proposito è da condividere l'argomentazione dell'Autorità Antitrust nel suo parere « ... la predisposizione di pacchetti combinati di prodotti pubblicitari non costituisce di per sé abuso di posizione dominante in quanto tale pratica risulta diffusa nel mercato pubblicitario consentendo di ottimizzare marketing della comunicazione pubblicitaria. L'ipotesi di abuso potrebbe ricorrere, tuttavia, nel caso in cui il pacchetto

multimediale venisse utilizzato al solo fine di ostacolare la presenza e l'attività dei concorrenti. Tale potrebbe essere l'ipotesi in cui un'impresa in posizione dominante offra gli spazi pubblicitari televisivi maggiormente richiesti, legandoli ad altri spazi pubblicitari meno richiesti e al fine di ostacolare concorrenti che siano in qualche maniera più competitivi in tale ultimo settore (in tal senso, Decisione della Commissione CEE n. 88/438, Hilti) ».

« La mancanza di prove riguarda anche la presunta imposizione di clausole di esclusiva nei contratti di distribuzione dei prodotti attraverso i magazzini Standa ».

Analoga carenza si riscontra per quanto attiene agli obblighi di fornitura esclusiva. Peraltro, qualora emergessero elementi concreti in tal senso, i comportamenti denunciati rientrerebbero nell'ipotesi di abuso espressamente vietato dalla legge.

« Costituisce infatti sfruttamento di posizione dominante, secondo un costante orientamento comunitario, il fatto che un'impresa in posizione dominante su un mercato "vincoli, sia pure a loro richiesta, gli acquirenti" con obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso l'impresa in questione, tanto se l'obbligo in questione è imposto *sic et simpliciter*, quanto se ha come contropartita la concessione di sconti. Lo stesso dicasi se detta impresa, senza vincolare gli acquirenti con un obbligo formale, applica, o in forza di accordi stipulati con gli acquirenti, o unilateralmente, un sistema di sconti fedeltà, cioè riduzione subordinata alla condizione che il cliente si rifornisca esclusivamente per la totalità o per una parte considerevole del suo fabbisogno presso l'impresa in posizione dominante » (Corte di Giustizia, Sent. del 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann - La Roche).

Ciò posto, va sottolineato che per la rilevanza delle situazioni denunciate, ancorché non provate, si rende necessario un attento e periodico monitoraggio del comportamento della Fininvest.

D'altra parte occorre considerare in linea generale che l'abuso di posizione dominante non può essere valutato una volta per tutte, sicché l'istruttoria su eventuali abusi è suscettibile di essere

aperta o riaperta, ove sopraggiungano elementi probatori attendibili.

Con riferimento alle accuse di cui al punto 3) le parti istanti lamentano la messa in atto da parte della Fininvest di una politica di prezzi inferiori a quelli di mercato, denunciando sostanzialmente una politica di *dumping* attuata allo scopo di eliminare la concorrenza residua. Anche in ordine a questo punto si deve prendere atto che la documentazione acquisita non pone in evidenza alcun elemento probatorio dell'abuso denunciato. Tuttavia, anche questa conclusione è connessa a fattori temporali e, ancorché non dimostrata in questa fase attuale non può essere rigettata definitivamente.

Comunque, se da un lato non sembrano configurabili atteggiamenti tali da integrare la fattispecie dell'art. 3 della legge 287, non si può nemmeno escludere che entro un determinato periodo la situazione possa sbilanciarsi.

Occorre perciò predisporre un programma di monitoraggio, avente l'obiettivo di verificare la piena trasparenza delle condizioni contrattuali e dei prezzi in essere.

# 11. Conclusioni

Dagli elementi di analisi su delineati si trae la conseguenza che l'operazione Fininvest/Mondadori è suscettibile di produrre fattori anticompetitivi. Tali effetti si sostanziano in ciò: che il rafforzamento nel mercato del gruppo Fininvest (di cui all'operazione iniziata nell'aprile 1991), prodotto dalle sinergie e complementarità derivanti dall'acquisizione delle imprese facenti capo alla Mondadori, può rendere più difficile la possibilità dei concorrenti di competere con il gruppo stesso.

Delineata tale conclusione, si pone ora l'esigenza di stabilire se vi siano i presupposti per un divieto della concentrazione oppure quelli della autorizzazione, con predisposizione di appropriate misure.

Valutando il quadro degli elementi compositivi della situazione in esame, acquisiti a seguito dell'istruttoria, non si ravvisano gli elementi per configurare una formula di divieto che travolga in radice l'operazione di cui trattasi. Anzi tutto da un punto di vista fattuale con-

viene osservare come la *misura* demolitoria insita nel divieto verrebbe a toccare posizioni giuridiche, assetti negoziali anche di pertinenza di altri soggetti partecipi della stipula degli accordi dell'aprile '91, dando luogo a vari inconvenienti di una fase ripristinatoria di tutte le situazioni *quo ante*.

Una *restitutio in integrum* (con conseguenti effetti caducanti sia sui trasferimenti di azioni e sia sui ricavi reciprocamente effettuati fra le parti) non potrebbe non ripercuotersi su quegli assetti societari che tutti protagonisti degli accordi dell'aprile 1991 avevano prefigurato al momento di negoziare l'operazione. E avrebbe l'effetto di vanificare quella linea di bilanciamento fra i gruppi stessi, faticosamente raggiunta dopo anni di aspre contese, le quali avevano, tra l'altro, provocato incidenze negative sull'andamento produttivo delle aziende coinvolte. E per tale profilo è opportuno evidenziare che un equilibrato andamento economico (senza brusche interruzioni, senza improvvise instabilità) delle imprese editoriali e audiovisive non costituisce soltanto un'esigenza di parte, ma rispecchia un interesse generale del settore informativo.

Ma (anche a prescindere dalle considerazioni suddette), l'orientamento decisivo proviene dal dettato specifico dell'art. 18, comma 3 della legge 287/90 che, nel caso di *concentrazioni già realizzate (qual è quella in esame)* dispone che l'Autorità può prescrivere le misure necessarie a eliminare gli effetti anticompetitivi.

Recenti elaborazioni dottrinali (R. Alessi, G. Olivieri, la disciplina della concorrenza e del mercato, p. 112) confermano tale orientamento: « Il provvedimento di divieto dell'operazione (*recitius* dell'esecuzione della stessa) riguarda le sole concentrazioni non ancora realizzate, o perché i privati hanno spontaneamente preferito astenersi dal dar corso al negozio o perché l'Autorità ne ha disposto la sospensione temporanea ex art. 17, comma 1. Quando la concentrazione sia già stata realizzata, atteso che il mero divieto potrebbe incontrare difficoltà applicative, si prevede che l'Autorità possa prescrivere le misure necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva, eliminando gli effetti distorsivi. La concentrazione resta

cioè un fenomeno lecito (i.d. non vietato), ma essendo i suoi effetti inconciliabili con la tutela di un mercato concorrenziale, ci si preoccupa di indicare volta a volta le misure più idonee ».

Ed è poi da ritenere che la valutazione di siffatte misure debba essere ancorata anche a un giudizio di prognosi, che non solo tenga conto del contesto attuale nel quale si è situata l'operazione di cui trattasi, ma anche delle prospettive di evoluzione del mercato secondo segnali ragionevolmente ricavabili da una oggettiva osservazione.

Come è stato avvertito in recenti formule dottrinali (Moavero Milanesi, Antitrust e concentrazioni fra imprese nel diritto comunitario) deve valutarsi in tutti i suoi profili il contesto concorrenziale: « per esempio se si trova in fase di crescita o di maturità ovvero di crisi ».

Nella situazione in esame il mercato dell'industria pubblicitaria in Italia presenta qualche probabilità di evoluzione rispetto alla fase attuale (e di esse vi è cenno nel parere dell'Autorità Antitrust, pag. 20). Basti considerare, ad esempio, per quel che riguarda il comparto televisivo, che la capacità acquisitiva di risorse pubblicitarie della RAI risulta attualmente ridotta a causa di limitazioni normative, costituite dal *doppio vincolo* del « tetto » annuale al fatturato pubblicitario e dagli indici di affollamento; senonché il vincolo del *plafond* annuale opera solo fino all'anno 1992, poiché, dopo tale data la legge 223/90 ne prevede la caducazione. E la tendenza, emersa anche in progetti legislativi presentati dopo l'emanazione della legge 223, è rivolta ad inserire con maggiore intensità e con minori vincoli la RAI, quale azienda, nel circuito pubblicitario. L'attuale « asimmetria » o svantaggio tra il polo pubblico e quello privato, tenderà, sotto tale profilo, a ridursi, cosicché il servizio pubblico potrebbe, in prospettiva futura, contribuire a controbilanciare efficacemente la posizione Fininvest.

Inoltre nel recente periodo stanno affiorando alcune posizioni di nuovi soggetti nel mercato pubblicitario suscettibili di notevole sviluppo (essi sono indicati specificamente nella memoria finale presentata dalla Fininvest). E il costituirsi, assai probabile, di nuovi mezzi trasmissivi (ad es. *pay-tv*, *pay-per-view*, canali cablati, etc.) potrà dare un con-

tributo a stemperare l'attuale livello di concentrazione.

Né è da escludere che, con le dinamiche economiche, connesse al traguardo comunitario del 1993, competitori esteri abbiano possibilità di ingresso nel mercato pubblicitario italiano, modificandone in qualche misura l'attuale contesto concorrenziale.

Tuttavia, prima di indicare ed esaminare le misure idonee a correggere in via transitoria gli effetti dell'operazione Fininvest/Mondadori sul piano della concorrenza, occorre porre in evidenza l'esigenza di definire, attraverso l'intervento del legislatore, regole generali per l'intero mercato, rivolte a conferire maggiore razionalità dal lato dell'offerta.

Dopo avere fatto cenno ai suddetti interventi (di competenza del legislatore) di carattere strutturale occorre ora esaminare quelli spettanti al Garante per la radiodiffusione e l'editoria.

Essi trovano evidenza nel parere dell'Autorità Antitrust 11 aprile '92 (p. 20), dove si afferma: « questa situazione potrà essere influenzata da *appropriate misure disposte dal Garante* per la radiodiffusione e l'editoria » (oltre che da una evoluzione normativa, dalle dinamiche tecnologiche in atto, dall'ingresso delle nuove concessionarie già attive nel mercato allargato della pubblicità, da accordi leciti tra altre imprese radiotelevisive e/o editoriali). La prospettiva delle misure da adottare è sostanzialmente inserita dall'Autorità Antitrust nell'ambito di una visuale prognostica rapportata alla probabilità di evoluzione del settore: e, a nostro avviso, è da sottolineare il valore di quegli « accordi » tra imprese televisive e editoriali, giacché la « via negoziale » fra le parti, ai fini della armonica composizione degli interessi inerenti a una bilanciata acquisizione delle risorse pubblicitarie, è pur sempre lo strumento più idoneo.

Ciò premesso, questo Ufficio osserva che al fine di delineare le misure più appropriate occorre tener presente che l'operazione di concentrazione iniziata nell'aprile '91 ha avuto quale risultato il rafforzamento della posizione dominante della Fininvest nel mercato pubblicitario televisivo, con effetti anticompetitivi.

Non vi è dubbio quindi che a questo Ufficio spetti, nella fattispecie in esame,

il compito di far luogo alle misure (tanto più che nello stesso parere della Autorità Antitrust pag. 20 vi è un esplicito richiamo ad « appropriate misure del Garante per la radiodiffusione e l'editoria »). Si tratta ora di individuarne il contenuto e il fine; a tal riguardo le indicazioni proficue si ricavano dal testo del parere stesso, là dove, nel trarre le conclusioni sul rafforzamento verificatosi della posizione dominante, si evidenzia (pag. 20) che « *potranno derivare notevoli incrementi di fatturato che, in presenza di assetti restrittivi di carattere normativo (quale il tetto RAI) e ove non interven-gano significative e dinamiche riorganizzazioni nelle parti rimanenti del mercato, daranno luogo ad un aumento delle quote di mercato del gruppo Fininvest* ». Questa situazione potrà essere lasciare la possibilità al gruppo di sfruttare l'autopubblicità e l'autosponsorizzazione dei propri periodici, ma, per un determinato periodo, in misura limitata.

Infine, poiché l'Antitrust nel suo parere ha sottolineato la necessità che sia l'Antitrust stesso sia il Garante per la radiodiffusione e l'editoria svolgano attività di verifica dei comportamenti aziendali stessi, affinché questi non incorrano nei divieti dell'art. 3 della legge 287, occorre che questo Ufficio faccia luogo ad un monitoraggio. Questo può essere opportunamente esplicato (sempre con carattere di transitorietà), mediante periodiche comunicazioni e relazioni, da parte delle emittenti e delle concessionarie di pubblicità del gruppo Fininvest.

**P.Q.M.** — Il Garante per la radiodiffusione e l'editoria dispone: l'operazione di concentrazione indicata nelle premesse realizzata dal gruppo facente capo a Fininvest S.p.A. è autorizzata con l'adozione delle seguenti misure, ai sensi dell'art. 6, comma 2, e dell'art. 18, comma 3, della legge 10 ottobre 1990, n. 287:

— le società concessionarie di pubblicità controllate ai sensi dell'art. 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, o collegate ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., direttamente o indirettamente, a Fininvest S.p.A. per la durata di un anno a decorrere dalla data della presente decisione sono impegnate a non realizzare ricavi per pubblicità televisiva superiori a

quelli raccolti nei dodici mesi immediatamente precedenti al 9 maggio 1991. L'entità dei ricavi pubblicitari realizzati nei dodici mesi antecedenti al 9 maggio 1991 nonché quelli relativi all'anno successivo alla data della presente decisione dovranno essere accertati, a carico della Fininvest S.p.A., da idoneo certificatore scelto fra quelli iscritti nell'Albo della Consob. Detti ricavi potranno essere incrementati in misura corrispondente al tasso del deflatore del prodotto interno lordo individuato in base agli indici ISTAT.

Le emittenti di radiodiffusione controllate ai sensi dell'art. 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, o collegate ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., direttamente o indirettamente, alla società Fininvest S.p.A. potranno cedere gli eventuali, ulteriori spazi pubblicitari televisivi, che dovessero far superare l'ammontare dei ricavi pubblicitari su indicato, per il solo tramite di società concessionarie di pubblicità che non siano controllate ai sensi dell'art. 7 della legge 287 citata o collegate ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., direttamente o indirettamente, alla società Fininvest S.p.A. e alla concessionaria pubblica di radiodiffusione, esclusa in ogni caso la vendita diretta.

— Le emittenti di radiodiffusione sono impegnate a comunicare a questo Ufficio, con cadenza trimestrale e per la durata di un anno a decorrere dalla data della presente decisione, la natura e la durata di tutti i contratti relativi alla cessione degli spazi pubblicitari televisivi, l'identità della concessionaria di pubblicità nonché le condizioni della cessione ed in particolare i prezzi e gli sconti praticati.

— Le società editrici di periodici controllate o collegate, direttamente o indirettamente, ai sensi delle predette norme a Fininvest S.p.A. con effetto dalla data della presente decisione e per la durata di un anno, sono impegnate a non stipulare contratti di pubblicità per ciascuna delle testate da esse editte con più di un'unica emittente di radiodiffusione controllata o collegata, direttamente o indirettamente, ai sensi delle predette norme, a Fininvest S.p.A.

— In esecuzione degli adempimenti di monitoraggio, rivolti a verificare la insussistenza delle situazioni di cui all'art. 3 della legge 287/90 le emittenti di

radiodiffusione e le società concessionarie di pubblicità controllate o collegate, direttamente o indirettamente, ai sensi delle predette norme, a Fininvest S.p.A. sono, altresì, impegnate a comunicare, ciascuno per la parte che le concerne, con decorrenza dalla data della presente decisione, con cadenza trimestrale e per la durata di due anni, all'Ufficio del Garante per la radiodiffusione e l'editoria:

1) il grado di sfruttamento della capacità produttiva pubblicitaria, da intendersi quale utilizzo dei livelli di affollamento *ex lege*, delle reti televisive controllate e/o collegate direttamente o indirettamente, ai sensi delle norme citate, a Fininvest S.p.A.;

2) l'andamento dei prezzi e degli eventuali sconti praticati nella vendita di spazi pubblicitari sulle reti televisive controllate e/o collegate, direttamente o indirettamente, ai sensi delle norme citate a Fininvest S.p.A.;

3) copia di tutti i contratti, stipulati da società controllate o collegate, direttamente o indirettamente, ai sensi delle predette norme, a Fininvest S.p.A., relativi a servizi congiunti in forma diretta o indiretta di pubblicità integrata, o per pacchetti, su più media.

4) i contratti relativi alla pubblicità di testate di periodici editi da società controllate o collegate, direttamente o indirettamente, ai sensi delle norme predette, a Fininvest S.p.A.

Le società concessionarie di pubblicità controllate o collegate, direttamente o indirettamente, ai sensi delle predette norme, a Fininvest S.p.A., sono tenute a comunicare i ricavi pubblicitari televisivi relativi ai dodici mesi antecedenti al 9 maggio 1991, nonché quelli relativi al periodo intercorso dal 1° gennaio 1992 all data della presente decisione, entro il termine di trenta giorni da tale data, con certificazione redatta, a carico delle società medesime, a cura di idoneo certificatore scelto fra quelli iscritti nell'albo della Consob.

Il presente provvedimento verrà notificato agli interessati e successivamente pubblicato ai sensi di legge.

Avverso il presente provvedimento, ai sensi dell'art. 33, comma 1, della legge 287/90, può essere proposto ricorso davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, entro il termine di giorni sessanta dalla data di notificazione.