

AUDIZIONE DEL PRESIDENTE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO ANTONIO CATRICALÀ PRESSO LE COMMISSIONI RIUNITE VII E IX DELLA CAMERA DEI DEPUTATI NELL'AMBITO DELL'INDAGINE CONOSCITIVA SUL DISEGNO DI LEGGE PRESENTATO DAL MINISTRO DELLE COMUNICAZIONI IL 16 OTTOBRE 2006, C 1825 – 30 GENNAIO 2007.

Onorevoli Presidenti, onorevoli Deputati,

il disegno di legge in esame si propone di disciplinare la transizione alla tecnologia digitale allo scopo dichiarato di garantire la concorrenza ed il pluralismo e costituisce inoltre risposta ai rilievi mossi dalla Commissione europea che ha rilevato il contrasto di alcune disposizioni della legge n. 112/2004 e del testo unico della radiotelevisione (d. lgs. n. 177/2005) con il quadro della normativa comunitaria in materia di gestione dello spettro e di accesso non discriminatorio alle risorse frequenziali ed ai relativi diritti di uso.

Poiché tra gli scopi fondamentali dell'intervento normativo in esame c'è oltre alla promozione della concorrenza, la garanzia del pluralismo delle idee, sono opportune alcune considerazioni pregiudiziali che servono a chiarire l'orizzonte di significato all'interno del quale si situano le considerazioni che seguiranno.

Secondo la giurisprudenza costituzionale la tutela del pluralismo è un compito fondamentale dello Stato e trova le sue fondamenta giuridiche nel progressivo riconoscimento di un diritto all'informazione, inteso come prerogativa costituzionalmente garantita il cui contenuto va ben oltre la mera garanzia tipica dell'impostazione proto-liberale della libertà di manifestazione del pensiero. E' stato, infatti, stabilito un rapporto inscindibile tra il riconoscimento di un simile diritto e la forma di democrazia propria del nostro sistema (sent. n. 84/1969), che esige per esistere e funzionare correttamente la presenza di un'opinione pubblica consapevole. Perché quest'ultima possa formarsi è necessario che lo Stato garantisca il mantenimento della *“pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee”* (sent. n. 105/1972 e n. 94 del 1977).

In particolare, la Corte costituzionale nella sentenza n.826 del 1988 ha chiarito che la garanzia del pluralismo ha come obbiettivo fondamentale *“di evitare l'accentramento dell'attività radiotelevisiva in situazioni di monopolio ed oligopolio privati”*, situazioni che consentirebbero ai privati *“di esercitare, in una posizione di preminenza, una influenza sulla collettività incompatibile con le regole del sistema democratico”*. Ciò comporta che deve essere garantita la *“possibilità di ingresso, nell'ambito dell'emittenza pubblica e di quella privata, di quante più voci consentano i mezzi tecnici, con la concreta possibilità*

nell'emittenza privata - perché il pluralismo esterno sia effettivo e non meramente fittizio - che i soggetti portatori di opinioni diverse possano esprimersi senza pericolo di essere emarginati a causa dei processi di concentrazione delle risorse tecniche ed economiche nelle mani di uno o di pochi e senza essere menomati nella loro autonomia”.

Da queste essenziali indicazioni emerge con chiarezza come la tutela del pluralismo, e dei diritti e dei valori che esso presuppone, possa non coincidere del tutto con la tutela dell'efficiente funzionamento del sistema di mercato. Se indubbiamente nell'industria della comunicazione televisiva vi è una connessione virtuosa tra un corretto funzionamento del mercato e la garanzia del pluralismo delle idee, nondimeno quest'ultima potrebbe richiedere, come di fatto storicamente ha richiesto, interventi regolatori assai ben più penetranti ed incisivi di quelli volti semplicemente a garantire l'efficiente funzionamento del sistema economico. Non solo. La connessione della garanzia del pluralismo con i fondamenti stessi della nostra vita democratica, secondo l'autorevole insegnamento del nostro organo di garanzia costituzionale, comporta che la scelta del livello di tutela di tale interesse e della conseguente ingerenza eventuale nell'autonomia dei privati che si rendesse necessaria, sono rimessi integralmente alle valutazioni sovrane del Parlamento, cui in fondo la stessa Corte costituzionale si è rivolta nelle numerose pronunce che hanno riguardato la questione.

Alla luce di queste considerazioni si deve rilevare che l'apporto conoscitivo che può fornire la valutazione tecnica di questa Autorità non può che essere limitato a verificare ed evidenziare la congruenza delle misure ipotizzate con lo scopo dichiarato e l'impatto che sul funzionamento del mercato possono avere determinate misure, per il resto residuando un ampio margine di valutazione squisitamente politica, estranea alle competenze di questa Autorità.

Tenendo conto di questa dovuta premessa si passa a considerare il merito del disegno di legge in esame.

Osservazioni generali

In generale si deve osservare che, quest'ultimo si inserisce nel solco da tempo tracciato sia a livello comunitario, sia a livello nazionale di promozione della tecnologia digitale terrestre. Come è noto, tale tecnologia consente di moltiplicare il numero dei canali disponibili, aumentando la possibilità di offerta ed è in grado di superare una delle maggiori criticità per la realizzazione di un assetto più plurale e dinamico di quello che deriva dalla tecnologia analogica, che è più pesantemente condizionata dalla scarsità della risorsa frequenziale. Per questa ragione tale nuova tecnologia appare sicuramente funzionale ad un miglioramento delle condizioni dei mercati interessati sia da un punto di vista strettamente economico, moltiplicandosi le possibilità di *business* e la gamma di servizi offerti all'utenza, sia per la stessa ragione sotto il profilo di tutela del pluralismo.

Appaiono allora condivisibili, in quanto coerenti con l'obiettivo di tutelare il pluralismo, la scelta di fondo del ddl in parola per una trasmigrazione dell'intero sistema televisivo terrestre al sistema di trasmissione digitale entro il 30 novembre 2012, e all'interno di tale processo, la previsione di alcuni passaggi intermedi. Tra questi si rileva il passaggio al digitale, entro al massimo 15 mesi dall'entrata in vigore della legge (art. 3 del ddl), di una rete posseduta da ciascun soggetto titolare di più di due emittenti nazionali analogiche, con successiva riassegnazione delle frequenze liberate secondo criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori. Si osserva tuttavia che il perseguimento dell'obiettivo indicato richiederebbe che le frequenze riassegnate siano destinate all'utilizzo per trasmissioni in tecnica digitale: l'ingresso di nuovi operatori, che presumibilmente dall'inizio del 2009 trasmettano in tecnica analogica, renderebbe infatti più difficile e complicata la trasmigrazione completa al digitale entro il 2012.

Deve poi essere considerato che i settori delle comunicazioni di massa sono soggetti ad un rapido processo di sviluppo tecnologico e di progressiva convergenza tecnica ed economica, al punto che allo stato attuale non è dato fare attendibili valutazioni su quali saranno le dinamiche e quali gli assetti del prossimo futuro. Tale stato di incertezza suggerisce una particolare prudenza e parsimonia regolatoria nel momento in cui ci si accinge a disciplinare *“il sistema televisivo via etere terrestre”* (art.1 del ddl) che è solo una parte, sebbene importante, del più ampio settore delle comunicazioni televisive allo scopo di non imbrigliare ingiustificatamente le spontanee dinamiche del mercato, specie con riferimento alla fissazione di limiti alla raccolta pubblicitaria.

La fissazione di limiti alla raccolta pubblicitaria

L'art. 2, comma 1, del disegno di legge prevede che nella fase di transizione del sistema televisivo alla tecnologia digitale nessun soggetto possa detenere una quota dei ricavi pubblicitari superiore al 45%, calcolata rispetto al totale delle entrate pubblicitarie dell'intero settore televisivo, inclusivo di tutte le modalità di trasmissione (terrestre analogica e digitale, satellitare, Internet). Il soggetto detentore di tale posizione è considerato in posizione dominante, vietata come tale dall'art. 43 del testo unico della radiotelevisione (d.lgs. n. 177/2005). I commi successivi del disegno di legge concernono aspetti applicativi di tale disposizione, prevedendo un particolare meccanismo sanzionatorio. Ai soggetti che superano il tetto del 45% del totale dei ricavi si applica una riduzione del limite di affollamento degli spazi pubblicitari, misurato in termini di tempo di ciascuna ora di programmazione dedicato alla pubblicità, a meno che essi non abbiano già provveduto a trasferire su piattaforma alternativa una o più emittenti irradiate su frequenze terrestri in tecnica analogica.

La dichiarata finalità della norma in questione è ancora quella della tutela della concorrenza e del pluralismo, sul presupposto che i ricavi pubblicitari

costituiscono la principale forma di finanziamento degli operatori, e di conseguenza si renda necessario evitare la loro eccessiva concentrazione nelle mani di singoli soggetti, che grazie a essi possano conseguire e mantenere posizioni eccessivamente sbilanciate rispetto ai concorrenti.

L'Autorità in passato ha evidenziato come il mercato della raccolta pubblicitaria televisiva presentasse una struttura fortemente concentrata, caratterizzata dal ruolo preponderante di due soli soggetti (di cui uno dominante), e dalla presenza di barriere all'entrata tali da consentire il mantenimento di questa situazione; ciò portava al conseguimento da parte degli operatori di elevati extraprofitti (*Indagine conoscitiva sul settore televisivo: la raccolta pubblicitaria*, novembre 2004). L'Autorità, nelle sue conclusioni, ribadiva la sua contrarietà in generale “alla definizione di limiti ex ante al fine del raggiungimento di obiettivi di carattere antitrust”. Piuttosto si evidenziava che nel mercato della raccolta pubblicitaria televisiva era “necessario e urgente accompagnare l'eliminazione dei predetti limiti con un intervento di carattere strutturale volto a rendere realmente contendibile il mercato”.

L'Autorità non può che confermare il giudizio espresso allora sull'assetto complessivo dei mercati della raccolta pubblicitaria televisiva e le conclusioni indicate. È principalmente sull'apertura dei mercati da un punto di vista di promozione della concorrenza che si deve puntare per risolvere i deficit sopra rilevati, al fine di conseguire un funzionamento più efficiente dei mercati stessi.

In questo quadro la fissazione di tetti, che si risolvono in limiti alla capacità di crescita delle imprese, rischiano da un lato di non conseguire gli obiettivi che si propongono, dall'altro di costituire un freno alle potenzialità di sviluppo degli operatori. La legge n. 249/1997 (c.d. legge Maccanico) poneva un tetto ai ricavi degli operatori televisivi pari al 30%, ma la base di calcolo era più ampia, comprendendo la pubblicità, il canone della concessionaria pubblica, le convenzioni e gli abbonamenti della *pay-tv*. Ma soprattutto era fatto salvo lo sviluppo interno delle aziende. Un ritorno a tale sistema non può certo essere auspicato da un'autorità tecnica, perché il settore televisivo si trova in una fase di piena transizione, ma l'essenza del modello potrebbe essere oggetto di considerazione in sede politica.

Assistiamo infatti, e assisteremo presumibilmente in misura maggiore nel futuro, al graduale passaggio dal sistema di trasmissione televisivo analogico a quello digitale. Inoltre, è in crescita l'audience dei programmi diffusi su piattaforma satellitare, e il prossimo ingresso dei medesimi nei sistemi di rilevazione degli ascolti non potrà che accentuare tale tendenza. Infine, è ormai accertato che la tecnologia si sta dirigendo verso una sempre più completa convergenza tra le varie modalità trasmissive, con il previsto sviluppo della Internet-Tv, che alcuni ipotizzano essere la piattaforma “del futuro”.

Questo quadro fluido e dinamico implica che i percorsi di sviluppo del mercato e degli operatori non sono ancora chiari, e quindi la regolazione deve essere particolarmente cauta nel vincolare l'attività delle imprese in maniera

eccessivamente rigida, al punto da diminuirne gli incentivi e da limitarne le capacità all'innovazione e all'investimento. È necessaria in altri termini, come sempre, un'attenta valutazione dei costi e dei benefici degli interventi regolatori, che in un contesto caratterizzato da un elevato grado di incertezza come quello del futuro sistema televisivo appare particolarmente complessa e delicata.

Quanto agli effetti ipotizzabili, il tetto posto ai ricavi pubblicitari rischia nell'immediato di ridurre l'offerta degli spazi di pubblicità televisivi. Infatti, poiché non è elevata la sostituibilità dei vari programmi televisivi sul mercato pubblicitario, è consistente la possibilità che le scelte delle aziende inserzioniste si indirizzino al di fuori del sistema televisivo, verso altri strumenti di marketing (promozioni, affissioni, *direct marketing*). Ciò diminuirebbe le risorse del sistema televisivo durante una fase di transizione che richiede cospicui investimenti.

In ogni caso, tale riduzione, a livello di sistema, difficilmente potrà essere compensata dal possibile trasferimento di risorse su altri mezzi di comunicazione. Non si deve dimenticare infatti che, da un punto di vista di marketing pubblicitario, i mezzi su cui diffondere i vari messaggi non sono tra loro perfettamente fungibili. Si può osservare peraltro che lo stesso meccanismo sanzionatorio previsto dal disegno di legge per i soggetti che superano il tetto appare finalizzato a indurre il passaggio alla tecnica digitale di emittenti attualmente irradiate su rete analogica, e questo segna un punto a favore della proposta governativa.

La misura in questione, infine, contribuisce ad aumentare la forte simmetria già esistente tra i due leader del mercato, così determinando un contesto regolatorio che deprime, anziché sviluppare la tensione concorrenziale.

Quanto detto vale in un'ottica di efficienza del mercato.

Le valutazioni politiche sulle modalità di tutela di un bene superiore, anch'esso costituzionalmente garantito, quale il pluralismo restano in ogni caso di competenza del legislatore.

Infine, un'ultima notazione di carattere terminologico, con riferimento all'art. 2 del ddl in esame. Il soggetto che supera il limite normativamente previsto è considerato in "posizione dominante". Tale locuzione è del resto la medesima utilizzata dall'art. 43 del citato testo unico della radiotelevisione, a proposito dei soggetti che superino i limiti ivi previsti in termini di programmi trasmessi o di risorse raccolte nell'ambito del sistema integrato delle comunicazioni. Sennonché, questa espressione, mutuata dal diritto della concorrenza, in realtà nel contesto del ddl in esame, come in quello del Testo unico della radiotelevisione, ha un significato e una funzione completamente diversi.

Infatti, per consolidato orientamento del diritto antitrust comunitario e nazionale la posizione dominante è quella 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, ed ha la possibilità di tenere

comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. Ai fini dell'individuazione di tale indipendenza di comportamento, e quindi di una posizione dominante, non è sufficiente rilevare un determinato livello di quota di mercato, come sembra fare il ddl in questione, ma è necessaria un'analisi approfondita caso per caso di tutta una serie di elementi ulteriori, quali ad esempio l'esistenza di barriere all'ingresso di nuovi operatori o il potere contrattuale degli acquirenti. La posizione dominante può poi essere detenuta da più di un soggetto, quando l'indipendenza di comportamento è propria di un gruppo di operatori che si comportano sul mercato come se fossero un soggetto unico; la formulazione dell'art. 2, comma 1, del disegno di legge appare invece contemplare solamente il caso della posizione dominante detenuta da un soggetto singolo.

Non appare comunque opportuna, in un'ottica antitrust, una definizione di posizione dominante normativamente stabilita, alla luce delle rigidità che potrebbero derivarne in sede applicativa, in particolare in un settore dinamico come è attualmente quello televisivo. Va comunque chiarito che definizioni normative imposte a fini diversi da quello di tutela della concorrenza non possono condizionare le valutazioni e gli interventi dell'Autorità in applicazione della normativa antitrust. In conclusione, si auspica, ai fini della certezza del diritto, che la locuzione "posizione dominante" venga emendata con altra diversa sia nell'articolato qui in discussione che nell'art. 43 del d.lgs. n. 177/2005 (ad esempio: "rilevante o preminente forza di mercato").

Limiti all'attività dei fornitori di contenuti e sistema di rilevazione degli ascolti

L'art. 3, comma 8, del disegno di legge prevede che i fornitori di contenuti in ambito nazionale, dal momento in cui sarà completata la migrazione al sistema digitale terrestre, non potranno utilizzare più del 20% della capacità trasmissiva complessivamente disponibile; il comma successivo regola la fase transitoria entro la quale la condizione precedente dovrà realizzarsi in capo a tutti i fornitori.

Le previsioni suddette appaiono direttamente connesse con l'obiettivo della tutela del pluralismo. Sul punto quindi si può soltanto osservare che non è chiaro dal testo della disposizione in esame se il limite ivi previsto riguardi tutti gli operatori televisivi, inclusi quelli che intendano veicolare i contenuti su piattaforma satellitare o Internet, o solamente quelli che vogliano avvalersi del digitale terrestre. Coerentemente con una visione della tutela del pluralismo che consideri tutti i soggetti in grado di influenzare l'opinione pubblica e quindi gli operatori attivi su tutte le piattaforme trasmissive, la norma qui in discussione dovrebbe esplicitamente riguardare anche i soggetti attivi tramite tecnologie diverse da quella terrestre.

Bene affrontata appare l'esigenza di garantire una completa affidabilità dei sistemi di rilevazione degli ascolti, tanto dal punto di vista delle tecniche di rilevazione e di elaborazione dei dati, quanto da quello dell'indipendenza dei

soggetti preposti. Proprio sotto questo aspetto, il ddl in esame introduce importanti novità, che potrebbero consentire un uso della rilevazione degli ascolti ai fini della tutela del pluralismo. L'art. 4 del disegno di legge, infatti, introduce condivisibili principi in merito, che dovranno essere attuati poi dal decreto legislativo previsto dal medesimo articolo.

Rimozione delle barriere all'entrata

Tra le misure finalizzate alla rimozione delle barriere all'ingresso sul mercato, si segnalano gli art. 3 e 4 del disegno di legge.

In particolare, come già rilevato, la principale è la transizione a sistemi digitali di reti analogiche possedute da soggetti detentori di più di due emittenti analogiche. Dall'attuazione di questo processo potranno liberarsi risorse frequenziali disponibili per nuovi soggetti.

Anche la rimozione dei limiti al trading di frequenze attualmente esistenti a carico di nuovi operatori e l'affermazione per questi ultimi della possibilità di sperimentare trasmissioni in tecnica digitale (cfr. artt. 3, comma 6 e 6, comma 1, lett. c, del ddl in esame) è finalizzata a questo scopo, oltre a essere disposta per ovviare alle osservazioni critiche della Commissione.

Importante per lo sviluppo di piattaforme alternative appare il comma 10 dell'art. 3, che impone ai soggetti titolari di infrastrutture in banda larga, notificati come detentori di un significativo potere di mercato, di consentire l'accesso a detta infrastruttura per la fornitura del servizio televisivo, o comunque per la distribuzione di contenuti multimediali, in tutti i casi lo stesso operatore di rete svolga la medesima attività di distribuzione di contenuti. Opportuno appare in ogni caso un coordinamento della disposizione in questione con la disciplina stabilita dal quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche in tema di imposizione di obblighi.

In questa sede si deve rilevare infine l'importanza del miglioramento dei sistemi di rilevazione degli ascolti, e dell'accrescimento del loro grado di imparzialità, previsto dall'art. 4, ai fini dell'incremento del grado di efficienza e di contendibilità del mercato pubblicitario, nel quale come noto la domanda è fortemente orientata proprio dai dati sugli ascolti.

Conclusioni

Si ribadisce che l'Autorità Antitrust è un organo tecnico di tutela del mercato. Il pluralismo è oggetto di tutela da parte di altra Autorità, ed è prevalentemente un tema di ordine politico. Le valutazioni di questa Autorità attengono esclusivamente a profili di tutela del funzionamento efficiente del mercato.

Il ddl in esame presenta molte luci e alcune ombre. I punti di forza sono i seguenti:

- accelera il passaggio alle trasmissioni in tecnica digitale;

- risponde in linea di principio alla giurisprudenza della Corte Costituzionale sul pluralismo televisivo;
- risponde alle censure della Commissione europea;
- risponde all'esigenza di dare certezza e imparzialità alla rilevazione degli ascolti;
- promuove nuove modalità trasmissive come la Internet-TV su banda larga.

Per quanto riguarda le ombre, da un punto di vista di efficienza del mercato, si rileva che:

- a) non è opportuna la definizione per legge della posizione dominante. L'individuazione delle imprese in posizione dominante a fini antitrust è un giudizio caso per caso, che spetta all'Autorità compiere sulla base della valutazione di tutte le condizioni di mercato e non solo delle quote detenute dalle imprese;
- b) suscita perplessità il limite ai ricavi derivante dalla raccolta pubblicitaria in quanto possibile freno alla crescita interna; la legge Maccanico definiva con maggiore articolazione il tetto da essa stabilito e faceva salva la crescita interna.

Infine, per velocizzare il passaggio al digitale sarebbero opportune le seguenti misure:

- 1) le frequenze lasciate libere dagli operatori detentori di più di due emittenti irradiate su frequenze terrestri analogiche dovrebbero essere ridestinate alla tecnica digitale;
- 2) una politica di incentivazione degli acquisti dei decoder incentrata su apparecchi plurivalenti, che non dovrebbero incontrare le critiche dell'Unione europea come accaduto con specifico riferimento ad apparati la cui tecnologia escludeva l'utilizzazione da parte del gestore satellitare.