

AS1789 - RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA UE 2018/1808 (DIRETTIVA SMAV)

Roma, 8 settembre 2021

Presidente del Senato
Presidente della Camera dei Deputati
Presidente del Consiglio dei Ministri
Ministro della Cultura
Ministro dello Sviluppo Economico
Presidente 1^a Commissione permanente del Senato (Affari Costituzionali)
Presidente 5^a Commissione permanente del Senato (Bilancio)
Presidente 7^a Commissione permanente del Senato (Istruzione pubblica, beni culturali)
Presidente 8^a Commissione permanente del Senato (Lavori pubblici, comunicazioni)
Presidente 10^a Commissione permanente del Senato (Industria, commercio, turismo)
Presidente 14^a Commissione permanente del Senato (Politiche dell'Unione europea)
Presidente V Commissione della Camera dei Deputati (Bilancio Tesoro e Programmazione)
Presidente VII Commissione della Camera dei Deputati (Cultura, Scienza e Istruzione)
Presidente IX Commissione della Camera dei Deputati (Trasporti)
Presidente XIV Commissione della Camera dei Deputati (Politiche dell'Unione europea)

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'adunanza del 7 settembre 2021, ha ritenuto di svolgere, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, le seguenti considerazioni in merito alle criticità concorrenziali derivanti da alcune disposizioni dello "Schema di Decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi, in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato", attualmente al vaglio delle commissioni parlamentari per il relativo parere¹.

La Legge di Delegazione Europea² (di seguito legge di delegazione), ha recepito, *inter alia*, la Direttiva 2018/1808/UE (di seguito, la Direttiva) che modifica la Direttiva 2010/13/UE sui servizi di media audiovisivi (di seguito, Direttiva SMAV). La finalità della Direttiva è quella di adeguare il quadro normativo e regolamentare di riferimento al mutato scenario tecnologico del sistema dei media audiovisivi, così come l'insieme delle regole applicabili ai soggetti nello stesso operanti. In tale prospettiva, la revisione della Direttiva SMAV è volta, da un lato, a raggiungere un *level playing field* concorrenziale a livello di obblighi, tra i soggetti titolari della c.d. responsabilità editoriale, ovvero tra fornitori di servizi lineari e non lineari e, dall'altro, ad introdurre graduali obblighi per le piattaforme sprovviste di tale caratterizzazione, ovvero le c.d. *Video Sharing Platforms* (VSP).

Le direttrici della menzionata legge di delegazione, che ha recepito pedissequamente i contenuti della Direttiva, hanno poi trovato una loro compiuta declinazione operativa nello Schema di Decreto in esame, che nella sostanza ha emendato ed aggiornato il Decreto Legislativo 31 luglio 2005, n. 177, recante "Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici" (di seguito Testo Unico).

¹ [Così come trasmesso in data 7 agosto 2021 alle Commissioni, identificato con AG n. 288 e assegnato alle Commissioni riunite VII (Cultura, Scienza e Istruzione) e IX (Trasporti) (Assegnato il 7 agosto 2021 - Termine il 16 settembre 2021), XIV Politiche dell'Unione Europea (Assegnato il 7 agosto 2021 ex art. 126, comma 2 - Termine il 16 settembre 2021), V Bilancio (Assegnato il 7 agosto 2021 ex art. 96-ter, comma 2 - Termine il 27 agosto 2021).]

² [La legge 22 aprile 2021, n. 53 (Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020.)]

Ciò posto, giova preliminarmente evidenziare la necessità che il nuovo quadro normativo e regolamentare di riferimento, soprattutto per attività di rilevanza economica, sia diretto ad assicurare un contesto competitivo equilibrato tra gli operatori presenti, in uno scenario, come quello attuale, caratterizzato da un'offerta commerciale sempre più ibrida e da tutele estese ai consumatori su nuove piattaforme.

In tale ottica, in mercati – come quelli oggetto della riforma – soggetti a repentini quanto radicali mutamenti tecnologici, da un lato risulta di rilevante importanza stabilire un set di norme e disposizioni attuative chiare e ben definite nei loro contorni oggettivi; dall'altro appare parimenti necessario strutturare un armonico sistema di competenze istituzionali, ovvero la creazione di una rete di relazioni tra istituzioni competenti, che tenga conto delle funzioni che l'ordinamento assegna a ciascuna Autorità, al fine di evitare disfunzionali sovrapposizioni di ambiti di competenza, inefficienti duplicazioni di processi amministrativi e innaturali commistioni di fattispecie proprie della regolamentazione con quelle tipiche della tutela *antitrust*.

Al riguardo, un profilo di particolare criticità emerge dall'articolo 51 dello Schema di Decreto in esame, relativo alle "Posizioni di significativo potere di mercato lesive del pluralismo nel sistema integrato delle comunicazioni", allorché strumenti tipici dell'analisi *antitrust* vengono impiegati per il perseguimento di obiettivi diversi dalla salvaguardia della concorrenza, senza che l'Autorità, posta la propria generale competenza in materia di tutela della concorrenza, sia coinvolta – neppure a livello consultivo – nelle modalità con cui questi strumenti sono applicati.

Infatti, le decisioni assunte dall'AGCOM ai sensi dei commi 4, 5 e 6 dell'articolo 51, pur non attenendo alle dinamiche concorrenziali dei mercati, bensì al mantenimento del pluralismo, richiedono valutazioni sulla struttura dei mercati al fine di determinare l'esistenza di posizioni di significativo potere di mercato. Ciò emerge con evidenza dalla lettura dell'articolo 51, comma 2, secondo e terzo periodo, ai sensi dei quali: "Al fine di stabilire se una impresa[a] o un gruppo di imprese si trovino in una situazione di significativo potere di mercato lesiva del pluralismo, l'Autorità [AGCOM n.d.r.] tiene conto fra l'altro, oltre che dei ricavi, del livello di concorrenza statica e dinamica all'interno del sistema, delle barriere all'ingresso nello stesso, della convergenza tra i settori e mercati, delle sinergie derivanti dalle attività svolte in mercati differenti ma contigui, dell'integrazione verticale e conglomerale delle società, della disponibilità e del controllo dei dati, del controllo diretto o indiretto di risorse scarse, quali frequenze trasmissive, delle dimensioni di efficienza economica dell'impresa, anche in termini di economie di scala, gamma e rete, nonché degli indici quantitativi di diffusione dei programmi radiotelevisivi, anche con riferimento ai programmi di informazione, delle opere cinematografiche, dei prodotti e dei servizi editoriali online. Sulla base di tali criteri l'Autorità definisce la metodologia specifica per la verifica di cui al precedente comma mediante linee guida, che sono oggetto di revisione periodica con cadenza almeno triennale".

Si ritiene pertanto opportuno che, prima di adottare tali decisioni in relazione a singoli casi nonché in relazione all'adozione delle linee guida per l'applicazione dell'articolo 51, l'AGCOM richieda un parere obbligatorio a questa Autorità, da rendere entro 30 giorni, in analogia a quanto già accade in relazione ai pareri che l'AGCOM richiede all'AGCM per l'analisi dei mercati soggetti a regolazione (articolo 19 del D.lgs. n. 259/2003³) e che reciprocamente AGCM chiede ad AGCOM quando applica le norme a tutela della concorrenza nel settore delle comunicazioni (articolo 1, comma 6, lett. c), n. 11, della legge n. 249/1997⁴).

In proposito, occorre altresì sottolineare che tale nuova disposizione attribuisce all'AGCOM una discrezionalità non presente nella precedente versione della norma, come noto oggetto di censura da parte della Corte di giustizia⁵, che ancorava i provvedimenti dell'AGCOM al superamento di soglie di ricavi rigidamente prefissate. Queste ultime costituiscono ora meri indici e il giudizio sull'esistenza di una posizione di significativo potere di mercato verte anche sull'esame di altri elementi, tipici dell'analisi *antitrust* della struttura dei mercati, quali ad esempio il livello di concorrenza statica e dinamica, piuttosto che le sinergie derivanti dalle attività svolte in mercati differenti ma contigui, etc.

Tanto premesso, la necessità di un coinvolgimento funzionale dell'Autorità, quantomeno di natura consultiva, sull'analisi condotta in relazione a questi elementi deve ritenersi indispensabile, posto tra l'altro che tali valutazioni incidono inevitabilmente sull'attività che l'Autorità è chiamata a svolgere in via generale e su tutti i settori dell'economia.

Peraltro, avendo il legislatore delegato scelto di ancorare gli obblighi di notifica delle intese e delle concentrazioni alle soglie previste dall'articolo 16 della legge nazionale *antitrust* (articolo 51, comma 3) è evidente che – quantomeno per

³ [Art. 19, recante "Procedura per l'analisi del mercato", comma 1: "Sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'Autorità effettua l'analisi dei mercati rilevanti, tenendo conto dei mercati individuati nella raccomandazione e tenendo in massima considerazione le linee direttrici".]

⁴ ["Il Consiglio esprime, entro trenta giorni dal ricevimento della relativa documentazione, parere obbligatorio sui provvedimenti, riguardanti operatori del settore delle comunicazioni, predisposti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in applicazione degli articoli 2, 3, 4 e 6 della legge 10 ottobre 1990, n. 287; decorso tale termine i provvedimenti sono adottati anche in mancanza di detto parere".]

⁵ [Sentenza della Corte di Giustizia del 3 settembre 2020 sulla causa C-719/18 – Vivendi, che ha dichiarato incompatibile con l'art. 49 del TFUE (libertà di stabilimento) "una normativa di uno Stato membro che ha l'effetto di impedire ad una società registrata in un altro Stato membro, i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai fini di tale normativa, siano superiori al 40% dei ricavi complessivi di tale settore, di conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo".]

le concentrazioni – l’Autorità e l’AGCOM procederanno parallelamente alla valutazione delle medesime operazioni, ciascuna per i profili di propria competenza: impatto sulle dinamiche competitive (Autorità), impatto sul pluralismo (AGCOM). Pertanto, appare quantomeno singolare, oltre che privo di alcuna coerenza sistematica, un assetto di relazioni istituzionali che vede l’Autorità obbligata a richiedere all’AGCOM, ai sensi dell’articolo 1, comma 6, lett. c), n. 11, della legge n. 249/1997, un parere sul proprio provvedimento a fronte dell’AGCOM che provvede, sulla medesima fattispecie concreta, senza necessità di acquisire alcun parere dall’Autorità.

Infine, dovrebbe essere ulteriormente chiarito che la nozione di mercato cui fa riferimento la disposizione in esame è quella di mercato rilevante, posto che la valutazione dell’esistenza di posizioni di significativo potere di mercato non può avvenire in astratto, ma deve necessariamente essere riferita a spazi competitivi merceologici e geografici definiti, ossia i mercati (rilevanti). Solo in relazione ad essi può valutarsi l’esistenza di barriere all’entrata e all’uscita, il livello di integrazione verticale o le relazioni conglomerali tra mercati, etc. Non può infine sottacersi come, in considerazione del fatto che sia il comma 2 che il comma 5 dell’articolo 51 fanno ampio riferimento ai mercati che compongono il sistema integrato – che non è altro che la mera somma dei ricavi aggregati di diversi settori economici –, appaia viepiù necessario che il processo che porta alla loro individuazione sia coerente e conforme a strumenti, metodi e analisi della disciplina *antitrust*.

In conclusione, fatte salve eventuali altre forme di intervento nell’esercizio delle proprie funzioni istituzionali a tutela della concorrenza, l’Autorità auspica, pertanto, che codeste Istituzioni possano attivarsi al fine di prevedere, nell’ambito della procedura di cui all’articolo 51, un coinvolgimento consultivo dell’Autorità, al fine di assicurare che anche nei mercati in questione possano svilupparsi dinamiche effettivamente concorrenziali, nonché di permettere che negli stessi possa essere garantito il pieno rispetto dei valori della concorrenza.

L’Autorità auspica che le osservazioni sopra svolte possano essere tenute adeguatamente in considerazione nell’ambito dell’iter di recepimento in corso.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all’articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli