

---

**FABRIZIO BARZANTI**

---

## **IL DIRITTO DI ACCESSO AI CONTENUTI NEL MERCATO RADIOTELEVISIVO DIGITALE E MULTIPIATTAFORMA**

---

**SOMMARIO:** 1. Profili generali d'inquadramento. — 2. Il *must offer*. — 3. L'ordinamento italiano delle comunicazioni: verso un diritto di accesso ai contenuti? — 4. Il caso Sky e l'accesso ai contenuti *premium*. — 5. Gli effetti del caso Sky in Italia: il caso e.Bismedia. — 6. La direttiva « Televisione senza frontiere » e la proposta di revisione: gli eventi in chiaro e i brevi estratti. — 7. La piattaforma della televisione in mobilità: un *test* per il diritto di accesso ai contenuti. — 8. Osservazioni conclusive.

---

### **1. PROFILI GENERALI D'INQUADRAMENTO.**

---

Il mercato radiotelevisivo digitale, segnato dal fenomeno della convergenza tecnologica, si va sempre più caratterizzando per la pluralità di sistemi e di canali attraverso i quali i contenuti audiovisivi possono essere offerti alla generalità dei loro fruitori. Lo scenario che si profila è quello di un sistema nel quale operano più piattaforme trasmissive: i prodotti audiovisivi circolano, tra vecchie e nuove piattaforme, tanto via etere terrestre, raggiungendo terminali fissi o mobili (dai classici televisori ai « videofonini »), quanto via cavo (arrivando sia sugli schermi televisivi, sia su quelli dei *personal computers*) che via satellite.

Ogni diversa piattaforma trasmissiva mantiene (geneticamente, se non altro dal punto di vista tecnico) le proprie peculiari caratteristiche strutturali ed operative: ma l'attività principale che attraverso ognuna viene compiuta, la trasmissione, cioè, di contenuti audiovisivi, le accomuna tutte e consente, quindi, di compararle contestualmente. Tuttavia, in una fase nella quale il mercato radiotelevisivo multipiattaforma va strutturandosi, si registra una differenziazione sensibile tra le varie piattaforme: tale differenziazione affonda le sue radici nei sottomercati della distribuzione dei

---

\* Questo articolo sintetizza la parte conclusiva di un lavoro su *Pluralismo e Società dell'informazione: il diritto di accesso alle reti ed ai contenuti nel mercato delle comunicazioni digitali*.

Ringrazio il Prof. Enzo Cheli per le preziose indicazioni fornitemi. Ringrazio altresì il Prof. Andrea Pisaneschi, il Prof. Filippo Donati e la Dott.ssa Maja Cappello.

contenuti, dove ciascuna piattaforma opera, concorrendo, poi, su scala generale, con le altre nell'attività di trasmissione dei contenuti stessi.

Più in generale, si è soliti individuare due mercati nei quali si collocano le piattaforme distributive: si distingue, abitualmente, il segmento della televisione in chiaro, dove l'attività delle imprese di *broadcasting* è finanziata attraverso la vendita di spazi pubblicitari collocati all'interno della programmazione televisiva — ci si apre, quindi, verso il mercato c.d. a due versanti della raccolta pubblicitaria —, dal mercato della tv a pagamento, nel quale i ricavi derivano da relazioni dirette tra chi vi opera (attraverso la fornitura di servizi televisivi) e chi li riceve (con il pagamento dei servizi richiesti). Ad oggi, il primo mercato risulta prevalentemente occupato dalle piattaforme trasmissive che sfruttano l'etere terrestre, mentre il secondo vede l'affermazione delle piattaforme distributive satellitari e di quelle via cavo. Usando il lessico del diritto della concorrenza, i due mercati individuati si prestano ad essere descritti come mercati non perfettamente sostituibili, né dal lato della domanda, che si fonda su richieste ed aspettative diverse, né da quello dell'offerta, che propone, a seconda del mercato, una buona parte dei prodotti motivanti le strategie economiche delle piattaforme. Sempre sotto il profilo economico, comunque, nonché per effetto dell'avvento della digitalizzazione e della convergenza — tralasciando l'analisi comparata di aspetti concernenti la concreta diffusione delle varie piattaforme<sup>1</sup> —, dall'ottica delle piattaforme distributive, il mercato della tv a pagamento e quello della raccolta pubblicitaria (al quale fa capo il settore della tv in chiaro) non risultano del tutto impermeabili l'uno all'altro: nota l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)<sup>2</sup> che i modelli economici e strategici adottati dai soggetti attivi su questi segmenti non sono poi così diversi. L'obiettivo di chi opera nell'uno o nell'altro mercato, infatti, è sempre quello di massimizzare i ricavi, da un lato provenienti dagli abbonamenti o da forme di pagamento riferite agli specifici servizi offerti, dall'altro derivanti dagli introiti pubblicitari. Un identico e condiviso elemento fa scattare queste due distinte forme di ricavo: si tratta della capacità di conquistare il pubblico (cioè la generalità degli

<sup>1</sup> Su quest'aspetto, e più estesamente sul rapporto tra crescita e diffusione di nuove piattaforme e circolazione dei contenuti, cfr. ITMedia Consulting, *Turning Digital, Annual Report*, maggio 2006, nel quale si considera la possibilità dell'adozione nel breve periodo di interventi regolamentari volti, in particolare, a garantire l'accesso ai contenuti multipiattaforma da parte dei diversi operatori ed a salvaguar-

dare l'apertura del mercato all'ingresso di nuove piattaforme, nonché lo sviluppo di meccanismi concorrenziali capaci di coinvolgerle.

<sup>2</sup> Cfr. l'*Indagine conoscitiva sul settore televisivo: la raccolta pubblicitaria*, ossia l'indagine conoscitiva (IC 23-Settore televisivo) di cui al provv. 16 novembre 2004, n. 13770 in Bollettino n. 47 del 6 dicembre 2004, p. 177 ss.

utenti di servizi televisivi) e di attirare la sua attenzione sui servizi offerti. Più utenti ogni operatore è in grado di « catturare », nella forma (per quella satellitare, ad esempio, principalmente) della sottoscrizione di abbonamenti, o (per la piattaforma terrestre) della raccolta di *audience*, più si accrescono i margini di ricavo diretti nel primo caso, indiretti nel secondo. L'attenzione degli spettatori è la risorsa limitata alla quale mirano le diverse piattaforme trasmissive: per accaparrarsela si danno battaglia con le armi della competizione sul più ampio mercato televisivo della distribuzione dei servizi offerti, che tutte le comprende.

L'arma migliore, tra le molte disponibili in quest'ultimo mercato, la vincente (con buon margine di probabilità), è la capacità di offrire ai propri fruitori qualcosa che dia loro motivo di dedicare fedelmente l'attenzione all'offerta scelta, anziché a quella delle altre piattaforme: in termini di offerta televisiva, quel qualcosa sono i contenuti. Più essi sono pregiati (i c.d. contenuti *premium*) più sono ritenuti in grado di suscitare l'attenzione dei telespettatori, e più, in conseguenza, sembrano capaci di aumentare le opportunità di incremento dei ricavi da parte di chi li distribuisce. Ai contenuti *premium*, come grado d'attrattività, fanno seguito i c.d. canali tematici, quelli, cioè, che dedicano gran parte della loro programmazione ad una specifica tipologia di argomenti trattati: nella misura in cui essi riescono a fidelizzare un certo pubblico, la piattaforma che li distribuisce può garantirsi il seguito di quegli spettatori. Le tipologie di contenuti audiovisivi sono numerosissime: le categorie individuate (ossia i contenuti *premium*, i canali tematici e, si aggiunge adesso e si rincontrerà nel corso della trattazione, la categoria dei canali generalisti, offerti in chiaro) offrono l'opportunità di classificarli ed ordinarli secondo criteri d'omogeneità.

La strategia di mercato che le varie piattaforme portano avanti consiste nel cercare di accaparrarsi i contenuti migliori, i più attrattivi, tra quelli a disposizione. Le forme dell'accaparramento consistono, ad esempio, nell'acquisto della possibilità di trasmettere in esclusiva certi contenuti, o di poter negoziare in forme privilegiate i diritti ad essi relativi. Nel complesso, insomma, non è difficile immaginare l'esistenza di interrelazioni tra le varie piattaforme trasmissive (a prescindere dal mercato della distribuzione nel quale esse opereranno) quando si tratti di ottenere la disponibilità dei contenuti da trasmettere: come non è impossibile sostenere, quindi, che le condotte ed i risultati ottenuti dalle une non influenzino i rispettivi atteggiamenti delle altre, manifestati tutti nel comune mercato della raccolta dei contenuti da trasmettere.

Questo ragionamento sposta l'attenzione dal mercato al dettaglio della distribuzione dei contenuti agli utenti finali a quello dell'acquisto all'ingrosso degli stessi da parte delle piattaforme trasmissive ossia dagli operatori di rete. Così facendo, ci si muove da un mercato a valle, il primo, verso uno a monte, il secondo.

Sul c.d. mercato dell'acquisto (o vendita, a seconda del punto di vista) dei contenuti, prima ancora che nel mercato a valle della vendita dei contatti, competono le piattaforme trasmissive: uno scontro sempre più aspro e serrato, quello per acquisire i contenuti, mano a mano che l'avanzamento nell'applicazione della (comune)<sup>3</sup> tecnica digitale fa aumentare in numero e tipologia i contendenti<sup>3</sup>. Naturalmente, l'oggetto principale della competizione nel mercato a monte è rappresentato dai contenuti pregiati. Si pensi ai film, agli incontri sportivi di particolare significato, ad avvenimenti della vita sociale di grande interesse: trasformati in oggetti dei quali si possono acquistare diritti (quelli di trasmissione, o di negoziazione, ad esempio), essi diventano la materia per eccellenza del contendere, o meglio, del competere. Se solo alcune piattaforme riuscissero ad appropriarsene in grande quantità, magari sfruttando posizioni di forza, esse si sarebbero probabilmente assicurate successi destinati a produrre corposi e tangibili effetti nel mercato a valle della distribuzione di contenuti agli utenti finali. Da ciò risulterebbe un evidente strapotere delle piattaforme « vittoriose », così come, del resto, risulterebbe compromessa o spacciata la concorrenza con le altre. Le imprese schiacciate dalle prime, tagliate fuori dall'accesso ai contenuti pregiati — ma la questione si può riproporre negli stessi termini per l'accesso alle altre categorie di contenuti menzionate —, potrebbero nutrire poche speranze di rimanere attive: l'effetto della loro uscita (se non, quantomeno, il loro depotenziamento) si trasformerebbe, indubbiamente, in una diminuzione del tasso di pluralismo, se inteso, almeno, come effetto sia pure parziale di un alto livello di presenze nel mercato televisivo.

Alla luce di obiettivi costituzionalmente protetti, tanto il calo di concorrenza che quello di pluralismo sarebbero effetti da scongiurare. Come evitare questi effetti? Come intervenire, se lo si crede opportuno, per impedirne la manifestazione? L'uso della formula dubitativa è d'obbligo. Partendo da posizioni di stampo liberista, infatti, si potrebbe affermare che quanto si verifica nel mercato a valle è conseguenza dell'esercizio della libertà negoziale delle parti nel mercato a monte: se quelle pratiche negoziali sono condotte con correttezza e trasparenza, i risultati che esse producono dovrebbero essere semplicemente accettati. Ma se quei risultati — questa è la replica che si muove a questo ipotetico assunto — confliggono con la realizzazione di interessi costituzionalmente tutelati come quello di fruire di un'informazione la più completa e varia che abbia maggiori possibilità d'essere apprezzata per la presenza

<sup>3</sup> Molti spunti interessanti sul tema della competizione tra piattaforme e dell'accesso ai contenuti sono offerti nel saggio di L. DI FELICANTONIO, *Competizione*

*tra piattaforme nel mercato televisivo digitale*, in « Mercato Concorrenza Regole » (MCR), n. 3/2005, pp. 551-566.

di un'ampia gamma di contenuti offerti da più fonti, potrebbe essere necessario assistere, in qualche forma, le negoziazioni sull'accesso ai contenuti. Si profila, così, l'ipotesi di riconoscere particolari forme di garanzia per i titolari di piattaforme trasmissive nell'accedere ai contenuti dei quali necessitano per affermare la loro presenza nel mercato. Queste forme di garanzia, che potrebbero coincidere con il riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive azionabili in determinate circostanze (proprio nel caso, ad esempio, della conclusione di accordi negoziali per l'acquisto/cessione di diritti sui contenuti), potrebbero, anche, specularmente, risolversi in obblighi da far gravare sui fornitori di contenuti, consistenti nel cedere particolari tipologie di contenuti alle diverse piattaforme trasmissive, sempre su base negoziale, ma a condizioni paritarie e non discriminatorie<sup>4</sup>.

Le esigenze d'accesso ai contenuti sembrerebbero provenire, nel senso da ultimo descritto, in maniera particolarmente pressante dalle piattaforme distributive che nascono adesso e che aspirano a costruirsi, sviluppando le proprie reti, una posizione di rilievo<sup>5</sup>:

<sup>4</sup> In proposito v. V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti tra gestori di rete e fornitori di contenuti*, in questa Rivista, n. 3/2004, pp. 421-431, il quale fa notare che « indubbiamente gli operatori di rete sono attratti dal modello dominante nel mercato dei contenuti: se riuscissero ad appropriarsene in modo esclusivo potrebbero fare atto d'ossequio formale alla concorrenza, ma il vincente sarebbe chi può sfruttare il monopolio sui contenuti [...]». D'altronde è comprensibile che se la concorrenza fra operatori non si fa solo sui servizi in senso stretto ma anche e soprattutto sui contenuti ai quali si dà accesso, l'esclusiva è una scelta molto razionale [...]. Viene da chiedersi [...] se si debbano mantenere, ed anzi rafforzare, le esclusive nel settore dei contenuti oppure introdurre istituti che mutati dal campo brevettuale potrebbero definirsi "licenze obbligatorie". Si osservi che nel campo della musica questo già avviene: tutte le radio possono trasmettere la canzone di successo di un cantante, purché paghino un equo compenso. Una risposta netta al quesito appare particolarmente ardua [...]. D'altra parte pare legittimo dubitare che essa debba essere univoca ed uniforme per tutti i tipi di contenuti: considerando questi come prodotti è perfettamente plausibile che per ciascuno di essi si possano applicare modelli di distribuzione sia esclusivi che non esclusivi [...]. La strada più corretta sembra dunque quella di configurare diversi mercati per i vari contenuti, come ad esempio, le

informazioni, i film e gli eventi sportivi » (ivi, pp. 428-429).

<sup>5</sup> Sostengono, G. CREA-A. GIANNACCARI, *Il binomio banda larga ed industria dei contenuti tra innovazione, diritto antitrust e regolazione*, in « MCR », n. 1/2005, pp. 77-118, che « la disponibilità dei contenuti, in particolare dei c.d. *premium contents*, è un'importante leva di sviluppo delle reti, e, in definitiva, della concorrenza tra gli operatori [...]. Il rischio è che gli *incumbents*, grazie alla maggiore forza economica, possano acquisire i contenuti, spesso associati a stringenti diritti d'esclusiva, disincentivando altri operatori dall'investire in infrastrutture proprie e producendo in ultima analisi una chiusura (anche monopolistica) del mercato » (ivi, p. 91). L'accesso ai contenuti, al pari dell'accesso alle infrastrutture di rete, rappresenta, secondo gli AA. uno dei principali *bottlenecks* sul quale c'è bisogno d'intervenire per aprire, nel segno della concorrenza, il mercato a nuovi e convergenti operatori: tra i quali, ad esempio, gli operatori di telecomunicazione che seguono modelli di *business* di *triple play*, ossia di prestazione, al contempo, da parte di un unico soggetto imprenditoriale, di servizi di telefonia vocale, di accesso alla rete telematica e di radiotelevisione; anche se oggi questo già appare come obsoleto, parlando (e vedendo già) il *quadruple play*, data l'aggiunta a questi tre servizi di quello di telefonia mobile.

in Italia, segnatamente, si registrano da qualche tempo strategie di lancio di forme dell'offerta televisiva via cavo e di *mobile-tv*. Queste piattaforme, *new entrants* del mercato televisivo digitale, *new media* rispetto alle piattaforme preesistenti, si strutturano come operatori non verticalmente integrati. Esse si organizzano per svolgere, fondamentalmente, il ruolo di *carriers* di contenuti: non hanno, in genere, dalla loro parte editori di programmi (o palinsesti) che possano sviluppare con esse, sulla base di collegamenti societari o di saldi vincoli negoziali più o meno diretti, affidabili sinergie di scambio. L'integrazione verticale, al contrario, è l'assetto proprio dei titolari di piattaforme trasmissive per la televisione terrestre, così come dei soggetti (o meglio, in Italia, del soggetto) attivi nel segmento televisivo satellitare. Se solo si considera che i contenuti forniti dagli editori verticalmente integrati con le piattaforme terrestri e quella satellitare sono, principalmente, e rispettivamente, i più seguiti programmi generalisti e i più appetibili contenuti *premium* disponibili nel nostro sistema televisivo, è facile intuire come queste piattaforme partano da un non indifferente vantaggio competitivo su quelle che aspirano ad entrare. L'integrazione verticale ostacola, dunque, le piattaforme emergenti nell'accesso ai contenuti, rischiando di danneggiare, conseguentemente (in particolare, nella partita per l'acquisizione di contenuti pregiati), i *new media*<sup>6</sup>. Gli operatori delle piattaforme consolidate, infatti, fanno resistenza nell'offrire ad altri *carriers* possibilità di distribuire i contenuti (strutturati, magari, in palin-

---

<sup>6</sup> Sul tema cfr. M. MONTI, *Access to content and the development of competition in the New Media market-the Commission's approach*, speech tenuto nell'ambito del « Workshop on access to quality audiovisual contents and development of New Media » (Bruxelles, 8 luglio 2004), reperibile attraverso il portale Internet della Commissione europea all'indirizzo [http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index\\_theme\\_8.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_theme_8.html). MONTI, al tempo Commissario europeo alla concorrenza, indica nel tema dei contenuti e dell'accesso ai medesimi, la chiave dello sviluppo di ogni politica a sostegno della concorrenza nel settore dei mezzi di comunicazione del pensiero, ed in particolare dei *new media*: « one concern of competition authorities should be to ensure that media content can be provided over new networks and not just the traditional ones. [These new networks are not only] the new 3G mobile networks [i networks di telefonia mobile di terza generazione, n.d.a.] but also broadband DSL and cable connection to the Internet ». È questione cruciale, in particolare, per garantire sviluppo e concor-

renzialità dei *new media*, assicurare loro, attraverso gli strumenti più adeguati, l'accesso ai contenuti maggiormente attrattivi (come sport, cinema, etc.), ossia « those contents that are important, if not "must-have" elements for content providers to build up an attractive offer ». Nei confronti dei soggetti che controllano i contenuti più attrattivi, MONTI indica la possibilità d'intervenire, laddove opportuno, attraverso l'applicazione del diritto antitrust o di altri strumenti: per i nascenti mercati, sui quali incombono colli di bottiglia tecnologici ed *incumbents* dotati di significativa forza di mercato, individua la possibilità di un intervento pilotato da un'ideale regolamentazione preventiva. Una osservazione a margine: l'ex Commissario alla concorrenza, opera una distinzione, ai fini di quanto notato, tra i *new media* (come i terminali mobili di terza generazione, o il settore delle comunicazioni via cavo) e le tecnologie che si sviluppano simbioticamente sui *media* tradizionali (come il digitale terrestre) le quali vanno inquadrare, quindi, come « new technolog[ies] for traditional medi[a] ».

sesti) dei quali dispongono<sup>7</sup>: i primi si dimostrano gelosamente protettivi nei confronti di quegli stessi contenuti e, ragionando in una logica di piattaforma, ritengono essenziale per ottenere vantaggi economici differenziare la loro offerta (trattenendo in esclusiva i programmi che distribuiscono, anche se si tratta, magari, di canali in chiaro) da quella delle altre piattaforme. Secondo questa logica soccombono, oltretutto, anche gli interessi dei fornitori di contenuti: ciò appare evidente qualora si concordi sul fatto che alcuni fornitori di contenuti, ad esempio quelli meno integrati verticalmente, potrebbero legittimamente aspirare ad ottenere, per loro vantaggio economico, l'accesso e, quindi, la diffusione dei propri contenuti attraverso le diverse reti utilizzabili a tal fine.

Come fronteggiare questi ostacoli? Come garantire le opportunità di sviluppo di un sistema multipiattaforma, concorrenziale e pluralista, in riguardo, particolarmente, ai *new media*, ossequioso verso il principio di neutralità tecnologica, cardine di un (futuro) diritto dei mezzi di comunicazione convergenti? Due sembrano le prospettive da seguire per cercare di scavalcare queste barriere: da un lato, a garanzia dell'ingresso di *new entrants* (e, attraverso di loro, dello sviluppo di nuove tecnologie, dell'apertura del mercato a più soggetti, di una concorrenza effettiva tra gli stessi e, pure, del pluralismo), acquistano un ruolo primario gli interventi volti a realizzare la disintegrazione verticale delle emittenti<sup>8</sup>. Dal-

<sup>7</sup> Cfr. CREA-GIANNACCARI, *Il binomio*, cit.: sostengono, con chiarezza, gli AA. che «l'integrazione orizzontale [cioè quella tra soggetti che operano nello stesso anello della medesima catena produttiva, n.d.a.] e verticale, determina la creazione o il rafforzamento di posizioni di dominanza e ciò, associato ai meccanismi di esclusiva, dà spesso luogo ad una diminuzione del livello concorrenziale. La concorrenza *inter* e *intra* piattaforma può risultare eccessivamente appiattita; e gli *incumbents*, grazie alle risorse finanziarie e all'accesso (esclusivo) a risorse fondamentali — i *premium contents* — possono erigere elevate barriere all'entrata. In tale contesto i rischi di condotte anticoncorrenziali sono principalmente ascrivibili a due categorie: l'effetto leva e la chiusura dei mercati. Mentre l'effetto *leverage* [...] poggia sull'uso del potere di mercato in un settore per estendersi su altri mercati (o *media*), cortocircuitando lo sviluppo di piattaforme alternative; i rischi di *foreclosure* discendono dall'esercizio di condotte discriminatorie associate al *premium content*: un operatore verticalmente integrato potrebbe, infatti, rendere disponibili sulla sua rete di comunicazione solamente i propri contenuti,

tanto più se ad essi sono associate esclusive, impedendo che gli stessi siano disponibili su altre piattaforme. Alternativamente, potrebbe effettuare una discriminazione sui contenuti, incentivando la fruizione dei contenuti affiliati al gruppo e rifiutandosi di offrire sulle proprie reti contenuti alternativi o degradandone la qualità di trasmissione. È per tali motivi che risulta determinante la creazione e lo sviluppo di piattaforme alternative» (ivi, p. 104): ed è per questo, si crede, che, a monte, risulta determinate per la creazione e lo sviluppo di queste piattaforme l'elaborazione di una qualche certa garanzia, loro riconosciuta, nell'accedere ai contenuti.

<sup>8</sup> Del resto, già il d.lgs. 28 luglio 2005, n. 177, in G.U. n. 208 del 7 settembre 2005, suppl. ord. n. 150, è impostato in modo tale da riconoscere la separazione (societaria) ai fini, in particolare, dell'ottenimento degli idonei titoli abilitativi, tra la figura di operatore di rete e fornitore di contenuti, non solo sul segmento terrestre anche per quanto riguarda le imprese che operano via satellite o via cavo: cfr., rispettivamente, art. 15, c. 7, e artt. 20-21, d.lgs. n. 177/2005.

l'altro lato, comunque, forme regolamentari di garanzia dell'accesso ai contenuti (in particolare quelli detenuti dalle piattaforme verticalmente integrate) di maggior interesse potrebbero supplire alle — o integrare le — previsioni che garantiscano la disintegrazione verticale degli operatori. Si potrebbe trattare, beninteso, di misure asimmetriche, le più incisive delle quali potrebbero avere effetti temporalmente limitati, ed essere confinate ad una fase di iniziale strutturazione del mercato multiplatforma. Potrebbero essere misure, regolamentari se non legislative, indirizzate principalmente nei confronti delle piattaforme che dimostrino, alla luce di accurate analisi condotte sul campo, di possedere una notevole (e minacciosa) forza di mercato: si potrebbe trattare, insomma, di misure *ex ante*, da approntare conformemente agli indirizzi forniti dal quadro regolamentare comunitario delle comunicazioni elettroniche oggi in fase di revisione. Come alternativa a troppo stringenti misure *ex ante*, si prospetta l'eventualità di lasciar campo a misure correttive frutto di azioni antitrust, quindi, *ex post*, elaborate nei casi necessari dalle competenti Autorità: oppure ad altre misure da incastonare in accordi negoziali, che liberamente vengano definiti in modo da consentire l'accesso ai contenuti a quanti ne facciano richiesta a condizioni tali da non ostacolare le capacità competitive del richiedente.

La tecnologia trasmissiva digitale, mettendo a disposizione un'accresciuta capacità di diffondere contenuti audiovisivi, offre a chi la possiede ed intende svilupparla l'opportunità di proporsi sul mercato televisivo e d'affermarsi a patto d'avere contenuti da diffondere attraverso le reti: la pluralità di presenze nel mercato, e la concorrenza effettiva tra le stesse possono accrescersi se e per quanto sia garantito ai diversi operatori di accedere ai contenuti da trasmettere<sup>9</sup>.

## 2. IL MUST OFFER.

Quali garanzie, quindi, per le aspirazioni e le pretese avanzate, circa la disponibilità di contenuti, dagli operatori di rete, gestori

<sup>9</sup> Fanno notare A. PRETA-G. BERNI, *Dual o triple play?*, in « Beltel », maggio 2006, pp. 15-17, che, nel mercato delle comunicazioni convergenti, le nuove reti digitali, per diffondersi, « devono essere riempite di contenuti. Il nodo cruciale, dunque, non è tanto possedere la tecnologia più avanzata, bensì disporre dei contenuti più attraenti. In definitiva ciò che emerge è che la televisione dopo le telecomunicazioni sta evolvendo verso un nuovo paradigma, in cui è prevedibile che la competi-

zione superi i confini nazionali e abbandoni il tradizionale modello di distribuzione chiuso, verticalmente integrato, basato sul mantenimento delle rendite analogiche, da trasferire nella maniera più indolore possibile anche nel nuovo contesto digitale. Che questo avvenga attraverso le normali dinamiche di mercato o tramite regolazione è una delle grandi questioni che ancora non hanno trovato una convincente univoca soluzione » (ivi, p. 17).



di una piattaforma trasmissiva? A questo proposito, un primo esempio di riconoscimento e di tutela di un diritto d'accesso ai contenuti sembra essere fornito dal ruolo e dalla natura di alcune misure *ex ante* che, previste in fonti normative o regolamentari di ordinamenti di alcuni Stati, offrono, in certa misura, una sanzione ed un supporto giuridico alle richieste d'accesso: si tratta dei c.d. obblighi di *must offer*, conosciuti (con tratti non radicalmente diversi) tanto al diritto statunitense che a quello anglosassone — e presenti anche in Paesi europei, come l'Olanda ed il Belgio, ma non in Italia — al fine di disciplinare l'assetto del mercato televisivo multiplatforma<sup>10</sup>.

Il punto di partenza che si assume per ragionare di *must offer* è la constatazione del comportamento di quegli operatori di rete (di nuovo, in particolare, quelli verticalmente integrati) che, come notato, sfruttando i loro rapporti privilegiati con certi fornitori di contenuti, puntano a ostacolare, attraverso la pratica di acquisti in esclusiva, l'accesso ai contenuti da loro distribuiti da parte di piattaforme concorrenti. Queste seconde piattaforme, difatti, per proporsi in maniera competitiva, aspirano perlopiù ad ottenere i diritti di trasmissione (o, meglio, di ritrasmissione) dei canali televisivi di maggiore interesse: i quali, il più delle volte, coincidono con quelli operati dall'esclusiva ottenuta dai grandi gruppi imprenditoriali dell'audiovisivo. Così, durante gli anni Novanta, negli Stati Uniti d'America, in particolare, si è ritenuto opportuno intervenire per frenare lo strapotere conquistato nel mercato dell'acquisto dei contenuti dagli operatori verticalmente integrati: per compensare il detrimento derivante alle piattaforme alternative dalla condotta degli operatori via cavo, si è prima stabilito l'indisponibilità del diritto d'esclusiva a loro favore da parte delle piattaforme verticalmente integrate sui canali che esse trasmettano e, poi, si è provveduto all'imposizione, in capo alle emittenti di canali televisivi in chiaro, di obblighi di offrire (*must offer*, appunto), su base negoziale, la (ri)trasmissione dei propri canali<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. J. ROUKENS, *What are We Carrying Across the EU these days?*, in *To have or not to have - Must-carry rules*, « IRIS Special », European Audiovisual Observatory, Strasbourg 2005, pp.7-19, dove si afferma che « “must offer” already explicitly exists in the UK, Ireland and Belgium (Flanders) for the PBS [*Public Broadcasting Service*, n.d.a.] » (ivi, p. 18, nota 61).

<sup>11</sup> Chiarisce DI FELICIANTONIO, *Competizione tra piattaforme*, cit., che « il *Program Access and Carriage Rule* [è la sezione 628 del *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* del 1992, n.d.a.] proibisce pratiche inique o discri-

minatorie nella vendita di canali televisivi da parte di editori verticalmente integrati con una piattaforma. È inoltre vietato ad una piattaforma integrata verticalmente con un canale la distribuzione esclusiva del canale stesso. In questo modo s'impedisce che piattaforme emergenti siano ostacolate nell'acquisizione dei contenuti necessari a competere con gli operatori dominanti. Nel 1999, con il *Satellite Home Viewer Improvement Act*, il Congresso rafforza ulteriormente gli strumenti regolamentari che favoriscono lo sviluppo di operatori « nuovi entranti », introducendo un obbligo di *must offer*, ovvero sia l'obbligo per le emittenti terrestri in chiaro di nego-

Ancora più incisivi, rispetto a quelli statunitensi, risultano gli obblighi di *must offer* previsti dall'ordinamento anglosassone: il *Communication Act* del 2003 impone, infatti, ai fornitori di (certi) contenuti l'obbligo di negoziare secondo buona fede con tutte le piattaforme (digitali) che ne facciano richiesta, senza operare discriminazioni tra le stesse, la (ri)trasmissione di propri canali (televisivi, in chiaro)<sup>12</sup>. Questi ultimi sono, dunque, resi accessibili ai vari gestori di piattaforme che abbiano interesse ad inserirli nelle loro offerte commerciali rivolte agli utenti finali: attraverso l'obbligo di *must offer* si cerca di prevenire il comportamento degli editori di quei canali (corrispondenti ai più importanti canali televisivi terrestri) che, « direttamente impegnati nella realizzazione di piattaforme digitali [e, quindi, integrati verticalmente con gli operatori di rete, *n.d.a.*] potrebbero essere [...] tentati di favorire la propria piattaforma a scapito delle altre »<sup>13</sup>, trattenendo per sé l'esclusiva alla trasmissione di quei programmi.

Chiara appare, dunque, la *ratio* degli obblighi di *must offer*: essi, da un lato, imponendo ai fornitori di contenuti, nella negoziazione della distribuzione di certi loro canali, l'obbligo di non dar luogo a pratiche discriminatorie — la non discriminazione, insieme all'equità e alla trasparenza, è uno degli effetti più importanti dell'applicazione di obblighi di *must offer* — e facendo sorgere in capo ai vari gestori di piattaforme trasmissive il diritto d'avere accesso alla distribuzione di quegli stessi canali (e, quindi, d'accedere a quelle negoziazioni), agiscono a supporto delle nuove piattaforme distributive che vogliano competere nel mercato televisivo. In più, le misure di *must offer* sembrano contribuire a dare una certa concretezza al principio di neutralità tecnologica: attraverso esse la regolamentazione, infatti, si comporta in modo tale da accordare a tutte le diverse piattaforme trasmissive, a prescindere dalla tecnologia in base alla quale operino (sia che trasmettano, cioè, segnali televisivi via cavo, via etere terrestre, o via satellite), la garanzia di un trattamento paritario, neutro appunto, per quel che riguarda le loro possibilità d'accesso alla distribuzione dei canali televisivi in chiaro. E ancor più, gli obblighi di *must offer* danno vita anche ad una sorta

---

ziare in buona fede il consenso alla ritrasmissione con tutte le piattaforme e il divieto di stipulare accordi per la ritrasmissione esclusiva con una sola piattaforma » (ivi, p. 558).

<sup>12</sup> Cfr. sezioni 272-274 del *Communications Act* del 2003: ad OFCOM (o *Office of Communications*), l'Autorità di regolamentazione del settore delle comunicazioni nel Regno Unito (di cui al sito <http://www.ofcom.org.uk/>) è affidato il compito di regolare l'obbligo d'offerta dei contenuti

che grava su « a) every licensed public service channel [...]; c) every licensed television service added [...] to the list of must-carry service » (sezione 272, c. 1). In questo modo, si evidenzia che soggetti all'obbligo di offrire i propri contenuti sono tanto i canali del servizio pubblico, quanto quelli che beneficino dello *status* di *must carry*.

<sup>13</sup> Di FELICANTONIO, *Competizione tra piattaforme*, cit., pp. 559-560.

di neutralità tecnologica nella scelta da parte dello spettatore: il quale può alternativamente orientarsi verso una piattaforma piuttosto che verso un'altra per fruire dei medesimi contenuti audiovisivi.

Nel diritto anglosassone, comunque, l'imposizione *ex lege* di vincoli riguardanti la cessione di determinati contenuti sembra essere dettata da ulteriori esigenze: dal *Communication Act*, infatti, sembra potersi evincere che la ragione della previsione di misure di *must offer* risiede (anche) nel rendere accessibili al più largo numero di utenti finali alcuni canali ritenuti d'interesse generale<sup>14</sup>. Non a caso, nel Regno Unito, solo determinati fornitori corrispondono ai soggetti oberati da vincoli di *must offer*: si tratta delle emittenti che espletano la missione di servizio pubblico, nonché di quelle che hanno ottenuto il riconoscimento dello *status* di *must carry*. Garantire la diffusione di questi canali attraverso tutte le diverse piattaforme trasmissive, agevolare la conclusione di accordi tra gli editori dei medesimi ed i gestori delle varie piattaforme per la (ri)diffusione degli stessi significa, quindi, non solo rafforzare, in senso effettivamente competitivo, il sistema televisivo multipiattaforma, ma anche sostenere con efficacia la più ampia circolazione possibile di quegli stessi contenuti: i quali, per la loro natura, appaiono strumenti essenziali nel dare sostanza al diritto all'informazione che a tutti appartiene come diritto fondamentale dell'individuo. Se da un lato, quindi, gli obblighi/diritti d'accesso ai contenuti, così come ora descritti, favoriscono la concorrenza tra tutte le piattaforme trasmissive, dall'altro, coinvolgendo elementi rilevanti dal punto di vista degli interessi pubblici (come il pluralismo informativo), si prestano a garantire (mediatamente) l'esistenza di presupposti per la soddisfazione di aspettative legittime e fondamentali di tutti i componenti delle società democratiche.

Più in generale, comunque, gli obblighi di *must offer* vengono spesso considerati — il diritto anglosassone, come appena ricor-

<sup>14</sup> Recita, infatti, il *Communications Act*, alla sezione 272: « (2) The first objective is that the channel or other service, so far as it is provided in digital form, is at all times offered as available (subject to the need to agree terms) to be broadcast or distributed by means of every appropriate network. (3) The second objective is that the person providing the channel or other service does his best to secure that arrangements are entered into, and kept in force, that ensure — a) that the channel or other service, so far as it is provided in digital form, is broadcast or distributed on appropriate networks; and b) that the broadcasting and distribution of the channel or

other service, in accordance with those arrangements, result in its being available for reception, by means of appropriate networks, by as many members of its intended audience as practicable. (4) The third objective is that the arrangements entered into and kept in force for the purpose of securing the second objective prohibit the imposition, for or in connection with the provision of an appropriate network, of any charge that is attributable (whether directly or indirectly) to the conferring of an entitlement to receive the channel or other service in question in an intelligible form by means of that network ».

dato, ne fornisce un esempio — come il riflesso dell'applicazione di misure di *must carry*, di quelle misure volte, cioè, a garantire l'accesso alle reti da parte di fornitori di contenuti<sup>15</sup>. Ciò appare evidente qualora si apprezzino certe pratiche. Tra le strategie messe in atto dalle piattaforme emergenti figura spesso, infatti, l'obiettivo di ottenere l'assoggettamento a vincoli di *must carry*<sup>16</sup>. Il fatto d'essere gravate da tali vincoli garantisce a quelle piattaforme la (ri)diffusione dei canali ai quali è riconosciuto il relativo *status*. L'applicazione di misure di *must carry* per tale via, però, ha del paradossale: in quest'ottica, infatti, da strumenti tesi ad assicurare l'accesso dei contenuti alle reti (come richiesto dai fornitori di contenuti), le *must carry rules* divengono un mezzo per garantire alle reti, nelle persone dei gestori delle piattaforme ad esse relative, l'accesso ai contenuti. Ciò evidenzia, comunque, indiscu-

<sup>15</sup> Sulle peculiarità del *must carry* nel nuovo quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche è utile richiamare il disposto dell'art. 31 della dir. 2002/22/CE del 7 marzo 2002, in G.U.C.E. L108/51 del 24 aprile 2002, sul servizio universale, laddove si afferma che «gli Stati membri possono imporre ragionevoli obblighi di trasmissione per specifici canali e servizi radiofonici e televisivi nei confronti delle imprese soggette alla loro amministrazione che forniscono reti di comunicazione elettronica destinate alla distribuzione di servizi di diffusione televisiva o radiofonica al pubblico se un numero significativo di utenti finali di tali reti le utilizza come mezzo principale di ricezione di tali servizi di diffusione. Tali obblighi sono imposti solo qualora siano necessari a soddisfare precisi obiettivi di interesse generale e sono proporzionati e trasparenti. Essi sono soggetti a revisione periodica». La Commissione europea ha lanciato il 29 giugno 2006 una consultazione pubblica mirante a promuovere l'aggiornamento del quadro regolamentare in materia di comunicazioni elettroniche adottato nel 2002 (ed implementato in Italia attraverso l'adozione del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, in G.U. 15 settembre 2003, n. 214, comunemente noto come «Codice delle comunicazioni elettroniche») al quale appartengono principalmente, oltre alla dir. cit., la dir. 2002/19/CE in G.U.C.E. L108 del 24 aprile 2002, p. 7 ss., la dir. 2002/20/CE in G.U.C.E. L108 del 24 aprile 2002, p. 21 ss. e la dir. 2002/21/CE in G.U.C.E. L108 del 24 aprile 2002, p. 33 ss., rispettivamente su i criteri di accesso e interconnessione alle reti (c.d. direttiva accesso) la prima, sullo snellimento delle procedure e le semplificazione dei titoli abilitativi necessari agli operatori

per entrare nel mercato delle comunicazioni (c.d. direttiva autorizzazioni) la seconda, sui principi di riferimento, gli obiettivi e le procedure per una politica regolamentare europea sui servizi e le reti di comunicazione elettronica (c.d. direttiva quadro) la terza. Il processo di revisione di questi strumenti normativi, dettato da esigenze di adattamento dello stesso all'avanzamento della tecnologia e dall'evoluzione dei mercati, è tutt'ora in corso anche se non sembra diretto a modificare le previsioni circa il *must carry*. Aggiornamenti circa l'iter del processo di revisione possono ricavarsi attraverso il portale [http://europa.eu.int/information\\_society/index\\_it.htm](http://europa.eu.int/information_society/index_it.htm).

<sup>16</sup> Cfr. P. VALCKE, *The Future of Must-Carry, in To have or not to have*, cit., pp. 31-40, dove viene menzionato il caso dell'operatore *incumbent* di telecomunicazioni in Belgio (ossia la compagnia Belgacom, di cui all'indirizzo web <http://www.belgacom.be>) il quale, nel 2004, si è adoperato per essere assoggettato agli obblighi di *must carry* onde garantirsi la trasmissione di alcuni contenuti (quelli, in particolare, della televisione fiamminga) altamente attrattivi per un gran numero di spettatori (pp. 33-34). Il comportamento di Belgacom, sottolinea l'A., era (e continua ad essere) dettato principalmente dai timori che quei contenuti divenissero (e divengano) oggetto di un'esclusiva a favore di una piattaforma di distribuzione via cavo: un effetto, questo, che se verificato, avrebbe reso (o renderebbe) di sicuro più fiacca la capacità competitiva della stessa Belgacom come *new entrant* nel settore della distribuzione di contenuti audiovisivi.

tibilmente, lo stretto nesso tra le istanze d'accesso alla rete da parte dei fornitori di contenuti e le richieste avanzate dagli operatori di rete (soprattutto da quelli nuovi sul mercato) miranti ad ottenere l'accesso ai contenuti disponibili ai primi e necessari agli stessi operatori per strutturare un'offerta allettante e competitiva. Poiché le due diverse (per provenienza soggettiva, e per oggetto) richieste d'accesso s'intrecciano, non sembra fuori luogo favorire, in maniera simmetrica e bilanciata, una corrispondenza tra misure di *must carry* e di *must offer*. In un sistema fondato sulla tecnologia digitale ed articolato nella presenza di più piattaforme trasmissive dei segnali televisivi, di fronte ad un approccio regolamentare che sponsorizza una reale neutralità dal punto di vista tecnologico nel trattamento degli operatori di quel sistema, costruire un parallelo tra gli obblighi di *must carry* e quelli di *must offer* è un'ipotesi degna di considerazione. I *broadcasters* che hanno il diritto d'accesso alle reti (ossia alle piattaforme distributive) e che sono assoggettati allo *status* di *must carry*, potrebbero essere, a loro volta, gravati dall'obbligo di offrire i propri contenuti a tutte le piattaforme che ne facciano richiesta, in modo tale da consentire alle stesse di competere efficacemente con le altre e di realizzare, al tempo stesso, la più ampia diffusione possibile di determinati contenuti.

Questa posizione si rafforza se si prende in considerazione la possibilità che anche programmi del servizio pubblico radiotelevisivo (oltre, eventualmente, ai programmi soltanto commerciali), e magari quelli, aggiuntivi rispetto ai tradizionali, concepiti facendo leva sulla tecnologia digitale, possano essere acquistati, ai fini della loro (ri)distribuzione, solo da parte di una piattaforma (o, tutt'al più, solo da alcune di esse). È conforme alla missione di servizio pubblico, addotta, spesso, a motivo del riconoscimento dello *status* di *must carry* ai canali che la svolgano, prediligere, da parte di chi la esplica e si avvantaggia di tale *status*, la (ri)distribuzione di propri programmi affidata, in esclusiva, magari, soltanto ad alcune piattaforme? Non sarebbe preferibile, tenendo conto della loro missione, imporre, in riferimento ai programmi che l'attuano, un obbligo di cessione indiscriminata a favore di tutte le piattaforme che chiedano la possibilità della loro (ri)trasmissione<sup>17</sup>? Per questi specifici programmi, nei quali la natura pubblicistica degli interessi perseguiti ha, per definizione, il sopravvento sugli altri, gli obblighi di cessione indiscriminata tra

<sup>17</sup> Cfr. VALCKE, *The Future*, cit., p. 34, laddove, ampliando la portata di questi interrogativi, ci si chiede: «should public broadcasters [...] bear themselves the financial burden of being present on *all* platforms (in order to fulfil their duty to univer-

sal coverage), or can we consider the decision about the presence or absence of public broadcasters on various platforms as a purely commercial issue (which in turn depends on the financial situation and business models of network operators)? ».

le varie piattaforme realizzerebbero — come si notava a proposito del diritto anglosassone — più di un interesse meritevole di tutela: consentirebbero essi, infatti, di apprezzare tanto una maggiore competizione tra le piattaforme che una più ampia diffusione dell'informazione nella società.

Dall'esperienza fatta a proposito di obblighi di *must offer* dagli ordinamenti giuridici brevemente richiamati, potrebbe attingere e prende spunto anche il legislatore italiano, nonché conseguentemente il regolatore del settore. In un momento tanto delicato quanto l'attuale nel quale si assiste, nel nostro Paese, all'avvento (sempre più imminente, se non già consumato) sul mercato televisivo di più piattaforme in grado di trasmettere contenuti audiovisivi — oltre a quella digitale terrestre, che adesso è in piena fase d'avvio, si è di recente registrato il lancio commerciale di offerte di alcuni programmi televisivi (in digitale) fruibili attraverso videofonino, o di altri programmi che arrivano nelle case passando per una rete via cavo sempre più diffusa —, il legislatore potrebbe attentamente valutare la necessità di riconoscere alcune forme di diritto d'accesso ai contenuti, in grado di limitare lo strapotere di mercato degli *incumbents* e di aprire il sistema televisivo multipiattaforma a vera concorrenza e tangibile pluralismo. L'imposizione di obblighi di tipo *must offer*, che consentano, ad esempio, l'accesso ai contenuti da parte di tutte le piattaforme (ed in particolar modo, quindi, anche da quelle emergenti) che aspirino a diffonderli, potrebbe rappresentare utilmente una linea di misure da prevedere nelle forme opportune per disciplinare le sorti del sistema radiotelevisivo digitale: potrebbe trattarsi di misure (almeno nella fase attuale, evidentemente) asimmetriche (destinate a colpire i forti gruppi imprenditoriali, verticalmente integrati) e, quindi, opportunamente limitate nel tempo, per quel tanto, almeno, da considerare sufficiente a rimuovere gli ostacoli a pluralismo e concorrenza presenti sul mercato. Potrebbero, sulla scia di quanto è previsto in Inghilterra, affiancare la negoziazione dei contenuti tra i loro fornitori e gli operatori di piattaforma, in modo da imporre ai secondi il diritto d'accedere ai contenuti dei primi, ed a questi ultimi, rispettivamente, l'obbligo di far fronte a quelle richieste, negoziando i diritti di (ri)diffusione di quei contenuti in modo non discriminatorio, secondo pratiche improntate a equità e trasparenza. Potrebbero, in primo luogo, interessare la (ri)trasmissione dei canali televisivi in chiaro, controllati da RAI S.p.a. e RTI S.p.a.: questi editori, obbligati a cedere i loro contenuti, per vie negoziali (non discriminatorie), a piattaforme che garantirebbero una più ampia diffusione degli stessi, sarebbero posti in condizione di ampliare il pubblico degli spettatori dei loro canali, e, quindi, incrementare i loro profitti attraverso la vendita dell'*audience* sul mercato pubblicitario.

Nel futuro della disciplina nazionale del sistema radiotelevisivo multipiattaforma, insomma, la previsione di obblighi/diritti d'ac-

cesso ai contenuti, così come degli speculari obblighi/diritti d'accesso alle reti, essendo un terreno sul quale possono conciliarsi molteplici interessi, è una via da sondare per verificare se possa efficacemente condurre verso un contesto più concorrenziale e quindi — anche se non in modo meccanico — tendenzialmente più pluralista.

### 3. L'ORDINAMENTO ITALIANO DELLE COMUNICAZIONI: VERSO UN DIRITTO DI ACCESSO AI CONTENUTI?

Per quel che riguarda l'ordinamento giuridico nazionale, s'intravede nel dettato di una norma vigente introdotta di recente nella disciplina della radiotelevisione, una prima base per il riconoscimento di una garanzia giuridica dell'accesso ai contenuti. La norma in questione è contenuta nell'articolo 5, comma 1, lettera *f*) del Testo Unico della Radiotelevisione<sup>18</sup> (di seguito, semplicemente, Testo Unico) dove, tra i principi generali ai quali il sistema radiotelevisivo deve conformarsi affinché siano salvaguardati il pluralismo e la concorrenza del medesimo, viene indicato l'« obbligo per i fornitori di contenuti, in caso di cessione dei diritti di sfruttamento degli stessi, di osservare pratiche non discriminatorie tra le diverse piattaforme distributive, alle condizioni di mercato, fermi restando il rispetto dei diritti d'esclusiva, le norme in materia di diritto d'autore e la libera negoziazione tra le parti »<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Ossia del d.lgs. n. 177/2005.

<sup>19</sup> I problemi inerenti il diritto d'autore e i diritti connessi, che pur sono centrali per acquistare programmi da mettere a disposizione del pubblico e possono essere l'ostacolo determinante per impedire l'accesso, non sono trattati in queste pagine: costituiscono una questione a sé e di enorme complessità, resa dalle nuove tecnologie di regolamentazione assai ardua. Le leggi nazionali, che risalgono a periodi molto lontani, sono state via via aggiornate per tener dietro sia alle nuove modalità diffusive che alle tecniche di mercato invalse. E anche in questo settore si è fatta nutrita ed ha sprigionato forti impulsi di revisione la produzione sovranazionale, e specificamente europea, in particolare con la dir. 2001/29/CE del 22 maggio 2001 (in G.U.C.E. L 177 del 22 giugno 2001) che investe taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. Essa prende in esame (ovviamente per le opere protette) il diritto di riproduzione, il diritto di comunicazione o di messa a disposizione del pubblico e il diritto

di distribuzione, stabilendo anche le opportune eccezioni e limitazioni. Non sfugge al provvedimento che « lo sviluppo tecnologico agevolerà la distribuzione delle opere, in particolare in rete, il che comporterà la necessità per i titolari dei diritti di identificare meglio l'opera o i materiali protetti, l'autore dell'opera o qualunque altro titolare di diritti e di fornire informazioni sui termini e sulle condizioni di utilizzo dell'opera » (cons. 55). Ne derivano conseguenze sconvolgenti sia per il nuovo ruolo delle società di gestione collettiva, sia per la gestione delle licenze collettive e per le misure di sicurezza e antipirateria da adottare da parte degli Stati. Interessanti ai fini di esplorare le novità introdotte dalle tecnologie digitali sono i *Digital Rights Management systems* (DRMs): sistemi informativi attraverso i quali i titolari potranno amministrare i loro diritti nello scenario digitale, modellando le relative licenze e tariffando in modo flessibile il *downloading* dei singoli *files*. Cfr. su questa problematica S. ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, Torino, Giappichelli 2004, pp. 348-353.

Questa disposizione, che riprende quasi esattamente la formulazione del medesimo articolo contenuto nella legge n. 112 del 2004<sup>20</sup>, rappresenta, di per sé, un'indiscussa novità nel panorama dell'ordinamento normativo italiano. Per la prima volta in una fonte normativa di livello nazionale, infatti, si fa riferimento alla configurazione di un obbligo che assomiglia a quello (generico) di *must offer*: ci si rivolge ai fornitori di contenuti e si impone loro un vincolo di cessione, a favore di tutte le piattaforme distributive che ne facciano richiesta — in ossequioso rispetto al principio di neutralità tecnologica, che è il fulcro della rinnovata regolamentazione delle comunicazioni digitali<sup>21</sup> —, dei diritti di sfruttamento sui contenuti dei quali dispongono. In particolare, come per una vera e propria misura di *must offer*, l'obbligo di cessione dei contenuti previsto è sostenuto dal principio di non discriminazione: il fornitore di contenuti, destinatario della richiesta avanzata da parte di una piattaforma trasmissiva circa la cessione a favore di questa dei diritti di sfruttamento dei contenuti a lui appartenenti, è tenuto a comportarsi verso la richiedente in modo analogo, per quanto riguarda le modalità economiche e sostanziali di realizzazione della cessione — la quale, come precisa la norma, deve essere praticata, comunque, secondo le condizioni di mercato —, a come si è comportato (o si comporterà) nel momento della realizzazione della stessa operazione economica nei confronti di qualsiasi altra piattaforma. La nuova norma, dunque, appare di particolare utilità nel contrastare le storture concorrenziali derivanti, in particolare modo, dalle strategie delle

Le politiche di protezione dei contenuti hanno effetti economici rilevanti, che necessitano acute capacità di previsione. E. PROSPERETTI osserva, in *I diritti di diffusione nell'era della convergenza* (scritto per l'ISIMM, Roma 2003, in corso di pubblicazione), che « d'altra parte [...] le protezioni digitali non sono altro che il tentativo della tecnologia di fare quello che il diritto, per il momento, non riesce più ad assicurare: tutelare il diritto d'esclusiva, o comunque i diritti sui contenuti di cui ciascun operatore/autore è titolare ». Ai fini di rafforzare i sistemi di protezione e di coordinare la lotta all'illegalità è stata adottata un'ulteriore dir., la 2004/48/CE del 29 aprile 2004 (in G.U.U.E. L 157 del 30 aprile 2004), detta *enforcement*, recepita in Italia col d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (in G.U. n. 82 del 7 aprile 2006): con esso vengono introdotte importanti integrazioni nella l. 22 aprile 1941, n. 633 (in G.U. n. 166 del 16 luglio 1941), essenzialmente di natura processuale. Parallelamente e contro questa linea di indurimento protet-

tivo si sono sviluppati movimenti e pratiche che esaltano la diffusione, non di necessità sottoposta a remunerazione, delle opere dell'ingegno e dei programmi in cui esse siano incorporate: *Creative Commons*, *Free Software*, *Foundation* ed altri.

<sup>20</sup> Cfr. art. 5, c. 1, lett. f), l. 3 maggio 2004, n. 112 in G.U. n. 104 del 5 maggio 2004, Supplemento Ordinario n. 82.

<sup>21</sup> A. PACE-M. MANETTI, *Commentario. Rapporti civili. Art. 21*, Bologna, Zanichelli 2006, fanno notare, in proposito, che dall'art. 5, c. 1, lett. f), l. n. 112/2004, « consegue che "proprio al fine di promuovere taluni servizi indipendentemente dalla tecnologia utilizzata" (principio di neutralità tecnologica) il fornitore di contenuti A che utilizzi una piattaforma del tipo X (ad esempio, digitale terrestre) non può ingiustificatamente opporsi alla richiesta (intesa da ottenere la cessione dei diritti di sfruttamento di un suo programma) a lui rivolta dall'operatore di rete B che utilizzi un tipo di piattaforma meno sviluppato del tipo X » (ivi, p. 678).



piattaforme verticalmente integrate: i fornitori di contenuti, infatti, appartenenti ad un gruppo mediatico connotato da forti tratti d'integrazione verticale, travolti, al pari d'ogni altro fornitore di contenuti, dall'obbligo di cedere il materiale del quale dispongono senza discriminare tra le varie piattaforme, dovrebbero aprirsi al mercato, rendere accessibili i loro contenuti a più di un operatore di rete, e rompere, così, quelle barriere associate ai fenomeni d'integrazione verticale che tanto d'ostacolo sono nello sviluppo di un sistema con più operatori (o piattaforme) in concorrenza reale tra loro.

Se la misura di cui all'articolo 5, comma 1, lettera f) del Testo Unico si limitasse a prevedere questo semplice e generico obbligo di offerta, non discriminatoria, dei contenuti da parte dei loro fornitori, di un obbligo, quindi, indifferentemente rivolto a tutte le diverse piattaforme trasmissive, ci troveremmo davanti ad un sensazionale riconoscimento normativo di un diritto d'accesso ai contenuti garantito (indirettamente, ma indubitabilmente) a queste stesse piattaforme: un diritto che avrebbe, oltretutto, grandi margini di applicabilità in quanto invocabile nelle fattispecie più disparate. Non si fa, infatti, riferimento, nella norma in questione, a particolari piattaforme o a particolari forme di cessione che, invece, sono specifico oggetto delle misure, di natura diversa rispetto a quella legislativa, esaminate di seguito. Un diritto, per di più, invocabile per i contenuti più diversi — l'articolo del Testo Unico qui commentato non specifica quali tipologie di contenuti debbano essere considerate come oggetto dell'obbligo d'offerta — e, soprattutto, senza distinzioni nei confronti di tutti gli operatori, prescindendosi dal loro potere di mercato. A stemperare con vigore la carica fortemente innovativa che quest'obbligo/diritto d'offerta/d'accesso dei/ai contenuti potrebbe avere, però, è più d'un inciso dello stesso articolo 5, comma 1, lettera f): primo tra tutti l'«in caso di cessione» che segue, poco dopo l'*incipit* della norma, la sanzione dell'obbligo d'offerta dei contenuti gravante sui loro fornitori. Già di per sé, l'espressione «in caso» fa calare un'aura d'indeterminatezza, di precarietà, d'eventualità: un obbligo di cessione che si è tenuti ad osservare «in caso» di cessione, suona un po' come una contraddizione in termini. Per non far, quindi, stridere il dettato logico della norma, sembrerebbe opportuno interpretare (riduttivamente) l'obbligo di cessione dei contenuti in modo da sostenere che esso assume forma e cogenza nel momento in cui la parte che abbia intenzione di esercitare la propria libertà negoziale non potrà farlo indiscriminatamente, ma dovrà attenersi al vincolo di offrire i propri contenuti senza discriminazione nei confronti dei vari acquirenti dei medesimi: l'obiettivo della cessione senza discriminazioni è, così, il vero movente, si ritiene, della sanzione normativa dell'obbligo d'offerta dei contenuti. Si è detto libertà ne-

goziale: questa, infatti — ecco un altro inciso contenuto nella norma — viene identificata come il presupposto dell'esercizio del diritto d'accesso ai contenuti, come forma indiretta e contrapposta all'obbligo di cessione degli stessi. Inoltre, l'articolo 5, comma 1, lettera f) del Testo Unico frena la costruzione di un solido diritto d'accesso facendo salva, sembra, anche nel momento di esercizio del medesimo diritto, la «libera negoziazione tra le parti». A monte della possibilità d'esercizio del diritto d'accesso ai contenuti non starebbe, quindi, solamente la volontà della parte che dispone dei medesimi (il fornitore di contenuti, cioè) di cederli così che, solo qualora quest'ultimo liberamente optasse per la cessione, scatterebbe nei sui confronti l'obbligo di operarla senza discriminazioni verso eventuali altre controparti della stessa: quel «fermo restando il rispetto della libertà negoziale», posto a chiusura della disposizione, potrebbe addirittura essere interpretato come un limite diretto ad inficiare la valenza prescrittiva dell'obbligo di cessione non discriminatoria. In dottrina, però, si fa notare che quest'ultima lettura conferirebbe al testo della norma un significato contraddittorio (se non privo di utilità) e che pertanto sia preferibile intendere il richiamo della libertà negoziale tra le parti come un rimando ad una libertà di fondo di regolamentazione economica dei loro rapporti, che non può, comunque, contraddire il principio della non discriminazione, né tanto meno la natura obbligatoria del vincolo di cessione: il quale, sempre secondo la stessa dottrina, svolgerebbe la funzione di misura asimmetrica con l'obiettivo di riequilibrare la concorrenza (e creare le precondizioni che salvaguardino il pluralismo) nel mercato televisivo multiplatforma<sup>22</sup>. È difficile immaginare come possa generarsi effettiva concorrenza se si permette che — si tratta di un'altra precisazione contenuta nella norma in questione — nei rapporti aventi ad oggetto la cessione dei contenuti vengano fatti salvi «i diritti d'esclusiva» (oltre che la normativa sul diritto d'autore): non si capisce come sia possi-

<sup>22</sup> Cfr. PACE-MANETTI, *Commentario*, cit., dove si afferma che «inserito tra i principi posti sia dalla legge Gasparri che dal t.u. della radiotelevisione "a salvaguardia del pluralismo e della concorrenza del sistema radiotelevisivo", l'art. 5, c. 1, lett. f) (sia dell'una che dell'altro) nell'attuale situazione duopolistica facente capo a RAI e Mediaset, acquista il valore e la funzione di una norma asimmetrica, a tutela della concorrenza tra i mezzi» (ivi, p. 679). Secondo gli AA., infatti, non può che trattarsi di una norma asimmetrica, «quale che fosse al riguardo il concreto intento del legislatore, il cui scarso entusias-

simo traspare dalla clausola [...] che fa salva "la libera negoziazione tra le parti"». Ne consegue che tale richiamo implica soltanto che nella regolamentazione economica della cessione dei diritti di sfruttamento di un dato programma debbano essere tenute presenti la qualità delle parti e il tipo di utilizzazione al quale quel dato programma sarà sottoposto, ma non esclude la valenza prescrittiva dell'obbligo di cessione, altrimenti si dovrebbe ammettere che il legislatore abbia previsto una disposizione non solo intrinsecamente contraddittoria, ma addirittura inutile» (ivi, p. 679, nota 179).

bile realizzare una cessione non discriminatoria a favore di piattaforme diverse se si consente l'ottenimento (o il mantenimento) da parte di una di queste dei diritti di sfruttamento in esclusiva dei contenuti offerti da un fornitore. L'esclusiva, insieme ad altri diritti consimili riguardanti l'acquisto di forme privilegiate nella trasmissione (e relativa protezione) dei contenuti acquisiti, è l'ostacolo più consistente alla libera circolazione dei medesimi e, quindi, al decollo di dinamiche concorrenziali tra le piattaforme. Tornerebbe, allora, utile interpretare la norma in oggetto come « principio generale a salvaguardia della nascente competizione tra piattaforme trasmissive, in un ottica di neutralità tecnologica »<sup>23</sup> ed intervenire, sulla scorta di essa, predisponendo appositi vincoli attuativi di questo principio generale sì da colpire i fornitori di contenuti verticalmente integrati ed impedire, perlomeno in questi casi, la conclusione di accordi d'esclusiva (o consimili)<sup>24</sup>. In tal modo apparirebbe più evidente quella natura di misura asimmetrica che magari la norma di per sé non ha, ma che si ricava dal disposto.

Dal quadro tracciato emerge senza dubbio come, nonostante l'apertura mostrata dalla norma del Testo Unico qui considerata, si sia ancora lontani dalla previsione di un obbligo/diritto d'accesso ai contenuti per via normativa: la garanzia dell'accesso ai contenuti fornita da regole *ex ante* presenta, per adesso, solo tratti di un « rudimentale ed essenziale intervento »<sup>25</sup>. Ben più corposa ed incisiva (anche se circoscritta ad alcuni aspetti particolari, come quelli legati all'accesso ai contenuti di pregio nel mercato della tv a pagamento), invece, come si noterà di seguito, è la disciplina di questo diritto ricavabile da specifici interventi compiuti dalle Autorità antitrust. Si ritiene, in ogni caso, che provvedimenti di carattere antitrust da soli non siano sufficienti (soprattutto nella delicata ed attuale fase d'avvio del mercato televisivo multiplatforma) nel garantire l'accesso ai contenuti da parte degli operatori di rete. La configurazione, quindi, di misure normative, fondate sull'asimmetria (sulla capacità, cioè di colpire i soggetti quali le piattaforme verticalmente integrate, che rappresentano un rischio per gli assetti concorrenziali del mercato, onde favorire i

<sup>23</sup> Di FELICANTONIO, *Competizione tra piattaforme*, cit., p. 564.

<sup>24</sup> Di FELICANTONIO afferma che « in un'ottica di maggiore salvaguardia e per dosare ulteriormente il campo di applicazione di tale misura restrittiva, i limiti potrebbero essere introdotti solo a carico di fornitori di contenuti integrati con piattaforme che detengono un notevole potere

di mercato a seguito di un'analisi che configuri tali accordi come possibili barriere all'accesso di nuovi soggetti nel mercato » (*ibidem*).

<sup>25</sup> F. GRAZIADEI-G. RIZZO-A. STAZI, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, in *questa Rivista*, n. 3/2005, p. 552, nota 32.

deboli nuovi entranti) ha tutte le caratteristiche per rappresentare un passaggio ineludibile a garanzia, da un lato, dell'evoluzione concorrenziale del mercato radiotelevisivo multiplatforma e dall'altro dell'affermazione in esso delle precondizioni necessarie per accrescere il pluralismo dei mezzi e delle fonti d'informazione che consegue all'effettivo riconoscimento della libertà costituzionale di manifestazione del pensiero.

#### 4. IL CASO SKY E L'ACCESSO AI CONTENUTI *PREMIUM*.

Più solida e concreta, anche se molto circoscritta nell'applicazione, in ragione della sua origine e della sua natura, ben diverse da quelle della precedente, è la disciplina di una forma d'accesso ai contenuti rinvenibile nella decisione (d'ora innanzi, la Decisione)<sup>26</sup> che la Commissione europea ha adottato, il 2 aprile 2003, allorché ha autorizzato la società NewsCorp (estesa-mente, The News Corporation Limited), *media conglomerate* attivo su scala globale, a realizzare la concentrazione (da essa proposta) tra le due piattaforme di tv satellitare — caratterizzate dall'utilizzo della tecnologia DTH (*Direct To Home*), ossia del tipo di trasmissione che consente una ricezione diretta dei segnali satellitari mediante antenne paraboliche, distribuite su base individuale —, al tempo operanti entrambe nel mercato italiano della televisione a pagamento, dando vita alla c.d. Piattaforma Unica satellitare (o piattaforma combinata, naturalmente, satellitare). Nello specifico ambito di questo mercato, quindi, occorrerà soffermarsi, focalizzando l'indagine sugli aspetti che emergono da quella Decisione e interessano i rapporti della nuova piattaforma televisiva satellitare con le altre piattaforme distributive (operanti nello stesso segmento della televisione a pagamento) in tema di accesso ai contenuti, ed in modo particolare, alla categoria di quelli pregiati (i c.d. contenuti *premium*).

È nel 2003 che nasce la Piattaforma Unica satellitare Sky Italia S.r.l. come risultato della fusione delle due principali piattaforme già operanti nel mercato nazionale della televisione via satellite a pagamento, Stream S.p.a. e Telepiù S.p.a.<sup>27</sup>. Fallito un primo tentativo di concentrazione avanzato dal gruppo al quale Telepiù S.p.a. faceva capo, nonostante il via libera (condizionato) dell'AGCM in merito<sup>28</sup>, è, ora, sotto l'egida di NewsCorp (all'epoca

<sup>26</sup> Decisione della Commissione 2 aprile 2003, sul caso n. COMP/M. 2876 - *NewsCorp/Telepiù*, notificata con il n. C(2003)1082 (d'ora in poi, in nota, semplicemente Dec.).

<sup>27</sup> Una ricostruzione storica ragionata delle vicende del mercato della tv satellita-

re a pagamento in Italia è offerta da G. BENIGNI, *Apocalypse Murdoch*, Roma, Cooper & Castelvechi 2003. Per informazioni su NewsCorp Ltd. e Sky Italia S.r.l., rispettivamente, cfr. <http://www.newscorp.com> e <http://www.skylife.it>.

<sup>28</sup> Si tratta del provv. 13 maggio 2002,

partecipante in Stream) e sulla base dell'assenso della Commissione europea, chiamata in causa a seguito delle dimensioni economiche di Newscorp<sup>29</sup>, che la medesima operazione si realizza: Sky risulta, così, l'unico operatore satellitare a proporre un'offerta di contenuti radiotelevisivi in modalità *pay-tv*, cioè con sottoscrizione da parte dell'utente finale di un abbonamento modulato in base alla possibilità di combinare diversi pacchetti che raggruppano vari contenuti<sup>30</sup>.

La Decisione della Commissione richiama, non solo implicitamente<sup>31</sup>, il provvedimento adottato dall'AGCM sul caso *Groupe Canal+/Stream*: come il provvedimento dell'AGCM, così anche la Decisione si concentra sul tema dell'accesso ai contenuti. Preliminarmente, comunque, più in generale, la Commissione fornisce le proprie argomentazioni a supporto dell'assenso alla concentra-

n. 10716, in Bollettino 27 maggio 2002, n. 19, p. 5 ss.. Dal provv. emerge il tema dell'accesso ai contenuti e delle forme della loro disponibilità da parte di operatori diversi da quello satellitare. L'importanza della circolazione dei contenuti (particolarmente quelli pregiati), volano per lo sviluppo di nuove piattaforme distributive, è ben evidente laddove l'AGCM afferma che «la competizione tra le emittenti a pagamento avviene principalmente sulla base del tipo di programmazione offerta che, per attrarre telespettatori disponibili a pagare un abbonamento, si deve caratterizzare attraverso contenuti che siano per i telespettatori particolarmente attraenti. In tale contesto si spiega la diffusa utilizzazione dell'esclusiva nell'acquisizione dei diritti, strumento che consente alle emittenti di assicurarsi prodotti di cui i concorrenti non possono disporre e di competere soprattutto attraverso la differenziazione del prodotto» (provv. 10716/2002, Par. IV, n. 18-19). Alla luce di queste (ed altre) ragioni l'AGCM concede l'assenso alla concentrazione a condizione del rispetto di «rimedi», impegni e vincoli, cioè, da osservare nel porre in atto la strategia commerciale di acquisto/distribuzione dei contenuti che, proposti dalla stessa TELEPIÙ ed «integrati e/o riformulati dall'Autorità, appaiono tali da impedire effetti restrittivi duraturi sul mercato della Tv a pagamento, nella misura in cui determinano una significativa riduzione delle barriere all'entrata sulla piattaforma satellitare e, al contempo, rendono possibile, attraverso la disponibilità dei contenuti, lo sviluppo di mezzi trasmissivi alternativi alla piattaforma satellitare» (ivi, Par. VI, n. 170). La competenza dell'AGCM nel caso di specie discende dall'avveramento dei presupposti

indicati dall'art. 16, c. 1, l. 10 ottobre 1990, n. 287, in G.U. n. 240 del 13 ottobre 1990.

<sup>29</sup> Cfr. reg. CEE 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo sulle operazioni di concentrazione tra imprese, in G.U.C.E. L 257 del 21 settembre 1990, p. 13 ss. (già modificato dal reg. CE 1310/97 del Consiglio, del 30 giugno 1997, in G.U.C.E. L 40 del 13 febbraio 1998, p. 17 ss., e di recente di nuovo emendato da reg. CE 139/2004 del Consiglio, del 24 gennaio 2004, il c.d. «Regolamento comunitario sulle concentrazioni», in G.U.U.E. L 24 del 29 gennaio 2004, p. 1 ss.), sul quale si basa il caso oggetto della Dec..

<sup>30</sup> Tale offerta comprende un pacchetto base che include alcuni programmi distribuiti (anche in chiaro) sulla rete diffusa terrestre, con l'aggiunta di altri programmi nazionali ed internazionali, anche a carattere tematico. L'offerta base (i c.d. contenuti, o il pacchetto, *basic*) è ampliata mediante l'inserimento (a richiesta dell'utente, all'atto dell'abbonamento alla piattaforma) di alcuni gruppi di canali, specificamente dedicati a contenuti quali lo sport ed il cinema, nonché di alcuni altri canali opzionali che trasmettono, rispettivamente, ad esempio, musica o programmi per ragazzi. Inoltre, è prevista anche una forma d'acquisto e fruizione di contenuti audiovisivi particolari in modalità *pay-per-view* o *near-video on-demand*. Di non confrontabile incidenza è l'offerta che fa capo ad una piattaforma che trasmette programmi, in chiaro, diffusi dai satelliti appartenenti alla società Eutelsat S.p.a., per informazioni sulla quale cfr. <http://www.eutelsat.com>.

<sup>31</sup> Cfr. Par. I, n. 15, Dec.

zione. Da un lato, infatti, pur ammettendo di dare il via libera alla creazione di una entità capace di detenere « una posizione monopolistica sul mercato della pay-TV e una posizione quasi-monopolistica nei mercati inerenti l'acquisto dei film *premium*, dei diritti per le squadre di calcio, dei canali televisivi »<sup>32</sup>, si indicano gli effetti che una mancata autorizzazione produrrebbe, nel caso di specie, a danno dei consumatori (nonché di altri soggetti, come, in particolar modo, i *clubs* calcistici) legati alle preesistenti piattaforme esposte, altrimenti, date le precarie condizioni economiche delle quali soffrono, a rischio di scomparsa<sup>33</sup>. Si precisa poi anche, però, che la c.d. eccezione dell'impresa in stato d'insolvenza, raramente riscontata come consistente dalla Commissione, non si attaglia alle condizioni nelle quali queste ultime versano<sup>34</sup>. Nell'as-

<sup>32</sup> Dec., Par. VI, n. 227.

<sup>33</sup> « Il rischio che Stream esca dal mercato, se dovesse [comunque] materializzarsi, è un fattore di cui tener conto nella valutazione della concentrazione in causa » (Dec., Par. V, n. 221). Il danno/disagio che patirebbero i consumatori, in modo particolare, dalla altamente probabile scomparsa di Stream è ben evidenziato in un intervento di M. MONTI (*Antitrust e regolamentazione nell'industria delle comunicazioni elettroniche — principi e prospettive*, reperibile nel pagina web della Commissione, all'indirizzo [http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index\\_theme\\_8.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_theme_8.html)), in veste di Commissario alla concorrenza (carica ricoperta anche nel periodo di adozione della Dec. in analisi), in occasione di un seminario organizzato dall'AGCom a Napoli, il 22 marzo 2004, sul tema *La costituzione del mercato delle telecomunicazioni fisse e mobili: il bilancio dell'era ONP e le prospettive del nuovo quadro regolamentare della UE*. Dichiarò, MONTI, che dall'analisi del caso appariva evidente come « la concentrazione [...] tra le due piattaforme italiane di pay-tv, Stream e Telepiù, [...] avrebbe avuto un impatto molto forte sulla struttura concorrenziale, in particolare sul mercato dei servizi televisivi a pagamento ed in quello dell'acquisizione dei cosiddetti contenuti *premium* quali il calcio ed i film. D'altra parte era altrettanto chiaro che la proibizione non avrebbe impedito l'eliminazione di un operatore, con un danno immediato per i consumatori che avrebbero perso quanto già speso per gli abbonamenti e per l'acquisto dei *decoder*. La scomparsa di uno dei due operatori avrebbe anche messo in difficoltà i club calcistici che avevano già venduto i diritti di radiodiffusione delle loro partite, ed avrebbe causato una riduzione dell'offerta di eventi calcistici

in televisione. [Optando, dunque, come soluzione, per autorizzare la concentrazione, *n.d.a.*] la Commissione ha dovuto concentrare l'attenzione sulle condizioni economiche in cui l'unico operatore rimasto sul mercato avrebbe dovuto operare, rafforzando la concorrenza potenziale ».

<sup>34</sup> Cfr. Dec., Par. V, n. 213-220 : lo scopo dell'eccezione sollevata da Newscorp è quello di ottenere l'assenso alla concentrazione proposta sulla sola base del fatto che le finalità dell'operazione si risolverebbero nel necessario salvataggio della struttura concorrenziale del mercato minacciata qualora, impedita la concentrazione (c.d. di salvataggio, appunto, secondo le argomentazioni di Newscorp) si verificasse la probabile (ed altrimenti inevitabile) uscita dallo stesso mercato dell'« impresa in difficoltà ». Nel respingere le argomentazioni, esposte in merito da Newscorp (cfr. Dec., Par. V, n. 210), è la Commissione stessa a ricordare come essa abbia applicato fino ad allora « solo due volte nelle proprie decisioni il concetto di "concentrazione di salvataggio" [...], nel caso Kaliund Salz/MKD/Treuhand [caso n. IV/M. 308 in G.U.C.E. L 186 del 21 luglio 1984, p. 38 ss.] e nella decisione BASF/ Eurodiol/ Pantochim [caso COMP M. 2314 in G.U.C.E. L 132 del 17 febbraio 2002, p. 45 ss.] » (Dec., Par. V, n. 205). È interessante segnalare che, nel provv. 10716 dell'AGCM, l'Autorità italiana era stata richiesta di concedere l'applicazione della stessa eccezione, ancorata, appunto, alla teoria della *failing firm defence*: eccezione sollevata allora da Telepiù, ma fatta vale sempre nei confronti di Stream (cfr. provv. dell'AGCM, Par. IV, n. 47-54). Anche l'AGCM (come la Commissione europea, alle decisioni della quale in merito alla stessa clausola, l'Autorità italiana fa esplicito riferimento) non ritiene soddisfatto l'onere

sentire alla realizzazione della concentrazione, tuttavia, mossa dal timore di un'involuzione anti-concorrenziale e monopolista del mercato italiano della tv a pagamento, la Commissione non rinuncia a subordinare la sua dichiarazione di compatibilità dell'operazione con il Mercato Comune al rispetto da parte di Newscorp di adeguate condizioni previste nella Decisione<sup>35</sup>: si tratta degli impegni (o, *undertakings*) che la stessa Newscorp ha proposto e ai quali ha vincolato il suo sostanziale ossequio.

Gli impegni assunti da Newscorp sono l'architrate sulla quale poggia la Decisione. La Commissione li ha ritenuti « sufficienti a risolvere i problemi in materia di concorrenza sollevati dall'operazione »<sup>36</sup>. Per « problemi » la Commissione allude a due principali fattori: uno, si potrebbe dire, di carattere tecnico-infrastrutturale, l'altro, invece, di carattere sostanziale-contenutistico. Come primo aspetto, la pervasività della piattaforma tecnica — tutto ciò che comprende, cioè, CAS, EPG, e ogni altro servizio associato alla trasmissione, ricezione e decrittaggio dei segnali radiotelevisivi inviati via satellite — della quale disporrebbe l'operatore satellitare unico, infatti, nonché il probabile utilizzo e sfruttamento della stessa attraverso l'applicazione di tecnologie e *standards* proprietari, rappresenta un indubbio ostacolo alla possibilità che nuovi ed ulteriori operatori di tv satellitare trovino un loro spazio. Poiché creare una rete (satellitare) completamente alternativa a quella della Piattaforma Unica rappresenterebbe un costo difficilmente affrontabile da parte di un (*new*) *competitor*, l'esistenza di concorrenti potenziali dell'operatore unico diventa subordinata alla capacità di questi di raggiungere certi accordi di cooperazione con Newscorp. Sotto il secondo profilo, invece, il potere che acquisirebbe sul mercato la Piattaforma Unica, se non controllato in alcun modo, rischierebbe di originare, da parte di quella piattaforma, pratiche di massiccio approvvigionamento di contenuti pregiati, di ottenimento di esclusive e protezioni per la trasmissione degli stessi, con l'effetto di frapporre strozzature e

probatorio, e quindi respinge l'accoglimento dell'eccezione dell'impresa in stato d'insolvenza: cfr. provv. 10716 dell'AGCM, Par. V, n. 112-124.

<sup>35</sup> Cfr. artt. 1-3 della Dec.. Sostiene, infatti, la Commissione che « una autorizzazione della concentrazione subordinata a condizioni appropriate [è] più favorevole agli utenti di un deterioramento della struttura del mercato causato dalla potenziale cessazione delle attività di Stream » (Dec., Par. V, n. 221).

<sup>36</sup> Dec., Par. VI, n. 226. La Commissione fa riferimento alla versione finale di quegli impegni (contenuta in allegato alla Dec.), presentati (dopo alcune rielabora-

zioni, per le quali cfr. Dec. Par. VI, n. 222-224) alla Commissione stessa da Newscorp il 13 marzo 2003. È alla versione pubblica degli stessi, pertanto, che faremo d'ora innanzi richiamo: essendo, poi, la formulazione in lingua inglese la sola facente fede — come del resto è per l'intera Dec., anche se abbiamo preferito, per comodità, citarla nella traduzione italiana —, ed essendo gli impegni il tema cruciale verso il quale tende la nostra analisi, è in quella lingua che riporteremo loro eventuali citazioni (indicando, semplicemente, Impegni, per fare riferimento al testo dell'allegato alla Dec. che li contiene).

barriere in grado di frenare ogni tentativo di concorrenza da parte di piattaforme alternative: le quali, non disponendo di contenuti (soprattutto quelli *premium*) da trasmettere, non avrebbero grandi *chances* nella raccolta di abbonamenti e, quindi, di esistere competitivamente.

Gli impegni assunti da Newscorp colpiscono il cuore di questi due aspetti. Essi, difatti, sono raggruppabili in tre categorie: una prima contiene una serie di misure volte a favorire la competizione nel mercato della tv satellitare attraverso l'apertura, secondo certe forme, delle infrastrutture della Piattaforma Unica all'accesso di altri soggetti imprenditoriali. Newscorp si è vincolata, così, a consentire l'accesso alla propria piattaforma trasmissiva ai concorrenti (satellitari, effettivi o potenziali) offrendo loro tutti i servizi tecnici a ciò necessari a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie<sup>37</sup>. Di questa prima categoria fanno parte, dunque, misure volte a garantire la concorrenza *infra*-piattaforma. In una seconda categoria si collocano, invece, delle misure che, sempre incentrate sugli aspetti infrastrutturali, mirano a creare opportunità per lo sviluppo di piattaforme alternative a quella satellitare: si tratta, in modo particolare, degli impegni tesi a provocare la dismissione di tutti gli apparati (e delle relative attività) di radiodiffusione terrestre digitale (ed analogica), che la nuova piattaforma avrebbe ereditato dalla incorporata Telepiù, in modo tale da creare margini per l'ingresso di piattaforme alternative in grado di sfruttare efficacemente quest'ultimo sistema trasmissivo, e di competere, così, con Sky<sup>38</sup>. Le misure di questa se-

<sup>37</sup> Per quanto riguarda il tema dell'accesso alla piattaforma, ci si limita ad indicare che Newscorp, oltre a manifestare espressamente la ferma volontà di cooperare (attraverso la Piattaforma Unica) con suoi diretti concorrenti per la conclusione di accordi di *simulcrypt* (basati, cioè, sull'elaborazione di sistemi che consentano agli stessi decodificatori di decifrare segnali criptati secondo tecnologie diverse), più in generale, assume l'obbligo « to grant third-party operators access to the Combined Platform, in order to allow such operators to offer channels that compete with the Combined Platform's retail offer. The Combined Platform's obligation shall consist in the supply of technical services that are necessary and instrumental to the offering of TV channels in Italy (whether free or pay, commercial or promotional). These services will be offered to third parties at fair, transparent, non-discriminatory and cost-oriented conditions » (Impegni, Parte II, par. 11.1). Si segnala che il tema dell'accesso alla piattaforma satellitare era stato posto (e risolto) in termini analoghi

anche nel provv. 10716 dell'AGCM : cfr. Par. IV, n. 63-67, 79, 93, 102-104.

<sup>38</sup> Nella Dec., Par. VII, n. 254-256, si legge che « la dismissione delle attività di trasmissione terrestre da parte di Newscorp dovrebbe impedire che la sua posizione dominante sul DTH si estenda ad altre piattaforme tecniche e, per quanto possibile, consentire la nascita di un potenziale concorrente sul mercato della pay-TV [...]. La dismissione libererà le frequenze analogiche e digitali perché possano sfruttarle altri operatori, nell'assunto che le frequenze digitali rivestano in questo caso particolare importanza a causa delle funzionalità rese possibili dalle tecnologie digitali. Come complemento logico all'impegno di dismissione, Newscorp si è impegnata a non intraprendere attività di DTT né come operatore di rete né come fornitore al dettaglio, consentendo così la nascita di operatori alternativi. Su questo sfondo, l'impegno ad abbandonare le frequenze terrestri e a non intraprendere attività DTT appaiono sufficienti a stabilire condizioni favorevoli per il potenziale



conda categoria si propongono, quindi, di sostenere la concorrenza *inter-piattaforma/e*. Una terza, ed ultima categoria, inoltre, contiene misure lo scopo delle quali è consentire e stimolare la crescita di piattaforme trasmissive diverse dal satellite aprendo, stavolta, a quelle le porte dell'accesso al mercato dei contenuti (ed in particolare a quelli *premium*). Dato che la stessa Commissione scrive che «l'accesso ai contenuti premium, in particolare ai film recenti e alle partite di calcio, ma anche ad altri eventi sportivi, è d'importanza vitale per il successo di una pay-TV»<sup>39</sup>, è evidente come essa si preoccupi di «assicurare che il possesso dei diritti su tali contenuti non possa essere impiegato per impedire nuovi ingressi nel mercato, per conferire un indebito potere sul prezzo o per limitare la disponibilità dei contenuti [medesimi] ai consumatori»<sup>40</sup>: constatando, poi, che «gli impegni [presi da Newscorp relativamente alla gestione dei] contenuti garantiranno che i film di grande richiamo, le partite di calcio e gli altri diritti su eventi sportivi siano disponibili e contendibili sul mercato»<sup>41</sup>, e che, quindi, quelle preoccupazioni possano essere fugate (o, perlo-

ingresso di altri operatori. Inoltre, il fatto che l'acquirente delle frequenze terrestri e delle attività dismesse debba essere un'impresa interessata ad includere nel proprio piano aziendale la trasmissione a pagamento di uno o più canali quando in Italia si sarà compiuta la transizione dalla televisione terrestre analogica a quella digitale assicura che la piattaforma combinata sarà soggetta anche alla concorrenza esercitata dai mezzi di trasmissione DTT». Si rimanda, così, ai par. 9.1-2, Parte II, degli Impegni, dove si prevede che «in relation to DTT, the Committed Group shall not operate in Italy as (i) a Network Operator; or (ii) a Retail Pay-TV Service Operator; and shall not apply for any necessary authorisation to do so. This obligation shall apply both during the current DTT experimentation period and thereafter during the term of the Commitments. Consistent with paragraph above, the Committed Group shall divest, according to the procedure set forth in Part III of the Commitments, the Divested Business. Should the Committed Group be unable to complete the divestiture pursuant to the provisions set forth in Part III of the Commitments, the Committed Group shall return the licences and authorizations for terrestrial broadcasting to the granting government agency, renouncing its rights to the related terrestrial frequencies». Anche in questo caso si segnala come, nel provv. 10716 dell'AGCM, siano stati affrontati gli stessi problemi: cfr. Par. IV, n. 77,

91, 105-106, 142-143, 160-163. Si può sottolineare che, tanto la Commissione quanto l'AGCM individuano nella nascente piattaforma radiotelevisiva digitale terrestre (nel suo complesso) un potenziale *competitor* della Piattaforma Unica satellitare, essendo la prima immaginabile come un altro canale importante per la trasmissione di contenuti audiovisivi pregiati.

<sup>39</sup> Dec., Par IV, n. 181. Poco oltre, si afferma anche che «l'accesso ai diritti è ancora più importante per una pay-TV che non per una televisione in chiaro. Per invogliare gli utenti ad abbonarsi, o ad acquistare determinate produzioni in pay-per-view, certi tipi di contenuti specifici sono di importanza cruciale. Per esercitare un'attrattiva sufficiente, un pacchetto di pay-TV deve includere una combinazione di diritti premium per i film in prima visione, o almeno in seconda visione, e per alcuni eventi sportivi di grande seguito. Ciò vale in particolar modo in Italia, dove, come indicato da Newscorp, ogni abitazione dotata di televisore può ricevere un grande numero di canali gratuiti» (Dec., Par. IV, n. 183).

<sup>40</sup> P. ALEXIADIS-A. PRETA, *Competizione tra piattaforme*, in «Beltel», maggio 2005, p. 61.

<sup>41</sup> Cfr. la nota ufficiale elaborata per stampa in occasione della pubblicazione della Dec., reperibile attraverso il sito Internet [http://ec.europa.eu/comm/competition/press\\_releases/](http://ec.europa.eu/comm/competition/press_releases/).

meno, ragionevolmente e sufficientemente ridimensionate) la Commissione ritiene che la concentrazione, subordinata al rispetto, in modo particolare, di tali fondamentali impegni (tesi a garantire, questi, tanto la concorrenza *inter*-piattaforma/e che quella *in-fra*-piattaforma) possa essere realizzata.

Quali, in concreto, allora, i rimedi proposti da Newscorp, per l'accesso ai contenuti<sup>42</sup>? Schematizzando anche su questo punto, sono individuabili due gruppi di misure proposte: un primo gruppo comprende una serie di accorgimenti che intervengono sull'ampiezza e sulla durata dei diritti di esclusiva e di protezione sui contenuti *premium* (*film* e calcio) già acquistati, od acquisibili in futuro, da parte della Piattaforma Unica. Anzitutto, per quanto riguarda l'ampiezza dei diritti d'esclusiva e di protezione sui contenuti *premium*, la Piattaforma Unica si impegna (da subito ed in prospettiva) a mantenerli per il presente e a conquistarli per il futuro solo relativamente alle trasmissioni satellitari: rinunciando all'esclusività e ad altri diritti di protezione circa la trasmissione di contenuti calcistici o cinematografici su piattaforme alternative a quella satellitare, la contendibilità degli stessi contenuti sul mercato a monte dell'acquisto dei medesimi potrà verisimilmente aumentare e aprire, così, spazi per l'avvento di nuovi potenziali concorrenti<sup>43</sup>. Poi, fermo restando quanto già notato, per ciò che riguarda la durata degli stessi diritti d'esclusiva e di protezione sui

<sup>42</sup> Ci si limita, genericamente, a rinviare, come paragone rispetto a quanto si dirà in dettaglio nel testo, al provv. 10716 dell'AGCM, che contiene, nella Par. IV, n. 75-76, 78, 89-90, 92, 100-101, e nella Par. V, n. 138-141, 144, 151-159, tutte le misure (prima proposte, poi commentate) per l'accesso ai contenuti ideate da Telepiù: le quali hanno moltissimi punti di somiglianza con quelle adottate (su proposta di Newscorp) dalla Commissione nella Dec.. Si segnala solo qui l'esistenza di una misura che prevede (negli stessi termini nel provv. 10716 dell'AGCM, Par. V, n. 164, e negli Impegni, Parte II, n. 10.6) la predisposizione, a carico della piattaforma combinata, di una contabilità separata che consenta di distinguere i costi sostenuti nella produzione e commercializzazione dei propri servizi da quelli sostenuti nell'offerta dei propri canali, così da permettere una corretta applicazione delle misure (in modo particolare, del meccanismo della offerta *wholesale*) descritte più avanti.

<sup>43</sup> « With regard to Stream's and Telepiù's current agreements concerning the encrypted pay-TV transmission of the Serie A and Serie B Championships, the Champions League, the UEFA Cup, and the Coppa Italia, the Combined Platform

shall waive any right of exclusivity, holdback, negative exclusive rights and similar protections with respect to the exploitation of encrypted pay-TV rights on transmission platforms other than DTH, e.g., cable, DTT, UMTS, and Internet » (Impegni, Parte II, n. 2); « with respect to future agreements with the Studios (as well as with brokers or intermediaries selling rights to films produced or distributed by the Studios) the Combined Platform [...] shall not acquire exclusive rights, holdback rights, negative exclusive rights or similar protections for means of transmission other than DTH » (Impegni, Parte II, n. 6.1); cfr. anche Impegni, Parte II, n. 8.1. Nelle definizioni poste come *incipit* al testo degli impegni, gli « studios » vengono individuati come « the Majors [each of Buena Vista Disney, Columbia, MGM, Dreamworks, Paramount, Twentieth Century Fox, Time Warner, Universal, and Medusa in their capacity as producers and distributors of motion pictures] and the Italian Film Producers [producers or distributors, other than Majors, with whom the Combined Platform has an Output Agreement covering motion pictures originally produced in the Italian language and made for theatrical release] ».

contenuti *premium*, occorre distinguere tra quelli già acquistati, poiché relativi ai contratti in atto, e quelli che la Piattaforma Unica potrebbe acquisire mediante la stipula di contratti futuri con i fornitori dei contenuti pregiati. Puntando, da un lato, infatti, sui contratti in atto (al momento della costituzione della Piattaforma Unica), Newscorp s'impegna ad accordare ai fornitori il diritto di rescissione unilaterale (senza penali) dei relativi accordi: tanto i fornitori di contenuti sportivi che quelli di contenuti cinematografici — quest'ultimi, in particolare, essendo vincolati da contratti di lunga durata che di solito si articolano secondo lo schema degli *output deals*, ossia della cessione di tutta una certa produzione disponibile, concessa in licenza per lunghi periodi di tempo<sup>44</sup> — potranno da subito rescindere i loro contratti con la Piattaforma Unica e offrire immediatamente e direttamente i loro contenuti ad altre piattaforme in un mercato, così, più concorrenziale<sup>45</sup>. Intervenendo, poi, dall'altro lato, in prospettiva futura, sui contratti che la piattaforma satellitare combinata concluderà con gli stessi (o altri) fornitori di contenuti pregiati, Newscorp s'impegna, attraverso Sky, ad apporre un limite temporale alla durata degli accordi stipulati: si prevede, infatti, che la Piattaforma Unica potrà condurre negoziati per ottenere diritti di trasmissione (compresa l'esclusiva per la sola diffusione via satellite) sugli eventi calcistici, per una durata non superiore ai due anni, e sui contenuti cinematografici, per periodi di tempo non eccedenti i tre anni<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Negli Impegni, Parte I, con *output agreement* si definisce « an agreement to sell and buy for a defined period of time based on terms and conditions agreed upon by the parties the pay-TV exhibition rights to new productions of motion pictures that have not yet been exhibited on free or pay television in Italy ». Su questo aspetto, e più ampiamente, sulle tematiche generali circa l'accesso ai contenuti, cfr. G. CALABRÒ, *Convergenza nel settore delle comunicazioni*, in E.A. RAFFAELLI, *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Edizioni Bruylant e Giuffrè, Milano 2003, pp. 429-452.

<sup>45</sup> « With regard to Stream's and Telepiù's current agreements concerning Serie A and Serie B Championships DTH transmission, starting from the 2003/2004 season and for each subsequent season during the current term of such agreements, the Combined Platform shall grant to each entity granting to the Combined Platform rights to broadcast such content a unilateral right to terminate the agreements granting such rights to which such entity is party with no applicable penalties and with a

pro rata reduction of the licence fee due or paid to them for the remaining period. In relation to the 2003/2004 season such right will be granted on condition that it is exercised no later than 1st June 2003 and in relation to the 2004/2005 season such right will be granted on condition that it is exercised no later than 1st June 2004 and in each case the entity exercising such right must when doing so repay to the Combined Platform in full any prepayment which such entity has received in respect of transmission rights for future seasons » (Impegni, Parte II, n. 1); « the Combined Platform shall grant to each of the Studios with which Stream or Telepiù currently has an exclusive Output Agreement, a unilateral right to terminate each such Output Agreement to which such Studio is party, to be exercised by not less than six months' prior notice in writing, with no applicable penalties and with a pro rata reduction of the licence fees due to such Studio for the remaining period » (Impegni, Parte II, n. 4).

<sup>46</sup> « With respect to the encrypted pay-TV transmission in Italy of the Serie

Nel complesso, questo primo gruppo di misure mira ad incrementare il tasso di concorrenza nel mercato della tv a pagamento rendendo accessibili certi contenuti pregiati tanto a potenziali nuovi concorrenti sul segmento della trasmissione satellitare, quanto a piattaforme alternative che si sviluppino su segmenti diversi (come quello della tv via cavo, del digitale terrestre o della tv mobile) dello stesso mercato. I primi, infatti, saranno favoriti dai limiti temporali che dovranno essere apposti alle negoziazioni dei diritti sui contenuti (oltre che dalla possibilità che i fornitori rescindano i contratti sui contenuti *premium* già in atto): diritti che, quindi, verranno frequentemente (ad intervalli regolari, si suppone) contesi sul mercato. L'unico serio ostacolo che rimane in quest'ambito è dato dalla persistente possibilità da parte della piattaforma combinata d'acquisire (per le durate indicate a seconda del tipo di contenuto) esclusive e protezioni, relativamente, proprio, alle trasmissioni satellitari dei contenuti pregiati<sup>47</sup>. Le piattaforme alternative, invece, beneficiano più che dei vincoli temporali apposti alle future contrattazioni della Piattaforma Unica satellitare, dell'impossibilità per Sky di acquisire (o mantenere) esclusive e protezioni su modalità trasmissive diverse da quella *pay*, via satellite: esse hanno assicurata la contendibilità permanente dei diritti sui contenuti *premium*, decidendo di (e se) negoziare gli stessi direttamente con i loro fornitori.

A tutto vantaggio, ancora, delle piattaforme alternative non satellitari andrebbero, inoltre, le misure da collocare nel secondo gruppo<sup>48</sup>: le quali si sostanziano in una serie di impegni tesi verso

---

A and Serie B Championships, the Champions League, the UEFA Cup, and the Coppa Italia, the Combined Platform shall not renew Stream's and Telepiù's current agreements or enter into new agreements for the exploitation of the rights concerned on any platform, in either case for a period longer than two football seasons » (Impegni, Parte II, n. 3); « with respect to future agreements with the Studios (as well as with brokers or intermediaries selling rights to films produced or distributed by the Studios) in relation to pay-TV broadcasting in Italy, the Combined Platform shall not enter into any Output Agreement for a term longer than three years on any transmission platform » (Impegni, Parte II, n. 6.1).

<sup>47</sup> Questo ostacolo, a sua volta, sembra parzialmente mitigato dalla rinuncia (per il presente e per il futuro) a diritti d'esclusiva su contenuti *premium*, per quanto riguarda la loro trasmissione in modalità *pay-per-view*, *video on-demand* e *near-video on-demand*: cfr. Impegni, Parte II, n. 5, 6.2. Inoltre, i concorrenti (potenziali)

satellitari potrebbero essere agevolati comunque, come si legge nella cit. nota per la stampa, dal fatto che « Newscorp si è [...] impegnata a non "boicottare" i cosiddetti diritti di seconda visione. Si tratta di diritti relativi alla diffusione differita e più economica (rispetto ai diritti di prima visione) di film di grande richiamo sulla televisione a pagamento. In mancanza di queste condizioni, Newscorp sarebbe stata in grado di decidere di acquistare solo diritti di prima visione, impedendo nel contempo a concorrenti potenziali di acquistare diritti di seconda visione. Grazie a questo impegno, le barriere all'ingresso sul mercato sono state ulteriormente abbassate ed i consumatori potrebbero essere in grado di decidere quando e a quale prezzo guardare film sulla televisione a pagamento ».

<sup>48</sup> Le piattaforme satellitari alternative alla Piattaforma Unica non potranno beneficiare delle misure comprese in questo gruppo: esse dovranno contendere i contenuti con la Piattaforma Unica allo scadere delle esclusive che essa si è acca-

l'obiettivo finale di rendere pienamente disponibili i diritti sui contenuti pregiati detenuti da Sky nei confronti delle piattaforme alternative, attraverso un meccanismo di offerta all'ingrosso dei medesimi, ossia la c.d. offerta *wholesale premium*<sup>49</sup>. Sarà la stessa Piattaforma Unica il soggetto tenuto ad operare, nell'ambito di pratiche negoziali da condurre secondo buona fede, tale offerta all'ingrosso dei contenuti *premium* nei confronti di tutte le altre piattaforme, non satellitari, che facciano richiesta d'accesso ad essi<sup>50</sup>. Questa particolare modalità d'offerta dei *premium contents* viene circondata da garanzie che, in base agli impegni assunti di fronte alla Commissione da Newscorp, sono in grado di renderla strumento efficace nella disciplina dell'accesso ai contenuti: le piattaforme alternative a quella satellitare possono contare sul fatto che Sky offrirà, a chi di loro ne faccia richiesta, i contenuti *premium* dei quali dispone, su base non esclusiva, non discriminatoria e disaggregata<sup>51</sup>. Circa l'importanza di quest'ultimo aspetto rifletteremo di seguito: ci limitiamo qui a segnalare che la disaggregazione non si spinge sino al punto di concedere ad ogni operatore di rete il diritto d'acquisire un singolo contenuto, o più contenuti scelti, comunque, a sua completa discrezione, nell'ambito di quelli

parrata, negoziando direttamente con i fornitori originari.

<sup>49</sup> Un es. del funzionamento del meccanismo della *premium wholesale offer* è fornito dall'esperienza di BSkyB (<http://www.sky.com>), la piattaforma satellitare del gruppo Newscorp operativa nel Regno Unito. Già dal 1995, infatti, l'OFT (ossia *Office of Fair Trading*, <http://www.of.gov.uk/>, il corrispondente anglosassone della italiana AGCM) in seguito ad un'indagine condotta sul relativo mercato nazionale della televisione a pagamento (iniziata nel luglio 2004), e del rilevamento di una posizione di dominanza in esso occupata dalla piattaforma BSkyB (la quale era apparsa detenere poteri da monopolista nel mercato della fornitura dei contenuti sportivi e cinematografici per la tv a pagamento), accetta le misure proposte dalla stessa piattaforma nella misura in cui esse forniscono soluzioni adeguate nella rimozione delle distorsioni registrate sul mercato. Tra queste misure, infatti, BSkyB aveva provveduto ad inserire (oltre ad impegni relativi alla garanzia di fornire accesso alla propria piattaforma tecnica) strumenti che decongestionassero il mercato della fornitura dei contenuti pregiati (nel quale, in particolare, essa occupava una posizione di dominanza), come l'obbligo di offrire canali e programmi *premium* (ma anche quelli *basic*, in certa misura) agli operatori di piattaforme alternative (ad es., agli operatori

via cavo), a condizioni non discriminanti, insieme all'obbligo di pubblicare la Rate Card (cioè un listino con i costi di riferimento per l'offerta *wholesale*). Ulteriori indagini di mercato condotte da OFT negli anni seguenti (cfr. *The Director's General Review of BSkyB's Position in the Wholesale Pay-TV Market*, 1995, poi 1996, poi 1998, e poi 2002) hanno dimostrato l'attenuarsi delle restrizioni verificate in precedenza nel mercato della tv a pagamento (grazie alla significativa affermazione di piattaforme televisive alternative, pur sempre a pagamento), ed hanno prodotto la revisione, sempre da parte di OFT, di alcune misure legate al meccanismo d'offerta all'ingrosso dei contenuti: in particolare, tra il 2001 ed il 2002, OFT ha rimosso l'obbligo di pubblicare la Rate Card dell'offerta *wholesale* (determinando quindi il pieno dispiegamento della libertà contrattuale nell'individuazione dei prezzi relativi a quell'offerta) e quello di includere in quella stessa i canali *basic* che vi rientravano. Sull'importanza di quest'ultimo punto, cfr. DI FELICIANTONIO, *Competizione tra piattaforme*, cit., pp. 558-559.

<sup>50</sup> «The Combined Platform shall enter into good faith negotiations with any third party which requests a Wholesale Offer or a renewal thereof» (Impegni, Parte II, n. 10.11).

<sup>51</sup> Cfr. Impegni, Parte II, n. 10.1.

disponibili alla piattaforma satellitare offerente. Secondo il testo degli impegni la piattaforma combinata è tenuta ad offrire (singolarmente, se richiesta) i «canali *premium*» o i pacchetti (anch'essi, volendo, singolarmente) nei quali i canali *premium* sono raggruppati, come distribuiti correntemente ai propri clienti al tempo della richiesta d'accesso ad essi da parte di piattaforme alternative, ma non ad applicare il meccanismo della *wholesale offer* anche ai singoli contenuti (se non quando si tratti, ovviamente, dell'acquisto dei medesimi da fornire in modalità *pay-per-view* o *video-on-demand*) che formano, nel loro insieme, quei canali (e, quindi, quei pacchetti)<sup>52</sup>. È comunque riconosciuto che l'offerta possa estendersi ai canali *basic* (che, di per sé, non vi rientrano<sup>53</sup>) qualora essi contengano certi *premium contents*<sup>54</sup>. L'operatore acquirente potrà liberamente determinare le condizioni di offerta al dettaglio dei contenuti che si è accaparrato mediante l'offerta *wholesale*<sup>55</sup>, ma essi saranno naturalmente fruiti dagli utenti finali

<sup>52</sup> Ai fini dell'applicazione del meccanismo d'offerta *wholesale*, per contenuto pregiato deve intendersi «any Premium Package or Premium Channel if and for so long as the Combined Platform offers to retail customers such Premium Package or Premium Channel; any Basic Channels which contains premium content in respect of which the Combined Platform has waived exclusivity for non-DTH platforms pursuant to paragraphs 1 to 6 and 8 of Part II (Substantive Obligations) of the Commitments (Serie A and Serie B Championships, the Champions League, the UEFA Cup, and the Coppa Italia that have not yet been exhibited on free or pay-TV in Italy; movies licensed under agreements with the Studios that have not yet been exhibited on free or pay-TV in Italy; Worldwide Sports Rights that have not yet been exhibited on free or pay-TV in Italy), where such content is not offered through a Premium Package or a Premium Channel» (Impegni, Parte II, n. 10.1).

<sup>53</sup> Come nota DI FELICANTONIO, *La competizione tra piattaforme*, cit., «per quanto riguarda [...] i canali tematici, normalmente inclusi nel pacchetto *basic*, Sky non ha l'obbligo di fornire a livello *wholesale* i propri canali a piattaforme concorrenti, né esistono restrizioni che le impediscano di stipulare accordi di esclusiva per la trasmissione di canali tematici forniti da editori indipendenti» (ivi, p. 562). L'A. ricorda, infatti, che la Commissione, a proposito dei canali *basic*, si era rappresentata il rischio di una loro marginalizzazione ed uscita dal mercato: qualora si fosse optato per rendere eccessivamente gra-

vose le condizioni di acquisto/distribuzione (anche) dei contenuti *basic* da parte della Piattaforma Unica, in un momento nel quale la presenza di concorrenti interessati a quegli stessi contenuti non si faceva ancora sentire efficacemente, la Commissione ha temuto che la Piattaforma Unica avrebbe potuto decidere di «non acquistare più alcuni dei canali tematici, con il risultato di spingerli fuori dal mercato e ridurre la possibilità di scelta dei consumatori finali» (ivi, p. 563). Tutto ciò ha agevolato, però, una forte politica di investimento da parte di Sky proprio sui canali tematici, sfruttati e gelosamente trattenuti dalla stessa Piattaforma Unica per rafforzare il carattere differenziale e, quindi, la capacità d'attrazione della propria offerta. Come conseguenza, l'accesso (difficoltoso) ai canali tematici da parte di operatori differenti da Sky rappresenta sempre di più un effetto negativo sulla dinamica competitiva tra le varie piattaforme.

<sup>54</sup> Di notevole interesse in proposito sembra anche l'impegno assunto da NewsCorp, secondo il quale «the Combined Platform shall not adopt a commercial policy of including premium content referred to in sub-paragraph 10.1 in a wide variety of Basic Channels with the object or effect of making it difficult in practice for third party distributors to acquire such content under the Premium Wholesale Offer» (Impegni, Parte II, n. 10.2).

<sup>55</sup> «Third party distributors will be completely free to determine their own retail prices for such Premium Packages and Premium Channel and to offer such Premium Packages and Premium Channel

dell'acquirente nel modo in cui sono incastonati nei canali — ed i canali lo sono a loro volta nei pacchetti che li ricomprendono — strutturati dall'offerente<sup>56</sup>. Tutto ciò ridimensiona in parte, quindi, ed attenua sotto qualche tratto — si considerino, ad esempio, gli effetti, in termini d'attrattiva delle proposte commerciali agli utenti, dell'impossibilità di presentare i contenuti *premium* con articolazioni diverse da quelle che assumono nei canali oggetto dell'offerta *wholesale* — l'accesso ai contenuti operato attraverso il meccanismo della vendita all'ingrosso. La quale presenta, comunque, profili di vantaggio, se si considera — si tratta degli altri due aspetti evidenziati — il fatto che comporta, da parte di Sky, l'obbligo di non indirizzarla esclusivamente ad alcune piattaforme, ma di renderla sempre e comunque aperta a tutte quelle che ne facciano richiesta, impedendo che quei contenuti divengano appannaggio esclusivo di una sola piattaforma: e, più ancora, l'obbligo, espressamente assunto dalla Piattaforma Unica, di realizzare l'offerta all'ingrosso (per quel che riguarda le condizioni commerciali) su base non discriminatoria, ricorrendo — ciò consegue, in particolar modo, dall'obbligo di non discriminazione applicato al caso concreto — nei confronti di tutti gli acquirenti a quell'identico stesso criterio per calcolare il prezzo che consiste nell'applicazione del principio del c.d. *retail minus*<sup>57</sup>. È chiaro, nel complesso, per quanto concerne l'offerta *wholesale*, che la comprensività del suo oggetto<sup>58</sup>, le garanzie che l'assistono — tra di esse, oltre a quelle attinenti l'operazione commerciale, si segnala l'affidamento all'AGCom del controllo sulle modalità di rea-

in combination with any other services » (Impegni, Parte II, n. 10.7).

<sup>56</sup> « The Premium Wholesale Offer will apply to retail offers provided by the Combined Platform to its customers in pay-TV, pay-per-view and video-on-demand modalities and will comprise the right for third parties to distribute the relevant offers in the same modality (pay-TV, pay-per-view and/or video-on-demand) as the one used by the Combined Platform for the content concerned, to be broadcast with the same Channel branding as that used by the Combined Platform » (Impegni, Parte II, n. 10.3).

<sup>57</sup> Ossia l'applicazione dello stesso prezzo praticato all'utente per l'accesso agli stessi contenuti, detratta una determinata percentuale corrispondente a tutte le spese che la piattaforma avrebbe incontrato nel commercializzare direttamente i canali oggetto dell'offerta. « Such Premium Wholesale Offer shall be made on reasonable terms and conditions (including, without limitation, reasonable provision as to notice periods) and shall be in line with

international best practices in pay-TV industry taking account of differences in operating and market conditions in different markets. The fee for the Premium Wholesale Offer (Wholesale Price) shall reflect the Retail Minus Principle » (Impegni, Parte II, n. 10.4). Per i dettagli sul meccanismo del *retail minus*, cfr. Impegni, Parte II, n. 10.5.1,2,3. Cfr., inoltre, Impegni, Parte II, n. 10.10, dove si indica la necessità da parte della Piattaforma Unica di pubblicare periodicamente un prospetto indicativo che stabilisca i costi di riferimento per l'offerta *wholesale*.

<sup>58</sup> « L'impegno prevede [...] che l'offerta all'ingrosso comprenda tutti i contenuti premium trasmessi dalla piattaforma combinata, anche quando tali contenuti vengono trasmessi attraverso un canale o un pacchetto "basic". Inoltre, l'offerta all'ingrosso includerà tutte le modalità di pay-TV; ciò significa che gli operatori terzi potranno offrire servizi pay-per-view e/o video-on-demand per i contenuti premium trasmessi dalla piattaforma combinata in tali modalità » (Dec, Par. VII, n. 248).

lizzazione dell'offerta all'ingrosso<sup>59</sup> —, gli impegni ulteriori (di politica aziendale) che Sky si è assunta per renderla effettiva<sup>60</sup>, ne fanno, tutti assieme, uno strumento validamente alternativo alla possibilità di negoziare l'acquisto di certi contenuti pregiati con i loro diretti fornitori: anzi, messe di fronte alla scelta tra la negoziazione diretta (e poco protetta) sui contenuti con i loro fornitori, e l'accesso a quegli stessi contenuti indirettamente attraverso l'offerta regolata alla quale è tenuta Sky, non è difficile prevedere che molte piattaforme opereranno per questa seconda strada<sup>61</sup>.

Volendo trarre un bilancio, a questo punto, sulle misure contenute nella Decisione a garanzia di un effettivo accesso ai contenuti (e, quindi, di effettive possibilità di sviluppo) da parte delle piattaforme (anche, e soprattutto, non satellitari) attive sul mercato italiano della televisione a pagamento, sembra potersi affermare che, per come esse si presentano e per il ventaglio delle possibilità che offrono, gli auspici formulati dalla Commissione all'atto dell'adozione delle stesse abbiano buone speranze di non essere traditi<sup>62</sup>. In dottrina, tuttavia, non si è mancato di sollevare criticità riguardo alla reale efficacia del *corpus* di misure correttive<sup>63</sup>. C'è

<sup>59</sup> Cfr. Impegni, Parte II, n. 15: nel quale si regola in dettaglio una procedura arbitrale azionabile in caso di contraddittorio circa l'attuazione, in generale, del complesso degli impegni assunti ed, in particolare, circa la corretta applicazione di tutte le misure riguardanti l'offerta *wholesale*.

<sup>60</sup> « If the Combined Platform intends to acquire the rights to broadcast content for inclusion in a Premium Channel on DTH from the owner of such rights, the Combined Platform shall use reasonable endeavours to acquire, consistently with Combined Platform's obligations in paragraphs 2, 3, 5, 6 and 8 of this Part, all relevant non-DTH pay-TV rights which have not been acquired by third parties. In the event that the Combined Platform, having used such reasonable endeavours, has been unable to acquire the rights to broadcast on non-DTH pay-TV certain content which it is entitled to broadcast on DTH, it shall take all reasonable steps to provide a full package of content under the Premium Wholesale Offer, including the provision of suitable alternative content » (Impegni, Parte II, n. 10.3).

<sup>61</sup> Del resto, nota la Commissione, « l'offerta all'ingrosso ha lo scopo di permettere ai concorrenti della nuova entità su piattaforme diverse dal DTH di sussistere o di entrare sul mercato italiano della pay-TV. L'idea di base è che tale offerta all'ingrosso abbasserà le barriere d'ingresso

nel mercato della pay-TV consentendo alle emittenti a pagamento non-DTH di accedere a contenuti premium che diversamente sarebbero troppo costosi per essere acquistati direttamente o che sono bloccati da contratti di esclusiva di lunga durata stipulati dagli attuali operatori con i fornitori di contenuti » (Dec., Par. VII, n. 246). Inoltre, sostiene la Commissione, è proprio il meccanismo dell'offerta *wholesale*, oltre al principio (circa la fissazione del prezzo dell'offerta) del *retail minus*, che essa incorpora, che, agevolando l'accesso ai contenuti da parte di piattaforme alternative, è ritenuto capace di fugare gran parte delle preoccupazioni in materia di concorrenza sollevate dall'operazione di concentrazione lanciata da Newscorp: cfr., Dec., Par. VII, n. 253.

<sup>62</sup> Secondo quanto riportato nella nota per la stampa cit., « la Commissione ha concluso che questi impegni abbasseranno le barriere all'ingresso sul mercato e creeranno le condizioni per un'efficace concorrenza effettiva e potenziale, eliminando, dunque, i seri dubbi in merito alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante che ostacolerebbe significativamente un'effettiva concorrenza ».

<sup>63</sup> Cfr. A. NICITA, *Il quasi-monopolio di Sky Italia*, articolo reperibile sul portale « La Voce » (<http://www.lavoce.info>), nel quale l'A. da un lato, non rinuncia ad individuare « una forte ambiguità di fondo sul modello concorrenziale che dovrebbe ca-



accordo sul fatto che si tratta di accorgimenti pensati per un mercato che si avvia ad essere competitivo: un mercato, cioè, nel quale, quando vengono adottate le misure vistosamente asimmetriche sopra richiamate, emerge solo un forte operatore che per la sua incombenza rischia di negare in radice la possibilità che ad esso si affianchino aspiranti concorrenti. Il fatto che, poi, già nella Decisione si indichi la lunga durata temporale (fissata al 31 dicembre 2011<sup>64</sup>) che avranno quegli impegni, se da un lato è garanzia e rafforzamento ulteriore al dispiegamento degli effetti che da essi potrebbero derivare, è anche fonte di ulteriori riflessioni critiche. In un domani nel quale — grazie, magari, anche a quelle misure — sorgessero altre piattaforme capaci di contendere quote del mercato della *pay-tv* all'operatore satellitare unico, è lecito chiedersi, soprattutto se non ancora scaduto il termine del 2011 — una data non casuale, comunque, sia consentito di notare, alla luce del disegno che la stessa Commissione altrove traccia sui piani di sviluppo di piattaforme televisive considerate, già nella stessa Decisione, come concorrenti rispetto a quella satellitare<sup>65</sup> —, in che termini potrebbero ancora resistere quelle misure. La questione diventa fin d'ora scottante se si è d'accordo con chi sostiene, constatando nel mercato italiano l'emersione di nuove piat-

atterizzare la *pay-tv*. Il modello che la Commissione sembra suggerire è quello di una concorrenza tra piattaforme trasmissive alternative, che possono tuttavia disporre dei medesimi contenuti (non esclusiva). Un nuovo operatore satellitare non potrà invece beneficiare dell'offerta *wholesale* di contenuti e dovrà contenderli all'operatore dominante in prossimità della scadenza dell'esclusiva. Ciò sembra implicitamente suggerire l'idea di un "monopolio naturale" nella trasmissione via satellite. Una tesi che non viene mai né esplicitata né argomentata. Ne deriverebbe il paradosso che mentre due operatori cavo possono disporre della medesima offerta *wholesale* di Sky, un nuovo operatore satellitare non potrà replicarla se non sottraendo a Sky l'acquisto diretto in esclusiva dei contenuti. Ma chi avrà mai tanto coraggio da sfidare l'operatore dominante sulla piattaforma satellitare? Ne può derivare la mancata contendibilità di almeno due terzi del mercato potenziale, rappresentato da tutti gli utenti che dispongono già di parabola e decoder». Dall'altro lato, evidenziando certi problemi anche sul versante tecnico, l'A. sostiene che «i rischi del "quasi-monopolio" sono collegati alla circostanza che la concorrenza potenziale sui contenuti può contare, nel breve periodo, solo su un assetto infrastrutturale decisamente mode-

sto. Il maggior problema è rappresentato dal ritardo dell'avvento del digitale terrestre e dalla limitata penetrazione del cavo».

<sup>64</sup> Cfr. Dec. Par. VII, n. 260 ; nonché Impegni, Parte II, n. 17.1.

<sup>65</sup> Nella COM (2005) 204 def., del 24 maggio 2005, sull'accelerazione della transizione dalla televisione analogica a quella digitale, è contenuto l'invito a fissare (come scadenza ultima ed armonica) a livello comunitario lo *switch-off* delle trasmissioni analogiche per l'inizio del 2012: se a quella data si suppone, quindi, che in Europa — ed a maggior ragione in Italia, collocata in questo documento nel gruppo di Paesi che progetta di realizzare l'abbandono definitivo delle trasmissioni terrestri in analogico già entro il 2010 — abbiano cominciato ad operare effettivamente piattaforme trasmissive digitali terrestri, sembra davvero che la fine del 2011 possa corrispondere ad un termine adeguato per delimitare un periodo d'avvio dei mercati nei quali tanto l'operatore satellitare già affermato, quanto quelli alternativi nascenti, si troveranno assieme a competere; un periodo adeguato, che giustifica (in astratto, almeno) il protrarsi, lungo tutto il suo corso, dell'efficacia delle misure asimmetriche contenute nella Dec..

taforme, che quel domani è, in parte, già l'oggi<sup>66</sup>: se il mercato fosse già decisamente indirizzato verso un rapido e subitaneo superamento della fase d'avvio e fosse pronto ad entrare nel vivo del suo sviluppo, è sempre necessaria e giustificabile la presenza di quei vincoli gravanti in specifico sulla sola piattaforma satellitare? Prendendo spunto da un caso concreto che mostra come un'emittente (non satellitare) verticalmente integrata (Mediaset S.p.a.) sia riuscita ad assicurarsi, rispetto a tutte le piattaforme distributive (compreso il satellite) i diritti di trasmissione di eventi di grande richiamo (quali le partite del campionato nazionale di calcio), c'è evidentemente il rischio che affiori di nuovo il problema di scarsa concorrenzialità del mercato della *pay-tv*, in relazione alle difficoltà d'accesso ai contenuti<sup>67</sup>. Se questo può accadere — del resto misure come quelle previste a carico di Sky Italia S.r.l. che, per questa, avrebbero impedito la conclusione di contratti dello stesso genere, non sono in vigore per altri operatori attivi sul mercato televisivo italiano — c'è da domandarsi se sia sostenibile e perché mai tra operatori interagenti sullo stesso mercato con forza sempre più assimilabile e con strategie sempre più affini, che uno solo sia ancora gravato da stringenti obblighi, mentre l'altro, o gli altri, non ne abbia(n) di così vincolanti e possa(n) muoversi in quel contesto più liberamente del primo, magari minacciando la concorrenza del sistema attraverso minacce alla contendibilità dei contenuti che vi circolano: sì da concretizzare, in sostanza, i rischi che le misure rivolte a Sky erano spinte a debellare.

Come comportarsi, dunque, rispetto a ciò che da eventualità rischia di trasformarsi in fatto? È sostenibile, da un lato, che è maturo il tempo per rivedere — come del resto era stato generalmente previsto in base alle stesse misure pattuite<sup>68</sup> — gli impegni

<sup>66</sup> Cfr. ALEXIADIS-PRETA, *Competizione tra piattaforme*, cit., laddove sostengono (p. 71) che « ad oggi si è [già] sviluppato un certo grado di concorrenza » nel mercato della tv a pagamento.

<sup>67</sup> Il gruppo Mediaset S.p.a. (<http://www.mediaset.it/>) ha concluso nell'estate 2004 una serie di contratti di licenza e scritture private a favore di RTI S.p.a. aventi ad oggetto diritti di trasmissione, di prelazione e prima negoziazione sui diritti criptati delle principali squadre di calcio del campionato italiano, relativamente a tutte le piattaforme (compreso il satellite). In seguito a ciò, l'AGCM ha avviato un procedimento per abuso di posizione dominante (cfr. provv. n. 14137 del 22 marzo 2005, in Bollettino n. 12/2005), l'istruttoria del quale si è conclusa con provv. n. 15632 del 28 giugno 2006, in Bol-

lettino n. 26/2006, dove si riconosce la bontà degli impegni assunti da Mediaset per evitare il protrarsi della situazione d'abuso riscontrata nella gestione negoziale di contenuti, come il calcio, « essenziali » allo sviluppo di nuove piattaforme, indispensabili al fine di attrarre l'attenzione degli spettatori (così come degli inserzionisti pubblicitari), di valenza strategica per il lancio di offerte competitive.

<sup>68</sup> Una clausola di rivedibilità apposta agli impegni stabilisce che « the Commission may, where appropriate, in response to a request from News[corp] or the Combined Platform showing good cause and accompanied by a report [...] waive or modify, in exceptional circumstances one or more of the conditions and obligations contained in these Commitments » (Impegni, Parte II, n. 14.1). Inoltre, « the Commis-

assunti nel 2003 da Newscorp (per Sky): ma è una via che, se percorsa, sarebbe in grado di produrre giovamento per l'intero sistema? Ancora su quelle stesse misure: in un sistema che respira sempre di più l'aria della convergenza tecnologica, la quale può portare a confondere i mercati nettamente individuati nella Decisione della Commissione, gli obblighi relativi all'accesso ai contenuti (ed alla piattaforma) imposti in capo a Sky, i quali si fondano, in modo particolare, sulla constatata separazione dei mercati (e la scarsa concorrenzialità della Piattaforma Unica nel mercato della tv a pagamento) sono superflui o necessari? Detto altrimenti: se la convergenza investisse anche i mercati (oltre che le tecnologie), l'ampliamento degli stessi e le maggiori conseguenti possibilità di confronto più diretto tra diversi operatori (attivi prima su mercati ritenuti distinti) potrebbero rendere discutibile la *ratio* di quelle misure e quindi la loro perdurante esistenza. Ma se è vero che quelle stesse condizioni mirano, in modo particolare, ad eliminare i presupposti alla formazione di una posizione dominante nociva per la concorrenza *inter*-piattaforma, non sono esse forse tanto più necessarie quanto più rapportate ad un mercato convergente ed integrato, dove le probabilità di posizione dominate da parte di una piattaforma sulle altre sono da tenere in somma considerazione?

Prendendo slancio da questi ultimi interrogativi, si è portati a costatare come l'accesso ai contenuti (*premium*) sia trattato, nel caso di specie qui analizzato, attraverso l'applicazione del diritto della concorrenza: il quale, certamente, è in grado di fronteggiare, caso per caso, le distorsioni che si presentano, ma manca, semmai, della capacità d'abbracciare, d'un colpo solo, tutto ciò che avviene nel mercato. Quando, allora, si ha a che fare con esigenze che interessano l'intero sistema, e che, tra l'altro, incidono su valori non strettamente economici come il pluralismo, affidare tutto all'antitrust non appare una strada del tutto adeguata e soddisfacente. Di sicuro ha grandi effetti, ma in prospettiva può essere considerata di per sé bastevole a risolvere il nodo dell'accesso ai contenuti? Può il solo diritto della concorrenza garantire l'effetti-

sion may at any time, upon the application of News[corp] or the Combined Platform, decide that the Commitments (or any of them) shall terminate earlier than the date determined under paragraph 17.1 above on the grounds that the conditions of competition in the relevant market(s) no longer justify the continuation of such Commitments » (Impegni, Parte II, n. 17.3). Che sulla revisione di alcune di quelle clausole punti Sky adesso è una strategia — secondo notizie affidabili la piattaforma satellitare ha tentato questa opzione — molto

probabile: resta da vedere quanto di successo. Sostiene, infatti, P. DE CHIARA, *Accesso delle reti ai contenuti o viceversa*, in « Beltel », giugno 2005, pp. 44-47, che « una revisione degli impegni giustificata dal fatto che ormai c'è una competizione che non giustifica vincoli asimmetrici sulla sola Sky [...] è strada lunga, e non è detto che la Commissione si convinca che il ritorno alle esclusive sui contenuti premium accresca la concorrenza ed il benessere collettivo » (ivi, p. 45).

vità di un diritto d'accesso ai contenuti che tutela da un lato le esigenze economiche delle piattaforme trasmissive che vogliono proporsi competitivamente sul mercato e dall'altro le esigenze sostanziali del sistema, come il pluralismo?

Una notazione a margine (e di sintesi), prima di procedere oltre: l'approccio che la Commissione tiene nella Decisione in rispetto ai contenuti ed all'accesso ai medesimi non si limita alla considerazione del fenomeno come vero e proprio « collo di bottiglia » del nuovo mercato televisivo digitale. Come abbiamo più volte notato nell'ampia descrizione del provvedimento analizzato, la Commissione fa riferimento ai contenuti come elementi « essenziali » per costruire una strategia competitiva: ciò, in particolare, per le nuove piattaforme che entrano in un mercato dove un operatore detiene la gran parte dei contenuti vitali. In questo senso essa appare collocarsi nella scia tracciata dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (CGCE) nel dare accoglienza nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza alla teoria delle *essential facilities*: è in una tendenza verso l'estensione di questo carattere a (certi) contenuti audiovisivi che, di fondo, sembra muoversi la Commissione nella Decisione per salvaguardare la concorrenza nel settore radiotelevisivo<sup>69</sup>.

## 5. GLI EFFETTI DEL CASO SKY IN ITALIA: IL CASO E.BISMEDIA.

Gli effetti della Decisione della Commissione sul costituirsi, nel mercato italiano, della televisione a pagamento della Piattaforma Unica satellitare non hanno tardato a farsi sentire: segno evidente che il sistema radiotelevisivo nazionale si sta velocemente avviando verso uno scenario di concorrenza multipiattaforma. È misura dell'incidenza che hanno avuto nel nostro mercato radiotelevisivo i vincoli stabiliti dalla Commissione in quella Decisione, l'intensa attività che l'AGCom è stata chiamata a svolgere come organo preposto alla risoluzione delle controversie tra operatori, aventi per oggetto le forme dell'ot-

<sup>69</sup> Per quanto interessa la dottrina delle *essential facilities*, ci si limita a rinviare ad un testo di riferimento come D. RIDDYARD, *Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under Uk and EC Competition Law*, in « European Competition Law Review », n. 17/1996, p. 438 ss., dove si dà ampiamente conto della giurisprudenza della CGCE in materia: premendo, comunque, evidenziare, anche in questa sede, la sent. caso C-7/97 *Oscar Bronner v. Mediaprint*, in R.G. 1998, p. 1-779 ss. Su quest'ipotesi, in specifico,

cfr. D. GERADIN, *Access to Content by New Media Platforms: A Review of the Competition Law Problems*, in « The Global Competition Law Centre Working Papers Series » di Brugges, in <http://www.coleurop.belcontent/gclcl/documents/GCLC%20Working%20Paper%2001-04.pdf>; più in generale, N. NIKODINAKOS, *EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunication, Media and IT Sectors*, Kluwer Law International, London 2006.

temperanza agli impegni più rilevanti previsti nella Decisione stessa<sup>70</sup>.

È significativo notare, dunque, come tutte e tre le categorie di misure sopra descritte abbiano già avuto modo d'esser testate: la dismissione delle infrastrutture (e delle attività) per le trasmissioni radiotelevisive terrestri (in tecnica analogica, prima, ed, in prospettiva, in digitale, già sperimentata sulle stesse infrastrutture) è stata portata a compimento da parte della Piattaforma Unica (senza, in questo caso, dare adito a contenziosi tra le parti che hanno realizzato le relative operazioni)<sup>71</sup>; già molteplici sono, inoltre, le controversie sorte circa l'applicazione degli impegni sull'accesso alla piattaforma<sup>72</sup>; ed infine, anche le misure sull'accesso

<sup>70</sup> In base alla Parte II, n. 15 degli Impegni, l'AGCom è l'organo chiamato a dirimere eventuali controversie aventi ad oggetto il rispetto da parte della Piattaforma Unica satellitare degli impegni che essa ha assunto di fronte alla Commissione. Per adempiere l'onere assegnatole, l'AGCom si è dotata di opportune regole e forme procedurali, adottando la delib. n. 334/03/CONS, del 17 settembre 2003, in G.U. n. 239 del 14 ottobre 2003, con la quale ha esteso l'applicabilità della delib. n. 148/01/CONS del 28 marzo 2001, in G.U. n. 85 del 11 aprile 2001 (sulla disciplina della procedura di risoluzione delle controversie tra operatori di telecomunicazione) alle controversie che vertano sul rispetto degli impegni di cui alla Dec. L'iter procedurale si articolerà, quindi, anche rispetto alla Piattaforma Unica, in due distinte fasi: una prima consistente nell'obbligo di tentare la conciliazione tra le parti; e, laddove fallisca la conciliazione, una seconda fase, invece, consistente nella definizione vincolante della controversia da parte dell'AGCom. Dalla *Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro* dell'AGCom (giugno 2005), risulta che la stessa Autorità è stata investita, in un lasso di tempo relativamente breve, di un significativo numero di controversie riguardanti il rispetto degli impegni che gravano su Sky: si tratta, in dettaglio, di casi che, quasi in eguale misura, hanno ad oggetto, da un lato, questioni interpretative relative alle misure di accesso alla Piattaforma Unica da parte di altri soggetti imprenditoriali (Impegni, Parte II, n. 11) e, dall'altro, l'applicazione delle misure per l'accesso ai contenuti, con particolare riferimento al meccanismo dell'offerta *wholesale* (Impegni, Parte II, n. 10).

<sup>71</sup> Risulta, infatti, che Telepiù abbia ceduto le società attraverso le quali esercitava l'attività di radiotelediffusione terre-

stre (le società Prima TV S.p.a. e Europa TV S.p.a.) acquistate (in base a quanto stabilito dalla Dec. e, comunque, secondo quanto discende dall'art. 1, c. 6, lett. c), n. 13 della l. 31 luglio 1997, n. 249, in G.U. n. 177 del 31 luglio 1997, nonché da delib. n. 290/03/CONS del 23 luglio 2003, in G.U. n. 195 del 23 agosto 2003, attuativa della cit. disposizione di l.) con autorizzazione dell'AGCom pervenuta tramite delib. n. 421/03/CONS del 26 novembre 2003, in Bollettino n. 3/2003, da parte di Holland Coordinator & Service Company Italia S.p.a., e controllate congiuntamente dalla società radiotelevisiva TF1 S.p.a. (sempre nel rispetto dei patti e delle condizioni derivanti dagli Impegni). Da Prima TV, titolare di un'autorizzazione provvisoria per l'attività di radioteleddiffusione nazionale su frequenze analogiche terrestri, e poi dell'abilitazione per la sperimentazione del digitale terrestre, è nato il *multiplex* D-free (<http://www.dfree.tv/>) che trasmette, appunto, canali in tecnica digitale. Le frequenze di Europa TV sono state utilizzate, invece, per dare vita a Sportitalia, canale televisivo, il palinsesto del quale offre in chiari contenuti a carattere sportivo, su scala nazionale.

<sup>72</sup> Una di queste, in particolar modo, ha assunto caratteri significativi, pur risolvendosi prima che il procedimento istruttorio maturasse a conclusione con l'uscita di scena dell'operatore accedente per motivi indipendenti dall'applicazione delle opportune misure previste all'uopo nella Decisione: si tratta del caso avente ad oggetto il (tentativo di) lancio, nell'agosto 2003, della piattaforma satellitare alternativa Gioco Calcio S.p.a., intenzionata ad irradiare contenuti sportivi (segnatamente, partite di calcio delle massime divisioni del campionato nazionale italiano). A questo scopo, tale nuova piattaforma satellitare di *pay-tv* si era avvalsa, per realizzare la

ai contenuti sono state (e sono tutt'ora) oggetto d'esame da parte dell'AGCom in quanto ne è stata contestata l'applicazione ad esse data dalla Piattaforma Unica in certi casi, tutti relativi alla corretta predisposizione del meccanismo d'offerta *wholesale* dei contenuti *premium*.

A quest'ultimo proposito risulta particolarmente interessante una controversia, la prima in materia giunta a definizione da parte dell'AGCom, insorta tra Sky Italia S.r.l. ed e.Bismmedia S.p.a., avente ad oggetto, appunto, l'« offerta *wholesale premium* ». La soluzione fornita dall'AGCom al presente caso, contenuta nella delibera n. 360/04/CONS del 28 ottobre 2004 (d'ora innanzi la *Delibera*)<sup>73</sup>, può legittimamente rappresentare un altro importante tassello nella (ri)costruzione di un diritto degli operatori di piattaforme trasmissive d'accesso ai contenuti (seppur, nell'ipotesi in analisi, circoscritto ed applicato con tutte le peculiarità che la fattispecie presenta).

L'altra parte in causa rispetto a Sky, cioè e.Bismmedia S.p.a. è società costituita nel 2000 con lo scopo di commercializzare contenuti

trasmissione delle partite di calcio della stagione 2003/2004, delle misure contenute nella Dec. a favore dell'accesso alla piattaforma Sky. Una difforme lettura degli impegni in oggetto (cfr., Impegni, Parte II, n. 11), però, aveva originato una controversia, instaurata nel settembre 2003, secondo procedura (e competenza), di fronte all'AGCom, e vertente, come precisa la stessa AGCom nella *Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro* (giugno 2004), in modo particolare, sulla consistenza del « diritto d'accesso di Gioco Calcio alla Piattaforma Unica e [sul]la contestazione, da parte della medesima società, dell'obbligo di abbonamento, per gli utenti di un fornitore di contenuti diverso da Sky che ne utilizzi i servizi tecnici, al pacchetto basic di Sky Italia » (ivi, sez. 3.4.3). Il procedimento, superato il tentativo, fallito, di conciliazione, risultava già a buon punto della fase istruttoria quando l'assemblea straordinaria della società Gioco Calcio ha deliberato la messa in liquidazione della società medesima. Cessata la relativa attività commerciale, Gioco Calcio ha cercato ed ottenuto un accordo transattivo con la controparte Sky, nel quale, tra l'altro, è prevista, da parte di Gioco Calcio, la rinuncia all'istanza di definizione proposta nel procedimento di fronte all'AGCom, e, da parte di Sky, la rinuncia al credito vantato nei confronti della prima società, nonché la compensazione delle spese procedurali. Appreso della intervenuta transazione l'AGCom ha dichiarato, con delib. 408/05/CONS, del 18

ottobre 2005, il non luogo a provvedere, causa la cessazione della materia del contendere. Un'ipotesi circa il fallimento di Gioco Calcio e, così, di un'offerta alternativa, capace di realizzare un qualche certo pluralismo televisivo in materia di calcio a pagamento, è individuata da ALEXIADIS-PRETA, *Competizione tra le piattaforme*, cit., nella notevole « differenza di contenuti a disposizione della piattaforma nata dalla fusione e Gioco Calcio. Quest'ultima aveva acquistato solo i diritti rimasti disponibili delle squadre che non avevano raggiunto un accordo con Sky Italia [...] ed i contenuti ad essi associati non erano in grado di generare una domanda significativa da parte del pubblico. Il fallimento di Gioco Calcio è dunque a nostro [rectius, loro] avviso dovuto più alla mancanza di contenuti concorrenziali, che a strategie anticompetitive messe in atto da Sky Italia » (ivi, p. 65). Al centro della questione stanno, dunque, i diritti calcistici, contenuti d'importanza strategica per le piattaforme che intendano conquistare il mercato: cfr. A. PRETA, *Accesso ai contenuti e competizione tra piattaforme*, in « Beltel », aprile 2005, pp. 32-35. Sempre sullo stesso tema, ampiamente, cfr. ITmedia Consulting (già Italmedia Consulting), *Il mercato italiano dei diritti TV del calcio: i possibili scenari legati alla presenza di offerte concorrenti o di un unico acquirente*, dicembre 2004.

<sup>73</sup> Pubblicata in Bollettino n. 5/2004 (di seguito, in nota, semplicemente Delib.).

e servizi multimediali (ed interattivi) attraverso la rete in fibra ottica e a larga banda realizzata da FASTWEB S.p.a., società fondata poco prima, alla fine del 1999, posta a guida dell'omonimo gruppo<sup>74</sup>: la quale si propone, quindi, sul mercato della tv a pagamento, come piattaforma alternativa verticalmente integrata che, sfruttando le grandi potenzialità trasmissive della propria rete basata sul protocollo IP — in grado di offrire, quindi, un servizio che corrisponde alla c.d. IPTV (*Internet Protocol Television*) — distribuisce contenuti audiovisivi nelle forme più varie, fino alla trasmissione in modalità *video on-demand*, una delle ultime frontiere dell'interattività televisiva. Anche se la Piattaforma Alternativa (così, d'ora innanzi, per FASTWEB/e.Bismedia) consente di modulare l'abbonamento in base ai canali (o pacchetti di canali) che ogni utente desidera ricevere sul proprio televisore, cercando, così, di catturare la più ampia fascia di pubblico possibile, si rivela elemento chiave di una strategia commerciale di successo la capacità di disporre e trasmettere contenuti pregiati, ossia quelli detenuti in larga misura, al tempo della comparsa sul mercato della Piatta-

<sup>74</sup> Per uno schema della struttura del gruppo societario del quale si parla, cfr. <http://company.fastweb.it/>. Tre sono le notazioni che preme riportare in questa sede. La prima: Fastweb (già e.Biscom), dal 2003, è un operatore che adotta pienamente il modello di *business* corrisponde al c.d. *triple play*. Il gruppo citato, infatti, offre ai propri clienti servizi televisivi, di telecomunicazione, nonché d'accesso ad Internet, utilizzando unicamente (nel pieno segno della convergenza tecnologica) la propria rete trasmissiva basata sull'utilizzo del protocollo IP, ed in grado di rendere fruibili agli utenti servizi tradizionali di trasmissione dati, voce e immagini, insieme a servizi innovativi (ed interattivi) di alto valore aggiunto. La seconda: è legata al gruppo FASTWEB la società RAIClick S.p.a. (che fa proprio un significativo moto dello stampo di « a ciascuno la sua TV »), nata (nel 2000) dalla *partnership* fra FASTWEB e RAI S.p.A. (v. <http://www.raiclick.it/index.html>) operante, in un certo senso, come fornitore di contenuti prevalentemente in modalità *video-on-demand*, attraverso la piattaforma televisiva di FASTWEB. La terza: FASTWEB, insieme ad alcune altre società italiane (come Telecom Italia Media S.p.a. e Tiscali) ha firmato a Cannes, il 22 giugno 2006 la c.d. Carta europea del film *on-line*, un documento che punta ad incoraggiare la diffusione e lo sviluppo dell'industria cinematografica europea elencando le migliori pratiche per la distribuzione *on-line* dei contenuti audiovisivi. Il consenso che trova espressione nella Carta euro-

pea si fonda, innanzi tutto, sul principio della disponibilità di film *on-line* a condizioni eque ed economicamente solide (oltre al riconoscimento del fatto che tale disponibilità è legata alla possibilità di finanziare gli elevati costi di produzione). L'attuale Commissario europeo per la Società dell'informazione e i media, V. REDING, a commento dell'adozione della Carta sottolinea il significato della medesima in quanto testimonianza del fatto che « fornitori di contenuti e infrastrutture abbiano trovato un terreno d'intesa per futuri accordi commerciali e interprofessionali ». La REDING aggiunge, poi, che « sulla Carta si baseranno eventuali future iniziative normative che la Commissione prenderà in considerazione per assicurare che i consumatori nell'Unione europea possano usufruire agevolmente di contenuti legali *on-line* senza limitazioni dovute ai confini ». La Carta, individuando le condizioni che i fornitori di contenuti ed operatori di rete devono soddisfare per assicurare il successo commerciale dei servizi cinematografici *on-line*, si trasforma in punto di riferimento per futuri accordi commerciali per una più ampia politica (europea) sui contenuti *on-line*, e tratta (anche se sotto un'ottica specifica) la questione dell'accesso ai contenuti tanto dal punto di vista degli utenti finali, quanto, in modo evidente, da quello dei distributori degli stessi. Su quanto affermato sulla Carta (nonché per consultarne il testo), v. [http://ec.europa.eu/comm/avpolicy/other\\_actions/content\\_online/index\\_en.htm#filmonline](http://ec.europa.eu/comm/avpolicy/other_actions/content_online/index_en.htm#filmonline).

forma Alternativa, dalla Piattaforma Unica satellitare: una barriera, quest'ultima, per sormontare la quale le misure sull'accesso ai contenuti enunciate nella Decisione si sono rivelate di preziosa utilità<sup>75</sup>. Nel dare concreta attuazione, infatti, ed ancor più, interpretazione agli impegni riguardanti la predisposizione del meccanismo dell'offerta *wholesale* alla quale e.Bismedia (per conto di FASTWEB) ha chiesto di essere ammessa, sono, però, affiorate posizioni e vedute difformi da parte delle due piattaforme, con la conseguente chiamata in causa dell'AGCom come soggetto preposto alla composizione della divergenza sorta. Naufragato ogni tentativo di conciliazione tra le parti, il procedimento che ne è scaturito è giunto a definizione vincolante da parte dell'Autorità, che ha adottato, in proposito, la Delibera di cui sopra.

A scatenare la controversia in questione — non è l'unica sorta tra le due piattaforme menzionate<sup>76</sup> — è la posizione assunta da e.Bismedia: sostiene, quest'ultima, che i termini dell'accordo concluso con Sky per dare esecuzione all'offerta all'ingrosso dei contenuti *premium* della Piattaforma Unica contravvengono alla *ratio* (e alla sostanza) degli impegni a carico di Sky previsti in merito nella Decisione, determinando una marcata limitazione delle proprie capacità competitive. I punti sollevati da e.Bismedia ruotano attorno a tre elementi, rispetto ai quali, sostiene l'istante, il comportamento assunto da Sky appare decisamente censurabile: si tratta dell'applicazione resa del principio di disaggregazione dell'offerta; del modo nel quale è stata interpretata la (in)disponibilità della facoltà di commercializzare l'oggetto dell'offerta medesima per periodi di tempo liberamente determinabili da parte del-

<sup>75</sup> Che e.Bismedia (all'epoca ancora parte di e.Biscom) abbia da subito guardato con molta attenzione e preoccupazione (relativamente alle implicazioni concorrenziali) alla nascita di una piattaforma satellitare combinata, emerge dall'intervento di quella società nel corso dell'istruttoria avviata dall'AGCM in merito alla proposta di concentrazione Telepiù/Stream (di cui al cit. provv. 10716/2002 dell'AGCM), allorché la nascente Piattaforma Alternativa afferma la necessità di disciplinare il potere di mercato dell'operatore unico, evidenziando, in proposito, il bisogno che Telepiù «rimuova dai contratti in essere e si impegni a non inserire nel futuro clausole di esclusiva, *holdback*, esclusive negative e simili protezioni ed, in genere, qualunque tipo di clausola o comportamento avente come oggetto o come effetto quello di escludere o limitare l'utilizzo dei diritti relativi alla diffusione a pagamento di contenuti su piattaforme trasmissive diverse dal satellite» (ivi, par. IV, n. 60).

<sup>76</sup> Sky ed e.Bismedia si sono “scontrate” di fronte all'AGCom su altri aspetti interferenti con la *wholesale premium offer*: si tratta, in particolare, della controversia riguardante la comprensione nell'ambito dell'offerta all'ingrosso della programmazione cinematografica di Sky in modalità *pay-per-view*, nonché di due specifici canali sportivi (Inter Channel e Milan Channel) della medesima piattaforma; e dell'ulteriore controversia avente ad oggetto la diffusione del programma «Grande Fratello» (con i servizi interattivi annessi) nonché la sua eventuale qualificazione come contenuti *premium*. Su entrambe le questioni, le due piattaforme hanno raggiunto un accordo conciliativo (durante la prima fase del procedimento istruito dall'Autorità), che ha portato, quindi, l'AGCom ad emettere due delibere (rispettivamente la delib. n. 442/04/CONS del 21 dicembre 2004 e la delib. n. 443/04/CONS della stessa data) di non luogo a provvedere.



l'acquirente (anche attraverso l'uso del marchio che contraddistingue l'attività di quest'ultimo soggetto)<sup>77</sup>; e, infine, della metodologia usata (e del risultato raggiunto) nella determinazione dei prezzi della stessa offerta. Tralasciando quest'ultimo aspetto<sup>78</sup>, è bene considerare i primi due punti segnalati, presentando essi maggiore attinenza alla sostanza del diritto d'accesso ai contenuti e delimitandone, in concreto, talune forme di manifestazione ed estensioni.

La disaggregazione (c.d. *unbundling*) dell'offerta, valido strumento per contribuire allo sviluppo di un'efficace politica concorrenziale (subordinatamente al modo nel quale è adottato ed interpretato) è uno dei principi portanti nell'applicazione del meccanismo della *premium wholesale offer*. Disaggregare un'offerta di contenuti operata tra piattaforme trasmissive significa, in linea di massima, rendere praticabili, da parte dell'offerente degli stessi, forme d'accesso ai medesimi più flessibili e modulabili sulla base delle esigenze del singolo acquirente: il quale, potendo contare sulla distinzione e segmentazione tra vari contenuti viene messo nelle condizioni di poter (liberamente e discrezionalmente) scegliere quali acquistare. In generale, astraendo dal caso concreto, più la disaggregazione è elevata, più alta è la possibilità, per chi beneficia di un'offerta che ad essa ricorra, di presentare i contenuti acquistati, (ri)aggregati in modo originale e volutamente distinto da quello adottato dall'offerente degli stessi. Argomentando empiricamente, più alto è il livello di disaggregazione dell'offerta e più ampie le possibilità di segmentarla in più parti, maggiori divengono anche, conseguentemente, le capacità da parte dei beneficiari di quell'offerta di sviluppare strategie realmente competitive: potendo questi, infatti, nello sfruttare livelli elevati di disaggregazione, puntare ad acquistare solo alcuni segmenti (ossia, nel caso di specie, canali), a riproporli ai propri utenti finali (ri)assortiti o (ri)aggregati secondo schemi vari, alternativi rispetto

<sup>77</sup> La possibilità per la Piattaforma Alternativa di utilizzare il proprio marchio editoriale nel trasmettere i canali/pacchetti *premium* acquistati all'ingrosso da Sky — questione di non secondaria importanza per lo sviluppo di una offerta commercialmente alternativa ed efficacemente concorrenziale — ha rappresentato un punto ulteriore di frizione tra le parti in causa: cfr. Impegni, Parte II, n. 10.3; Delib., Par. III.B.3, e IV. C.

<sup>78</sup> Cfr., in dettaglio, Delib., Par. IV.B. Si tratta di un aspetto — quello dell'applicazione, come base di calcolo del prezzo, del principio del *retail minus*, con le complessità derivanti dalla metodologia utilizzata per quantificare esattamente il

*minus*, ovvero lo « sconto », i costi evitati, cioè dalla Piattaforma Unica nel non commercializzare direttamente, al dettaglio, i contenuti offerti, da sottrarre al prezzo *retail* « effettivo », da quantificare anch'esso, quindi, preventivamente — che, seppur relativo al versante estremamente pratico-funzionale dell'applicazione del meccanismo della *wholesale offer*, copre, comunque, un ampio spazio della Delib.: non fosse altro per le rilevanti conseguenze strettamente economiche (ma, di rimando, evidentemente, più ampie) che comporta la fissazione di un certo parametro sul quale fondare il calcolo del prezzo dell'offerta all'ingrosso.

a quelli adottati dall'offerente, e quindi potenzialmente dotati di rinnovata capacità attrattiva. L'originalità della (ri)aggregazione o del (ri)assortimento può ripagare l'identità dei contenuti che comunque sta alla base dell'offerta rivolta agli utenti finali da parte delle piattaforme che acquistano gli stessi: più in generale, così, una disaggregazione elevata può fornire delle buone basi per lo sviluppo di un mercato caratterizzato da contendibilità e, quindi, concorrenziale.

Volgendosi adesso al caso che interessa questa trattazione, si fa notare come, per quel che riguarda l'obbligo di offerta *wholesale* in capo alla Piattaforma Unica, rispetto ai parametri forniti nella Decisione, l'applicare il concetto di disaggregazione non offra ampi margini di discutibilità quando i canali *premium* dei quali disponga la Piattaforma Unica, base dell'offerta all'ingrosso — cosa che non sono, invece, i singoli contenuti che compongono ogni canale<sup>79</sup> — non siano dalla stessa inseriti originariamente in pacchetti. Realizzare la disaggregazione a proposito dell'offerta dei canali *premium* non significa nulla più che consentire l'accesso delle piattaforme alternative a ciascuno di essi, singolarmente considerato. L'applicazione del concetto di disaggregazione diventa, invece, oggetto di discussione quando si ha a che fare con l'offerta di pacchetti di canali *premium*: in particolare, ci si chiede in quest'ipotesi, qual è il livello (e quindi cosa significa ragionare) di disaggregazione? Quando è che l'offerta dei pacchetti *premium* commercializzati *ab origine* come tali dalla Piattaforma Unica può dirsi realizzata con un confacente tasso di disaggregazione e, quindi, rispettoso delle misure che la vogliono tale<sup>80</sup>? I pacchetti di canali *premium* rientrano a tutti gli effetti nel meccanismo della *wholesale offer*: ma è possibile sostenere che, in base all'interpretazione degli impegni assunti da Sky, essa debba «spacchettare quei pacchetti», disaggregare, cioè, in sede di offerta all'ingrosso dei medesimi alle piattaforme concorrenti, i singoli canali che li compongono e renderli, così, accessibili a queste ultime? Sviluppando il ragionamento accennato è evidente che da parte di chi avanzi richiesta di accesso ai pacchetti *premium* della Piattaforma Unica, ottenere il più elevato livello possibile di disaggregazione/spacchettamento è un obiettivo di primaria importanza. Non sorprende, quindi, che nella controversia tra e.Bismedia e Sky, la prima abbia puntato con forza verso questo traguardo, mirando ad ottenere un livello di disaggregazione riferito, sempre e comunque, ad un singolo canale *premium*<sup>81</sup>. Di opposto avviso è, invece,

<sup>79</sup> Cfr. Impegni, Parte II, n. 10.1.

<sup>80</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>81</sup> Si legge, infatti, nella Delib., che «e.Bismedia ritiene che la possibilità di realizzare offerte diverse rispetto a quelle

realizzate da Sky Italia le consentirebbe di competere con Sky Italia non solo sul versante dei prezzi, ma anche sul versante della composizione dell'offerta, attraverso la realizzazione di pacchetti diversi da

la Piattaforma Unica, accordatasi, in principio, con e.Bismedia per negoziare con la stessa un'offerta che presentasse un tasso di disaggregazione analogo a quello praticato dalla prima nella distribuzione al dettaglio degli stessi canali/pacchetti *premium* ai propri utenti finali. La disaggregazione per Sky consiste, infatti, nell'offrire all'ingrosso i propri canali/pacchetti *premium* nelle stesse forme (con le stesse aggregazioni o modulazioni, cioè) praticate nella commercializzazione al dettaglio<sup>82</sup>: ed è questa la linea che sposa l'AGCom nella Delibera. L'Autorità, interpretando il passaggio contenuto nel testo degli impegni relativo alla materia in questione, stabilisce che «la Decisione [...] obbliga Sky Italia a fornire a livello *wholesale* ogni pacchetto o singolo canale *premium* che essa stessa offre a livello *retail*, ma non impone ulteriori livelli di disaggregazione a livello *wholesale*»<sup>83</sup>. A motivazione di questa posizione l'AGCom indica il bilanciamento tra l'esigenza di non praticare discriminazioni nei confronti delle piattaforme che chiedano di accedere all'offerta *wholesale* ed il rispetto della proporzionalità degli obblighi posti in capo a Sky<sup>84</sup>: alla quale,

quelli realizzati dall'operatore satellitare. e.Bismedia aggiunge peraltro che livelli di aggregazione diversi e modalità temporali di vendita diverse da quelle applicate da Sky Italia porterebbero alla creazione di un'offerta differenziata non solo tra le due parti della controversia, ma anche tra e.Bismedia e gli altri operatori televisivi che intendano offrire ai propri clienti l'offerta *premium* di Sky Italia nei termini stabiliti dagli Impegni» così da consentire, ad e.Bismedia, di proporsi sul mercato in termini realmente competitivi (Delib., Par. III.A.1). Il testo della Delib. continua dando atto che, sulla base di quanto sostenuto, «e.Bismedia chiede che, ai sensi della Decisione, sia possibile per l'operatore concorrente comprare liberamente all'ingrosso i singoli canali, i pacchetti e le aggregazioni di pacchetti *premium* che ritiene opportuno e rivenderli, in modo disaggregato, a livello *retail*». La lettura, invece, che la Piattaforma Alternativa fornisce a proposito del concetto di disaggregazione contenuto negli Impegni porta la medesima a sostenere che «l'offerta dei singoli prodotti non può essere legata o accorpata bensì deve essere fatta, oltre che distinguendo il pacchetto Basic dai contenuti *premium*, distinguendo ed offrendo separatamente ogni pacchetto o canale *premium* da ogni altro».

<sup>82</sup> La tesi di Sky è, in realtà, un po' più articolata rispetto a quanto riassunto: la Piattaforma Unica sostiene, infatti, che «anche il consulente dell'Autorità [interpellato da quest'ultima con lo scopo di

compiere verifiche in ordine agli aspetti controversi, *n.d.a.*] ha ritenuto appropriato un livello di disaggregazione corrispondente a quanto offerto da Sky Italia nell'Offerta *wholesale* in vigore, avendo espresso essenzialmente la posizione che, a parte i casi in cui vi sia corrispondenza tra la composizione dei singoli canali e le modalità di approvvigionamento dei contenuti, ovvero i casi in cui esistono dei contratti separati per i contenuti, il tentativo di attribuire un prezzo distinto a ciascun canale facente parte di un pacchetto si risolve in un esercizio di elevata complessità, con il rischio di ottenere risultati finali aleatori, in quanto basati su valutazioni soggettive». Traspone come il consulente abbia individuato, come livello minimo di disaggregazione dell'offerta, quello che tenga conto delle modalità di approvvigionamento dei contenuti: ed abbia riscontrato, pur tuttavia, difficoltà nell'applicazione di tale parametro laddove ad un canale non corrisponda un separato contratto d'approvvigionamento dei relativi contenuti, bensì, ve ne siano più d'uno. In questo secondo caso, evidentemente, determinare il valore d'ogni singolo canale sarebbe operazione del tutto soggettiva, pertanto esposta a rischi per entrambe le parti. Il tutto fa pensare che la soluzione offerta da Sky, la più adatta a fornire ampie garanzie, è la preferibile.

<sup>83</sup> Delibera, Par. IV.A.1.

<sup>84</sup> Riguardo al principio della proporzionalità degli impegni che le imprese interessate a realizzare una concentrazione as-

del resto, non si attribuisce l'onere di provvedere ad un livello di disgregazione diverso da quello che essa pratica alla clientela finale nell'offrire gli stessi canali/pacchetti<sup>85</sup>. La questione del livello della disaggregazione dell'offerta dei contenuti disponibili a Sky, e le connesse possibilità di strutturazione dei medesimi da parte della Piattaforma Alternativa, in modo tale da creare a proprio favore un'offerta attrattiva, efficacemente competitiva, sembra risolta dall'AGCom nel segno di un contemperamento degli interessi in gioco che coinvolgono e contemplanò una visione ampia e generale dell'accesso ai contenuti sotto il particolare frangente che fa da spunto all'apertura verso questo tema: una visione che, quindi, in merito a ciò, non manca di considerare, oltre alla soluzione del caso di specie, la necessità di mirare a garantire gli equilibri generali del sistema.

Sempre nell'ambito della Delibera, l'altro aspetto da segnalare riguarda l'incidenza del meccanismo di offerta all'ingrosso dei contenuti *premium* della Piattaforma Unica nella strategia di (ri)-distribuzione al dettaglio degli stessi da parte della Piattaforma Alternativa. La questione origina dalla non concorde interpretazione fornita dalle parti in causa a proposito del testo degli Impegni, laddove esso stabilisce, sostanzialmente, che il beneficiario dell'offerta *wholesale* deve essere messo in condizione, all'atto della distribuzione dei contenuti acquistati, di comportarsi in piena autonomia commerciale<sup>86</sup>. Da questa disposizione deriva non solo che quanti acquistino i contenuti pregiati all'ingrosso debbano essere liberi di offrirli ai propri clienti praticando, a loro discrezione, i prezzi al dettaglio ritenuti più opportuni; o che debbano poter contare sulla possibilità di associare alla distribuzione dei medesimi contenuti i servizi aggiuntivi da erogare ai propri utenti. Se ne evince anche che all'acquirente all'ingrosso dei contenuti *premium* spetta la facoltà di determinare liberamente i periodi di tempo contrattuali da applicare nella commercializzazione di ciò che ha acquistato. Il fattore temporale, del resto, è parte integrante nell'articolare le forme e i modi di una certa politica commerciale: garantire la facoltà di commercializzare i contenuti *premium* per periodi di tempo liberamente stabiliti contribuisce, dunque, in misura considerevole, a dare sostanza a quell'autonomia commerciale delle piattaforme alternative deri-

---

sumono per renderla compatibile con il mercato comune, si segnala che esso compare esplicitamente nel considerando 20 del reg. CE 139/2004, laddove si afferma che « gli impegni dovrebbero essere proporzionati al problema sotto il profilo della concorrenza e risolverlo interamente ». Interessante notare che, vigente la precedente versione del reg. (cioè il reg. CEE 4064/

89), la CGCE ha parlato di necessità che gli impegni in questione siano « idonei » a rendere l'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune: cfr. sent. caso T-102/96, *Gencor/Commission* (in R.G. 1999, p. II,753), par. 318.

<sup>85</sup> Cfr. Delib., Par. IV.A.1. Cfr. anche, Impegni, Parte II, n. 10.3.

<sup>86</sup> Cfr. Impegni, Parte II, n. 10.7.

vante dagli Impegni assunti dalla Piattaforma Unica. A tutto ciò consegue, inesorabilmente, che ogni accordo d'ostacolo alle libertà appena descritte si espone a rischi d'inottemperanza di quanto può ricavarsi dal pertinente passaggio degli Impegni: rischi che Sky sembra aver corso e, in parte, concretizzato nell'esecuzione data all'offerta all'ingrosso praticata a favore di e.Bismedia. Infatti, nell'accordo concluso tra Sky e la Piattaforma Alternativa — si tratta dell'accordo a monte della controversia — risulta esser stata inserita una norma attraverso la quale s'impone alla Piattaforma Alternativa l'obbligo di corrispondere a Sky, esclusivamente su base annuale, gli importi dovuti a quest'ultima come prezzo dell'offerta *wholesale*: un prezzo calcolato, tuttavia, su base mensile, e rispetto al numero degli abbonati<sup>87</sup>. Formalmente nulla in questa disposizione convenzionale costituisce diretto ostacolo alla possibilità per e.Bismedia di commercializzare i canali/pacchetti *premium* acquistati all'ingrosso, per periodi di tempo liberamente determinati. Non di meno, il fatto ch'essa comporti l'obbligo per la Piattaforma Alternativa di dover corrispondere alla Piattaforma Unica, a livello *wholesale*, prezzi su base annuale per contratti (relativi all'offerta all'ingrosso) che, quindi, a quello stesso livello, vengono conclusi (presumibilmente) applicando l'anno come unità temporale, può avere ricadute, indirette almeno, sulla politica commerciale che e.Bismedia adotterà a livello *retail*. Se e.Bismedia, ad esempio, proponesse ai propri clienti contratti di durata inferiore a quella prevista per gli accordi negoziali stipulati a livello *wholesale*, essa verrebbe a trovarsi spesso nella situazione di dover versare a Sky un prezzo per un servizio che ha cessato in concreto di erogare, ma che, a livello *wholesale*, continuerebbe a pagare: tutto questo nonostante il fatto che, comunque, i prezzi per i contratti *wholesale*, seppur da corrispondere con cadenza annuale, vengano calcolati *pro capite* (intendendosi, per *caput*, un abbonato), su base mensile. Insomma, così vigente quella disposizione convenzionale, risulterebbe assai improbabile l'applicazione ai contratti di distribuzione dei contenuti alla propria clientela di una durata diversa — e quindi liberamente stabilita — da quella ad essa imposta, in sede di negoziazione all'ingrosso per l'acquisto di quegli stessi contenuti, da parte della Piattaforma Alternativa. La piena autonomia della politica commerciale di e.Bismedia, quindi, viene compromessa indirettamente, sotto il profilo temporale, dal modo nel quale Sky avrebbe dato corso all'offerta *wholesale*<sup>88</sup>. Dal merito della disposizione

<sup>87</sup> Da quanto si evince dal testo della Delib. (nella parte del dispositivo), la norma convenzionale in questione è l'art. 7.1 dell'accordo *wholesale* intercorso tra le parti, la quale recita: « i prezzi del listino

*wholesale*, che s'intendono formulati per mese per abbonato, saranno applicati ed i relativi importi saranno dovuti per periodi di durata annuali ».

<sup>88</sup> Cfr. Delib., Par. III.A.3, dove, ri-

convenzionale qui considerata deriverebbe un vero e proprio vincolo, infatti, che andrebbe a gravare, in ultima analisi, sulla capacità di e.Bismedia di concorrere con la Piattaforma Unica: per una piattaforma, la prima, che, come si legge nella Delibera, fonda gran parte delle proprie strategie competitive sulla possibilità, consentita dalla tecnologia che impiega, di rendere estremamente flessibili i caratteri della fornitura rivolta agli utenti, anche e soprattutto in termini di durata temporale della prestazione offerta, l'esser costretta, nei fatti, entro i limiti di tempo che deriverebbero, giocoforza, dal comportamento concludente di Sky, costituisce un ostacolo significativo alla sua libertà commerciale<sup>89</sup>. Di fronte a questa evidenza, la difesa di Sky non viene accolta dall'AGCom<sup>90</sup>: la quale, avvicinandosi alle posizioni di e.Bismedia, stabilisce, risolutivamente, che a quest'ultima sia consentito «di corrispondere a Sky Italia gli importi dovuti per periodi di durata contrattuale a livello *wholesale* inferiori all'anno, ma non inferiore al mese»<sup>91</sup>.

Quanto fin qui riportato, dimostra — si ritiene — come l'effettività e la consistenza di un diritto d'accesso ai contenuti si misuri con gli spazi lasciati al libero esercizio del medesimo da parte di chi ne è titolare: la capacità di determinare la durata delle offerte

portando le regioni avanzate dalla parte istante, si legge che essa «contesta il vincolo contenuto all'interno dell'Offerta *wholesale* di Sky Italia in base al quale ogni singolo pacchetto o canale *premium* deve essere commercializzato da e.Bismedia per una durata annuale. Tale vincolo risulterebbe dall'articolo 7.1 dell'Accordo, che obbliga e.Bismedia a replicare i termini contrattuali praticati da Sky Italia ai propri abbonati; l'Accordo, infatti, vincola gli abbonati per dodici mesi dal giorno della sottoscrizione, mentre il recesso dal contratto è possibile solo previo invio di una raccomandata con due mesi di anticipo rispetto alla data di scadenza del contratto stesso».

<sup>89</sup> «e.Bismedia ritiene che tale vincolo costituisca un forte limite alla libertà commerciale dei concorrenti di Sky Italia, e risulta particolarmente lesivo per e.Bismedia, che si vede privata di uno dei principali elementi di diversificazione dell'offerta rispetto al monopolista satellitare, ovvero la possibilità di attivare e disattivare le "opzioni televisive", direttamente da parte dell'utente tramite telecomando, consentita dall'alto livello di interattività che caratterizza la distribuzione via cavo. Il gruppo e.Biscom si caratterizza infatti per la flessibilità del rapporto contrattuale garantita ai propri utenti» (*ibidem*).

<sup>90</sup> Dovendosi basare il *quantum* ri-

chiesto come corrispettivo dell'offerta *wholesale*, sul prezzo *retail* che Sky applica ai contenuti distribuiti, e stabilendo essa quest'ultimo prezzo sulla base di costi ripartiti su scala annuale — così accade, ad esempio, per l'acquisizione, su base annuale/stagionale, dei contenuti calcistici — l'unica soluzione alternativa (praticare, cioè, contratti all'ingrosso, di durata inferiore all'anno) sarebbe quella di dover rivedere ed aggiustare (di volta in volta) la base di calcolo del prezzo *retail*: cosa che è, del resto, difficilmente (nonché poco opportunamente) praticabile. Sul punto cfr. Delibera, Par. III.B.3., dove si legge che «l'articolo 7.1 dell'Accordo non può che essere interpretato alla luce di quel principio di autonomia dell'operatore alternativo sancito, oltre che dagli Impegni e dalla Decisione [dall'Accordo stesso, in altri suoi passaggi]. Un'interpretazione di tali disposizioni che risulti conforme alla *ratio* della Decisione comporta, infatti, l'obbligo di Sky Italia di non rendere eccessivamente oneroso a e.Bismedia l'acquisto all'ingrosso dei contenuti, sotto il profilo contabile-temporale, garantendo a quest'ultimo «piena autonomia» di determinazione dei prezzi al dettaglio ed in modo omogeneo rispetto alla sua politica commerciale relativa ad altri servizi» (Delib., Par. IV.C.).

<sup>91</sup> Delib., nella parte del dispositivo.

al dettaglio dei contenuti per i quali si è esercitato l'accesso, date le sue alte potenzialità d'incidenza sulle strategie commerciali, si riverbera sulla libertà d'esercizio di questo diritto nella misura in cui vincola il medesimo entro schemi altrimenti di certo non applicati. L'intervento dell'AGCom sulla materia, se filtrato secondo quest'ultimo ragionamento, appare, seppur circoscritto ad un aspetto estremamente specifico, aprirsi verso prospettive ben più ampie: la garanzia del diritto d'accesso ai contenuti da parte delle piattaforme alternative — così è per e.Bismedia — passa anche attraverso il riconoscimento e l'affermazione della loro libertà commerciale, in tutte le forme nelle quali essa può legittimamente prendere sostanza.

Ricomponendo, a questo punto, gli spezzoni della Delibera, dopo averli partitamente considerati, non può che rimarcarsi il ruolo che essa assume nel contesto della disciplina di un diritto d'accesso ai contenuti nel mercato televisivo multipiattaforma. Il meccanismo dell'offerta *wholesale* di canali/pacchetti *premium*, al quale è vincolata (ove richiesta), in base alla Decisione comunitaria, la Piattaforma Unica rappresenta a tutti gli effetti, per le piattaforme alternative, un'ottima possibilità d'assicurarsi la disponibilità di contenuti pregiati. Garantire il corretto funzionamento di quel meccanismo, dunque, significa tutelare l'effettività dell'accesso ai contenuti che può realizzarsi attraverso di esso. Ed è proprio a garanzia del rafforzamento delle opportunità d'accesso ai contenuti che mira la Delibera dell'AGCom: la quale, seppur concentrandosi sulla specifica applicazione della *wholesale offer* da parte di Sky nei confronti di e.Bismedia è, per le caratteristiche che contraddistinguono questo tipo d'offerta, capace di produrre effetti sulle diverse e future applicazioni della medesima. Infatti, come già notato, dovendosi l'offerta all'ingrosso operata da Sky reggere sui principi di non esclusività e non discriminazione, non è difficile immaginare che, proprio alla luce del principio di non discriminazione, allorché altre piattaforme alternative a quella satellitare chiederanno d'essere ammesse a quell'offerta, quanto deciso nella Delibera dell'AGCom a proposito della controversia tra e.Bismedia e Sky potrà essere loro applicabile. Fornendo un'interpretazione di alcuni aspetti essenziali per il corretto funzionamento dell'offerta *wholesale* dei canali/pacchetti *premium* di Sky, aspetti che incidono sulle modalità d'accesso alla medesima da parte delle piattaforme alternative, e quindi, sull'effettiva capacità di queste ultime di accedere ai contenuti (in particolare, a quelli *premium*, oggetto dell'offerta), la Delibera costituisce un precedente rilevante (ed invocabile a buona ragione) nell'esercizio del diritto d'accesso ai contenuti *premium* di Sky: un diritto, questo, del quale sarebbero titolari le piattaforme alternative, come contraltare dell'obbligo che grava sulla Piattaforma Unica in forza della Decisione comunitaria.

Non sono mancate critiche, a questo proposito, da parte di chi sostiene che è lo stesso meccanismo dell'offerta *wholesale* a suscitare perplessità e, quindi, l'inopportunità d'interventi autoritativi a sostegno del medesimo<sup>92</sup>. L'offerta *wholesale premium* può rappresentare, si argomenta, una via più vantaggiosa nell'accesso ai contenuti rispetto a quella della negoziazione diretta intorno agli stessi, con gli originari titolari dei diritti sui medesimi. Così facendo, però, al tempo stesso, essa rischia di compromettere parzialmente l'attività originaria di colui che è tenuto a realizzarla, nonché, quindi, come conseguenza a catena, il tasso di concorrenzialità del mercato: in sostanza, si fa notare, che «una decisione [quella di cui alla Delibera dell'AGCom, *n.d.a.*] che vede Sky come fornitore di contenuti all'industria piuttosto che agli abbonati [...]» distorce in maniera considerevole il *core business* della Piattaforma Unica — che è quello di fornire i contenuti ai propri clienti e non ai propri *competitors* —, come appare se si considera ch'essa «avviene nel momento in cui Sky raccoglie abbonati e si afferma sul mercato», potendosi, in ultima istanza, rivelare come «un disincentivo alla concorrenzialità del mercato. Ci si chiede infatti quale interesse abbia Sky a comprare contenuto, “oltre il necessario” per “canali di distribuzione” che sono, in qualche modo, a favore di *competitors*»<sup>93</sup>. Forse, però, così ragionando, si dimentica di sottolineare il particolare frangente temporale (oltre che soggettivo) nel quale il meccanismo d'offerta *wholesale* è applicato ed opportunamente garantito dall'AGCom. Avviandosi il mercato verso una presenza di più piattaforme trasmissive, ancora, rispetto a quella satellitare unica, in piena fase di «sviluppo» e già in potenziale concorrenza tra loro, ma che da subito registra rispetto allo scenario auspicato la significativa attività di un operatore d'ostacolo alla circolazione dei contenuti, il comportamento dell'AGCom, volto ad assicurare autoritativamente l'effettività dell'offerta *wholesale premium* (alla quale, del resto, la stessa Sky si è vincolata), si configura come un intervento tanto opportuno quanto necessario. Esso mira a garantire che piattaforme diverse, trasmettendo i medesimi contenuti, possano sviluppare, in prima battuta perlomeno, una concorrenza «nel mercato» più che sul mercato o per il mercato: una concorrenza che punterà, così, sulla qualità dei servizi offerti più che sulla differenziazione dei contenuti trasmessi. Si capisce, quindi, come

<sup>92</sup> Cfr. E. PROSPERETTI, *Sky/e.Bismedia: i possibili effetti della decisione dell'AGCom*, reperibile all'indirizzo Internet <http://www.interlex.it/tlc/eprospl.htm>.

<sup>93</sup> *Ibidem*. L'A. fa notare, inoltre, che qualora Sky, in virtù della gravosità (risultante dall'interpretazione) degli obblighi ad essa imposti circa l'offerta *wholesale*

*premium*, cessasse gli sforzi profusi in larga misura nell'acquisto/produzione di contenuti *premium*, si produrrebbe un impoverimento del mercato degli stessi, oltre che del sistema nel suo complesso (anche a causa, del conseguentemente ridotto oggetto dall'offerta *wholesale*).



rendere, in questi termini, più agevole l'accesso ai contenuti, in particolare in una fase d'avvio del mercato televisivo multiplatforma, significa garantire una solida precondizione allo sviluppo della concorrenza nel mercato e, di rimando, all'attecchimento, dal lato dell'offerta, di una pluralità di presenze in grado di proporla: tutto questo assieme ad una maggior garanzia della reale possibilità d'accesso del singolo a contenuti fruibili attraverso il sistema nel suo complesso. Più piattaforme trasmissive, in concorrenza tra loro, possono dare un apporto decisivo a che, nel nascente mercato delle comunicazioni digitali, le libertà costituzionali abbiano una più ampia realizzazione.

#### 6. LA DIRETTIVA « TELEVISIONE SENZA FRONTIERE » E LA PROPOSTA DI REVISIONE: GLI EVENTI IN CHIARO E I BREVI ESTRATTI.

Per quanto riguarda i contenuti da rendere accessibili la normativa europea detta principi e prescrive modalità che hanno ampia incidenza nelle legislazioni nazionali. Un primo ambito concerne la promozione di opere europee, così come configurato nella direttiva 89/552/CEE, modificata con la direttiva 97/36/CE<sup>94</sup>: gli Stati membri dell'Unione europea sono chiamati a vigilare « ogniqualvolta sia possibile e ricorrendo ai mezzi appropriati » che le emittenti — quando fu formulato il testo era questa la secca dizione, oggi non possono essere ignorati gli stessi « fornitori di servizi media »<sup>95</sup> — sulle quali hanno facoltà di giurisdizione e non si rivolgano ad un pubblico locale riservino a opere europee « la maggior parte del loro tempo di trasmissione, escluso il tempo dedicato a notiziari, manifestazioni sportive, giochi televisivi, pubblicità, servizi di teletext e televendite »<sup>96</sup>. E disposizioni sempre finalizzate alla promozione investono la produzione indipendente, alla quale si dovrà dedicare almeno il 10% del tempo di trasmissione o almeno il 10% del bilancio destinato alla programmazione (articolo 5). Sta agli Stati scegliere i « mezzi appropriati », non necessariamente da concretizzare in quote obbligatorie. La legislazione ita-

<sup>94</sup> Rispettivamente, la prima direttiva in G.U.C.E. L 298 del 17 ottobre 1989, p. 23 ss.; la seconda, in G.U.C.E. L 202 del 30 luglio 1997, p. 60 ss.

<sup>95</sup> Cfr. art. 1 sulle definizioni della proposta di revisione in COM (2005) 646 del 13 dicembre 2005.

<sup>96</sup> Cfr. art. 4 della dir. 89/552/CEE, c.d. « Televisione senza frontiere » nella successiva integrazione apportata dalla dir. 97/36/CE. La definizione all'art. 6 di opere europee richiama tra i vari elementi che devono caratterizzarle il fatto che deve

trattarsi di opere « realizzate con il preponderante contributo di autori e lavoratori residenti in uno o più Stati membri ». Nonostante tali indicazioni qualitative nel paniere delle opere europee finiscono per essere compresi anche programmi realizzati in studio o di scarso impegno creativo. Ciò attenua l'impatto della normativa, pensata soprattutto per stimolare la produzione di opere di *fiction*, film cinematografici e televisivi etc., sì da favorire una più incisiva competizione dell'Europa a scala internazionale.

liana, per come è sistematizzata nel Testo Unico, recepisce le indicazioni comunitarie nei principi (articolo 6) e nelle disposizioni specifiche relative alla produzione audiovisiva europea, all'articolo 44: «la percentuale di opere europee che i fornitori di contenuti televisivi e le emittenti televisive sono tenuti a riservare a norma dell'articolo 6 deve essere ripartita tra i diversi generi di opere europee e deve riguardare opere prodotte per almeno la metà negli ultimi cinque anni». Dunque s'interviene con indicazioni puntuali e riscontrabili, rimesse alle definizioni fornite dall'AGCom.

Rispetto all'oggetto qui trattato, è importante notare come questo insieme di disposizioni non assicuri un diritto d'accesso ai mezzi di un singolo contenuto o da parte di un singolo produttore, ma punti a creare o corroborare le condizioni generali positive perché coloro che hanno la responsabilità editoriale di un'emittente e si presentano come fornitori di contenuti — è sintomatico che nel Testo Unico le due figure siano accoppiate — diano spazio nelle loro offerte alla produzione di origine europea e tendenzialmente alla *fiction* nei suoi vari formati, e a quei programmi che sostanzino scambi e circolazione di opere tipiche delle culture europee<sup>97</sup>. Non è inesatto dire che il gruppo di norme in questione è finalizzato a stimolare un pluralismo interno nei vari palinsesti e in genere nell'attività dei gestori dei servizi televisivi, tradizionali e nuovi<sup>98</sup>. Per lo scenario che si profila, dominato dalle tecnologie digitali e dall'irruzione di nuovi soggetti, equiparabili a quelli già attivi nell'analogico e nei servizi cosiddetti lineari, il progetto di revisione della direttiva — che precisa la normativa da applicare ai servizi non-lineari —, sottoposto ad una larga consultazione e approvato il 13 dicembre 2006 alla prima lettura da parte del Parlamento europeo, prospetta norme leggere, e nondimeno assai discusse. In particolare l'articolo 3-*septies* della proposta è stato rafforzato ed esteso in prima lettura inserendovi un emendamento (n. 108) che propone una formula assai ampia per eventuali forme di sostegno nel campo dei nuovi servizi interattivi: «gli Stati membri assicurano che i fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione promuovano, ove possibile e con i mezzi adeguati e tenendo debito conto dei diversi strumenti di fornitura, lo sviluppo e la produzione di opere europee e l'accesso alle stesse, ai sensi dell'articolo 6»<sup>99</sup>. E nel prosieguo esemplifica — ciò che non si fa-

<sup>97</sup> Cfr. *Sesta relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento relativa all'applicazione degli articoli 4 e 5 per il periodo 2001-2002*: COM (2004) 524 del 28 luglio 2004. In essa si verifica che l'applicazione dell'art. 4 «è stata globalmente soddisfacente», mentre «meno positiva» è la tendenza relativa agli obiettivi dell'art. 5..

<sup>98</sup> Cfr. COM (2003) 784 del 15 dicembre 2003, par. 3.1..

<sup>99</sup> Questa, come le successive citazioni di emendamenti approvati sono tratti dal Verbale della seduta del Parlamento europeo del 13 dicembre 2006: cfr. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT>

ceva nel più generico testo della Commissione — talune soluzioni da adottare, quali la messa a disposizione del pubblico di « un numero minimo di opere europee proporzionale alla resa economica » e l'inserimento di « una quota minima di opere europee e di opere europee create da produttori indipendenti dalle emittenti nei cataloghi di “video su richiesta” ».

Ad oggi, ovviamente, non è dato prevedere la formulazione esatta dell'articolo nella versione finale, dopo la seconda lettura e il probabile confronto col Consiglio ai fini di un compromesso di « conciliazione ». Intanto si può sottolineare che il verbo « assicurano » è più incisivo del consueto « vigilare » e che si è creato un notevole consenso per inscrivere nella nuova direttiva (denominata « Direttiva Servizi di Media Audiovisivi », DSMA), specificamente per i servizi audiovisivi non-lineari, qualcosa di analogo a quanto disposto dall'articolo 4 — non toccato dal maxiemendamento avanzato dalla Commissione europea — per l'attività radiotelevisiva tradizionale, tra l'altro prospettando, per quanto concerne l'accesso degli utenti, l'utilità di « una presentazione attraente delle opere europee ».

Oltre che alla promozione e alla diffusione di programmi europei, alla tutela dei consumatori a fronte delle varie forme di comunicazione commerciale e alla garanzia del diritto di rettifica, la DSMA sarà finalizzata, anche nella sua nuova versione, ad assicurare che taluni eventi di grande rilevanza sociale non siano trasmessi in esclusiva ed in forma criptata, impedendo così che il pubblico di un Paese interessato a seguirli ne sia ostacolato a causa dell'accesso condizionato e dunque riservato ad una parte soltanto degli spettatori potenziali. Su questo punto, che ha rilevanti conseguenze sul diritto d'accesso o comunque sull'accessibilità nel suo doppio senso (ossia accesso alla trasmissione dell'evento da parte di una piattaforma e accesso alla visione dell'evento stesso da parte di chi intenda seguirlo), conviene soffermarsi.

Le vigenti disposizioni dell'articolo 3-bis, tese a consentire l'intervento pubblico, con « misure compatibili con il diritto comunitario », per cancellare o attenuare gli effetti discriminatori che si avrebbero da trasmissioni in forma non liberamente accessibile (*pay-tv* o *pay-per-view*, ad esempio), di « eventi che esso considera di particolare rilevanza per la società », furono a suo tempo incluse, in seconda lettura, da un emendamento parlamentare<sup>100</sup> sollecitato con particolare insistenza dall'EBU (*European Broad-*

+TA+P6-TA-2006-0559+0+DOC+XML+V0//IT.

<sup>100</sup> G. STROZZI-R. MASTROIANNI, *La disciplina comunitaria delle attività televisive: recenti sviluppi in tema di tutela del*

*pluralismo e la revisione della direttiva « Televisione senza frontiere »* in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, XXVIII, R. ZACCARIA (a cura di) Padova, Cedam, 1999, pp. 498-501.

*casting Union*) e permangono immutate. L'iniziativa trovò immediata accoglienza e così aggiunse un aspetto non secondario alla normativa comunitaria. Come attuare quest'indicazione in modo non squilibrato e non necessariamente lesivo della libera contrattazione e dell'acquisizione dei diritti? La soluzione di una fitta lista comunitaria di eventi che fossero dotati della richiesta rilevanza sociale fu esclusa, perché non giustificabile alla luce del principio di sussidiarietà ed eccessivamente invasiva. Quindi si è optato per la redazione da parte di ciascun Stato membro di liste nazionali di avvenimenti valutati di grande interesse da far ricevere in chiaro da « una parte importante del pubblico dello Stato membro ». Tra i principi a garanzia degli utenti elencati nell'articolo 4 del Testo Unico figura al comma 1, lettera g) « la diffusione su programmi in chiaro, in diretta o in differita, delle trasmissioni televisive che abbiano ad oggetto eventi, nazionali e non, indicati in un'apposita lista approvata con delibera dell'Autorità, in quanto aventi particolare rilevanza per la società ». Tale lista è sottoposta alla Commissione europea, la quale « verifica che tali misure siano compatibili con il diritto comunitario e le comunica agli altri Stati membri » (articolo 3-bis, comma 2). Si istituisce, in tal modo, un circuito virtuoso che, in nome della libera circolazione dei servizi ed in attuazione della prassi del reciproco riconoscimento, conferisce uno statuto specifico alle trasmissioni che abbiano la natura peculiare individuata. In Italia l'AGCom con delibera n. 8/99/CONS ha elaborato una lista che, muovendo dalla definizione di « evento di particolare rilevanza per la società », comprende (articolo 2) le Olimpiadi, le finali e tutte le partite della nazionale italiana nel campionato europeo, tutte le partite della nazionale in ogni competizione ufficiale, le finali e semifinali della Coppa dei Campioni e della Coppa UEFA ove siano coinvolte squadre italiane, il Giro d'Italia, il Gran premio d'Italia automobilistico di Formula 1, il Festival della canzone di Sanremo, precisando per quali avvenimenti si deve scegliere la diretta integrale e lasciando per altri la facoltà di optare per diverse modalità. Malgrado lo sport faccia la parte del leone, non è detto che gli eventi da trasmettere *anche* in chiaro siano tutti di ambito agonistico-sportivo, pur tenendo conto che sia per gli interessi economici in gioco che per l'attenzione suscitata è questo il campo di contesa di gran lunga privilegiato.

La prescrizione introdotta ha creato una situazione che merita un'analisi ben consapevole delle conseguenze che riveste nell'avviare un processo estendibile e sicuramente rafforzativo del diritto all'informazione del cittadino europeo o residente nell'Unione europea. Non casualmente la proposta di revisione aggiunge un articolo 3-ter che allarga la portata dell'indicazione fissata. « Gli Stati membri — esso recita — provvedono a che, ai fini della realizzazione di brevi estratti dell'attualità, le emittenti stabilite in altri Stati membri non siano private dell'accesso, a condizioni eque, ra-

gionevoli e non discriminatorie, ad avvenimenti di grande interesse pubblico trasmessi da un'emittente soggetta alla loro giurisdizione». Ed al secondo comma si precisano gli obblighi relativi: «le emittenti possono scegliere liberamente brevi estratti dell'attualità a partire dal segnale dell'emittente di trasmissione, ma hanno l'obbligo di indicare almeno la fonte». È da annotare che il diritto ai «brevi estratti» è attribuito soltanto alle emittenti e non genericamente ai fornitori di servizi di media ed in questa esplicita restrizione si scopre un'autolimitazione dettata da un prudente calcolo di volontà politica. La strada, comunque, si allarga e non è detto che non divenga ancor più comprensiva: un'autostrada? Proprio a commento di questi articoli e delle conseguenze che ne scaturiscono se ne è rimarcato il significato generale in relazione allo stesso articolo 10 della CEDU (Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) e al diritto di accesso alle informazioni<sup>101</sup>. Resta da chiedersi se l'individuazione di un'area delimitata, quella delle emittenti di servizi radiotelevisivi, sia o meno in contraddizione con lo scenario in evoluzione della convergenza e con il principio della neutralità tecnologica. Come da ribadire è la propensione di talune emittenti del servizio pubblico e di alcuni Stati membri per l'adozione, a livello europeo, di «un atto normativo che preveda un diritto armonizzato di accesso agli eventi importanti»<sup>102</sup>, idea ovviamente osteggiata sia dalle emittenti private che dai detentori dei diritti<sup>103</sup>, i quali rifiutano in linea pregiudiziale l'inclusione del diritto di accesso ai contenuti come prerogativa europea

<sup>101</sup> Cfr. M. SCHOENTAL, *Major Events and reporting rights*, «IRIS plus-Legal observations of the European Audiovisual Observatory», Strasbourg 2006: «the proposed introduction of a right to short reporting for television broadcasters will complete the Community law provisions in this area. It will also ensure comprehensive protection at European level of the public's right of access to information and reports on certain events». Un emendamento aggiuntivo (n. 223) introdotto in prima lettura dal Parlamento fa, in effetti, riferimento all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali e fa intravedere ulteriori avanzamenti proprio appoggiandosi al diritto all'accesso: «In virtù del principio del libero accesso all'informazione sancito in particolare all'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e fatti salvi gli accordi contrattuali esistenti tra gli organismi di radiodiffusione, ciascuno Stato membro provvede a che, ai fini della realizzazione di brevi estratti dell'attualità, compresi gli estratti destinati a trasmissioni transfrontaliere, le emittenti stabilite

in altri Stati membri non siano private dell'accesso...»: quindi l'art. 3-septies, par. 1 prosegue come nel testo base.

<sup>102</sup> COM (2003) 784, cit., par. 3.3. È da notare che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 36 si scrive che «al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali conformemente al Trattato che istituisce la Comunità europea».

<sup>103</sup> Il problema della trasmissione in chiaro di taluni grandi eventi e quello dell'uso di brevi estratti d'attualità si intrecciano spesso con delicate questioni poste dalla protezione dei diritti d'autore e connessi, nonché con le disposizioni afferenti al commercio elettronico. Si tratta di trovare punti accettabili di equilibrio tra queste tematiche, il rispetto delle libertà di trattare e di acquisire i diritti e la libertà di informazione da assicurare ai cittadini in un contesto non angustamente nazionale.

e sono al più concordi sul fatto che la materia sia affrontata sulla base di codici volontari. Non è senza significato che sempre nel corso della sessione parlamentare del dicembre 2006 si sia voluto rafforzare il considerando 4 aggiungendovi un'indicazione (emendamento 6) densa di implicazioni di lungo respiro: « per assicurare la trasparenza e la prevedibilità sui mercati dei media e abbassare le barriere d'accesso, occorre rispettare i principi fondamentali del mercato comune, come le norme sulla concorrenza e la parità di trattamento tenendo conto dell'importanza di condizioni omogenee e di un autentico mercato europeo della radiodiffusione ». Sembra di essere appena agli inizi di un serrato e complesso dibattito tra i molti soggetti della Società dell'informazione. E l'esito non sarà indipendente dallo sviluppo o meno in senso costituzionale del Trattato dell'Unione.

#### 7. LA PIATTAFORMA DELLA TELEVISIONE IN MOBILITÀ: UN TEST PER IL DIRITTO DI ACCESSO AI CONTENUTI.

Esemplifica efficacemente la dimensione attuale che il problema della produzione<sup>104</sup>, della distribuzione e, in modo particolare, dell'accesso ai contenuti da parte delle piattaforme innovative sta corposamente assumendo nel mercato italiano delle comunicazioni<sup>105</sup> — anche se il fenomeno, naturalmente, ha rilievo interna-

<sup>104</sup> Il tema della produzione di contenuti audiovisivi è amplissimo: ci si limita a segnalare, a titolo esemplificativo, il ruolo che svolgono a questo proposito quelle azioni di politica culturale adottate nell'ambito dell'Unione europea, come il c.d. programma MEDIA. Inteso come strumento volto a promuovere attivamente il pluralismo su scala comunitaria (cfr. in proposito par. 4 dell'« Issue Paper for the Liverpool Audiovisual Conference: Media Pluralism - What should be the European Union's role? », elaborato dalla Direzione generale Società dell'informazione e media, della Commissione europea nel luglio 2005, di cui attraverso il sito *web* [http://ec.europa.eu/comm/avpolicy/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/comm/avpolicy/index_en.htm)), esso si propone di rafforzare la competitività delle industrie europee dell'audiovisivo predisponendo una serie di interventi (in gran parte di natura economica), sussidiari rispetto a quelli adottati in ambito nazionale, a supporto, tra le altre cose, della produzione di opere cinematografiche e contenuti audiovisivi: cfr. [http://ec.europa.eu/comm/avpolicy/media/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/avpolicy/media/index_en.html). Sempre per quel che riguarda l'industri dei contenuti, sugli intrecci tra produzione degli stessi e sviluppo

concorrenziale del mercato, cfr., ampiamente, « European Content Regulation: a Survey of the Legal Framework », in <http://www.contentconference.at/images/contentregulationEN.pdf>, documento (di lavoro) elaborato nel febbraio 2006, a cura dell'Institute for Austrian and European Public Law e la Vienna University of Economics and Business Administration per il seminario « Content for Competitiveness: Strengthening the European Creative Industries in the Light of the i2010-Strategy », tenutosi a Vienna, il 2-3 marzo 2006, sotto l'egida della presidenza austriaca del Consiglio europeo.

<sup>105</sup> Ancora, sulla centralità dell'elemento « contenuti » nell'ambiente radiotelevisivo digitale multiplatforma, varrà la pena seguire i progressi dell'indagine conoscitiva sugli aspetti complessivi relativi ai contenuti offerti con la tecnologia digitale, lanciata, in questi termini, dall'AGCom nell'ambito del programma d'interventi di cui alla delib. n. 163/06/CONS del 22 marzo 2006, ossia l'atto d'indirizzo consistente nell' *Approvazione di un programma di interventi volto a favorire l'utilizzazione razionale delle frequenze destinate ai servizi radiotelevisivi*

zionale — ciò che accade nel neonato settore della c.d. televisione in mobilità<sup>106</sup>.

L'ultima frontiera della distribuzione di contenuti audiovisivi a carattere radiotelevisivo (*tv-like*, come si è preso a dire) è rappresentata, infatti, dalla possibilità che nell'etere terrestre digitalizzato viaggino, oltre ai segnali che trasmettono contenuti (digitali) in grado di raggiungere i televisori debitamente equipaggiati per riceverli e mostrarli, anche i segnali utilizzati per la trasmissione di programmi ricevibili su idonei dispositivi mobili: si apre l'universo della *mobile television*. Il lancio (commerciale) di questa innovativa piattaforma trasmissiva è spesso indicato facendo ricorso alla sigla DVB-H (dall'inglese *Digital Video Broadcasting - Hand-held*), nome dello *standard* tecnico prescelto ed adottato (nel nostro Paese, oltre che in molti altri, prevalentemente, in Europa) per la piattaforma televisiva mobile<sup>107</sup>. Senza soffermarsi qui sugli aspetti tecnici, è interessante notare, però, come gli organi competenti nel regolare il settore (si fa riferimento, ovviamente, all'AGCom) si siano prodigati nell'assumere tempestivamente tutte le informazioni necessarie per comprendere funzionamento, potenzialità e conformazione del mercato relativo a questa alternativa modalità trasmissiva, in modo tale da poter giocare d'anticipo, per così dire, dal punto di vista della sua regolamentazione: è così

nella prospettiva della conversione alla tecnica digitale: cfr. *ivi*, n. 8.

<sup>106</sup> Per un'ampia disamina di questo nuovo segmento di mercato cfr. A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza*, Giuffrè, Milano 2006. Nella Prefazione V. ZENO-ZENCOVICH fa notare come la televisione mobile sia l'ultimo colpo subito da una concezione dell'attività radiotelevisiva ancorata all'idea di un specificità e quindi ad una necessità di peculiari regole: « la “commodification” dei contenuti, — egli osserva — la loro fruibilità ovunque e sempre, dà una ulteriore, e forse decisiva spinta alla destrutturazione della nozione di televisione, legata a tecnologie, economie, società del passato, sostituita da una generale nozione di prestazione di servizi audiovisivi i cui unici limiti sono quelli del *neminem laedere* e della tutela dei minori ». In effetti si tratta di un cambiamento nelle modalità di diffusione dei programmi o comunque dei contenuti che ha riflessi qualitativi e generali.

<sup>107</sup> Il DVB-H (che si basa, a sua volta, sullo *standard* DVB-T, ossia il *Digital Video Broadcasting - Terrestrial*, ed è compatibile, quindi, con il medesimo) è, infatti, uno dei molti *standards* utilizzabili per le trasmissioni verso terminali mobili, adottato dell'ETSI (*European Telecommunica-*

*tion Standards Institute*, <http://www.etsi.org/home.htm>) nel novembre del 2004, paragonabile allo *standard* MediaFlo, adottato in America settentrionale. Su questi aspetti risulta molto approfondita e particolareggiata la trattazione contenuta nell'« Indagine conoscitiva sulla fornitura dei servizi televisivi in mobilità », (in [http://www.agcom.it/provv/c\\_p\\_DVB-H/Sintesi\\_c\\_p\\_DVB-H.pdf](http://www.agcom.it/provv/c_p_DVB-H/Sintesi_c_p_DVB-H.pdf)) condotta di recente — è il risultato dell'ampliamento dell'indagine alla base della consultazione pubblica lanciata, l'8 novembre 2005, dall'AGCom per acquisire informazioni ed elementi in merito allo sviluppo potenziale di servizi televisivi, anche interattivi, fruibili da terminali in mobilità — dalla Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica e dalla Direzione Contenuti Audiovisivi e Multimediali, dell'AGCom. Si segnala a margine, inoltre, la presenza di un documento (pubblicato in G.U. n. 266 del 15 novembre 2005) elaborato dalla Direzione Generale Pianificazione e Gestione dello Spettro Radioelettrico, del Ministero delle comunicazioni, contenente gli esiti di un'ulteriore consultazione pubblica svolta sull'offerta di tv mobile (prediligendo l'analisi degli aspetti tecnici e di mercato legati al fenomeno), in <http://www.comunicazioni.it/it/index.php?Mn1=15>.

che, dopo approfondite analisi e considerazioni, si è giunti, in tempi rapidi, all'adozione di strumenti normativi per la disciplina della fase d'avvio delle trasmissioni digitali terrestri verso terminali mobili. Si fa riferimento alla delibera n. 266/06/CONS dell'AGCom, del 16 maggio 2006<sup>108</sup>, la quale, modificando il regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale<sup>109</sup>, vi inserisce un Capo VIII-bis (articoli 39-bis - 39-octies) dedicato, appunto, alla disciplina della fase d'avvio delle trasmissioni radiotelevisive in mobilità. L'AGCom lavora, quindi, sull'impianto del Regolamento<sup>110</sup>, che dà, dunque, ulteriore prova della bontà della sua struttura e dell'attualità dell'articolato di misure che contiene: si opta per l'inserimento, coerente nel suo sistematico corpo, di una nutrita e dettagliata serie di disposizioni a guida e ad ausilio degli operatori pronti a lanciare sul mercato offerte di televisione in mobilità<sup>111</sup>. Se da un lato l'elaborazione di queste misure tiene

<sup>108</sup> Pubblicata in G.U. n. 119 del 24 maggio 2006. Si segnala, inoltre, la presenza di una circolare interpretativa ([http://www.agcom.it/provv/circolare\\_appl\\_d\\_266\\_06\\_CONS.htm](http://www.agcom.it/provv/circolare_appl_d_266_06_CONS.htm)) emessa dall'AGCom il 16 maggio 2006 per chiarire la portata di alcune disposizioni contenute nella delib. cit..

<sup>109</sup> Adottato dall'AGCom con delib. n. 435/01/CONS del 15 novembre 2001, in G.U. n. 284, suppl. ord. n. 259 del 6 dicembre 2001.

<sup>110</sup> Tra i « considerato » della delib. n. 266/06/CONS dell'AGCom si indica « l'opportunità di integrare la citata delibera n. 435/01/CONS stabilendo una disciplina che, in accordo con i criteri e principi direttivi contenuti nel Codice delle comunicazioni elettroniche e nel Testo unico della radiotelevisione, e nel quadro del programma di interventi volti a favorire l'utilizzazione razionale delle frequenze nella prospettiva della conversione alla tecnica digitale di cui alla delibera n. 163/06/CONS, consenta l'avvio delle trasmissioni digitali terrestri verso terminali mobili ».

<sup>111</sup> Negli ultimi tempi, nel mercato italiano si registra il lancio di offerte commerciali di servizi televisivi in tecnica DVB-H. Società che risultano esservi implicate sono: direttamente, oltre alla sperimentazione di RAI (cfr. <http://www.crit.rai.it/tvmobile/index.html>), l'impresa di telecomunicazioni H3G S.p.a., ([http://www.tre.it/index\\_ITA\\_HTML.htm](http://www.tre.it/index_ITA_HTML.htm)); indirettamente, Mediaset S.p.a., la quale ha siglato un accordo con due compagnie di telecomunicazione mobile, Tim S.p.a. e Vodafone S.p.a., per la ritrasmissione, agli utenti dei due operatori, dei propri canali nazionali attraverso la rete DVB-H. La re-

te della quale si avvarranno Tim e Vodafone è stata realizzata (e continua ad essere rafforzata) da parte della stessa Mediaset, che ha creato un *multiplex* per le trasmissioni in DVB-H e ha stretto già accordi, come quelli segnalati, per cederne capacità trasmissiva agli operatori che intendano avvalersene. Sulle vicende che hanno portato alla creazione di questo *multiplex*, cfr. provv. n. 15333 del 10 aprile 2006 dell'AGCM (in Bollettino n. 13 del 18 aprile 2006). Si fa notare come in esso l'AGCM abbia autorizzato l'acquisto (finalizzato a sviluppare un *multiplex* capace di sfruttare la tecnologia DVB-H) avanzato di RTI (leggi, Mediaset) nei confronti della rete trasmissiva della società Europa TV S.p.a. subordinatamente al rispetto da parte dell'acquirente di una serie di impegni presi dal medesimo, tra i quali figurano: l'obbligo di riservare la rete creata esclusivamente alla trasmissione di contenuti televisivi su terminali mobili; l'obbligo di rendere la stessa rete aperta agli operatori di telecomunicazioni che facciano richiesta d'accesso alla capacità trasmissiva della medesima, da concedere loro da parte del titolare della rete a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie; il divieto da parte del gestore della rete di effettuare, tanto indirettamente quanto direttamente, attività di raccolta pubblicitaria rispetto alla nuova rete. Insomma, Mediaset non offrirà direttamente servizi di DVB-H ai consumatori finali: almeno per adesso, in base a quanto deriva dal provv. cit., a Mediaset — a differenza di quanto, invece, è per H3G, la quale è tanto licenziataria come operatore di rete, quanto autorizzata alla fornitura di contenuti — è sostanzialmente riservato il ruolo di operatore di rete, di



in considerazione l'apparato normativo già adottato per regolare l'avvento (ed il funzionamento a regime, in parte) della televisione digitale terrestre «fissa», dall'altro l'AGCom dimostra di aver tributato attenzione alle soluzioni regolamentari adottate in altre Paesi a proposito della disciplina della nuova piattaforma trasmissiva.

Ciò che risulta, a grandi linee, dalla regolamentazione — flessibile, leggera, oltre che convergente (per la specificità dell'oggetto che la interessa) e il più possibile rispondente alle necessità concrete legate ad un fenomeno in rapida evoluzione tecnologica<sup>112</sup> — adottata in Italia per il DVB-H, è la considerazione separata dei due versanti della materia: da un lato — è su questo punto che s'incentra principalmente la delibera n. 266/06/CONS dell'AGCom — c'è la disciplina delle reti di trasmissione, mentre dall'altro c'è quella dei contenuti da trasmettere. Sommariamente, per quel che riguarda il primo aspetto, si parte dalla considerazione che le trasmissioni in DVB-H possono essere effettuate attraverso le frequenze allocate per la realizzazione di reti digitali terrestri: viene esclusa la praticabilità, dal punto di vista tecnico, dell'utilizzo della stessa rete tanto per il digitale terrestre quanto per quello in mobilità ed è imposta all'operatore (di rete) la scelta di quale uso fare di ogni canale/frequenza, nell'impossibilità di destinare uno stesso, contemporaneamente, alle trasmissioni sia in DVB-H che in DVB-T. Si prospetta, comunque, la possibilità di consentire agli operatori che già detengono i titoli autorizzatori necessari per gestire tali reti, di introdurre, immediatamente, attra-

gestore (e allocatore) della capacità trasmissiva che essa ha creato (per il DVB-H) e che dovrà destinare allo sviluppo di offerte altrui (cioè, come sta avvenendo, di operatori di telecomunicazione terzi). Inoltre, di grande significato è la presenza, nella delib. n. 266/06/CONS dell'AGCom, di una disposizione espressamente dedicata alla concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, secondo la quale «fermo restando quanto previsto dall'articolo 25, commi 2, 6 e 10, della legge 3 maggio 2004, n. 112, la RAI [...], quale concessionaria del servizio pubblico generale radiotelevisivo può diffondere contenuti televisivi digitali terrestri, anche di servizio pubblico, verso terminali mobili, alle condizioni previste dal presente Capo, ad eccezione del blocco di diffusione televisiva oggetto di riserva ai sensi del decreto-legge 23 gennaio 2001, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 marzo 2001, n. 66, per l'espletamento del servizio pubblico generale radiotelevisivo, nel rispetto dei parametri tecnici ed editoriali prescritti dal contratto di servizio nazionale» (ivi, art.

39-septies). Come bilancio finale di questa lunga nota, comunque, si ritiene di dovere esprimere ancora qualche riserva circa le ipotesi di crescita di questo nuovo mercato: certo è che esso rappresenta una frontiera verso la quale molti operatori decideranno di avanzare, rappresentando un tangibile effetto del processo (in atto) di convergenza tecnologica, e dei vantaggi che essa porta. Cfr., su quest'ultimo aspetto (nella parte in cui si tratta della piattaforma di tv mobile), G. DE MATTEIS, *Le nuove forme di offerta e consumo di TV digitale all'interno del mercato della convergenza*, predisposto per conto dell'ISIMM.

<sup>112</sup> Sotto quest'aspetto merita considerazione l'art. 39-octies, c. 1, del Regolamento, contenente l'impegno, che l'AGCom si assume, di adeguare «entro il 31 dicembre 2006 le disposizioni del presente capo in relazione all'evoluzione della disciplina comunitaria e all'andamento dei servizi digitali terrestri verso terminali mobili, anche tenendo conto delle dinamiche concorrenziali del mercato televisivo».

verso le loro reti, le trasmissioni in DVB-H: l'AGCom permette, così, ai titolari di licenza di operatore televisivo in tecnica digitale di effettuare trasmissioni anche solo verso terminali mobili<sup>113</sup>.

Vale la pena evidenziare, poi, l'imposizione rivolta a ciascun operatore di rete di non dedicare più di un *multiplex* a sua disposizione alla trasmissione di programmi verso terminali mobili<sup>114</sup>. Così stando le cose, appare chiaramente che, come per il digitale terrestre, anche in relazione alla DVB-H acquisterà piena centralità il tema della capacità trasmissiva: acclarata la struttura della catena del valore che distingue l'operatore di rete dal fornitore di contenuti, oltre che dal fornitore di servizi<sup>115</sup>, si dovrà ragionare

<sup>113</sup> L'art. 39-sexties, c. 3-4, del Regolamento stabilisce che « i soggetti già titolari di licenza di operatore di rete televisivo, che intendono diffondere trasmissioni televisive digitali terrestri verso terminali mobili, si intendono autorizzati al trasporto di trasmissioni televisive digitali terrestri verso terminali mobili a seguito della presentazione di apposita dichiarazione al Ministero delle comunicazioni contenente le indicazioni di cui all'articolo 15, comma 1, lettera *i-bis*). Agli operatori di rete che diffondono trasmissioni televisive digitali terrestri verso terminali mobili si applicano le stesse norme previste dal presente regolamento e dal testo unico radiotelevisivo per gli operatori di rete televisivi, ivi comprese quelle relative ai limiti, anche con riguardo ai limiti richiamati dall'articolo 25, comma 2, del Testo unico della radiotelevisione, a quelli previsti dalla delibera 136/05/CONS e dalla delibera n. 163/06/CONS, ove applicabili, alla condivisione di infrastrutture e impianti, alla disciplina degli accordi fra operatori di rete e fornitori di contenuti e di servizi e agli obblighi di trasparenza ». Si sottolinea, in particolare, il richiamo che la norma in parola tributa espressamente alla « disciplina degli accordi tra operatori di rete e fornitori di contenuti e di servizi e agli obblighi di trasparenza », il terreno, cioè, sul quale attecchisce e prende vigore il diritto d'accesso in entrambe le sue forme: cioè tanto l'accesso alla rete da parte del fornitore di contenuti che l'accesso ai contenuti da parte dell'operatore di rete.

<sup>114</sup> « Nella fase di avvio delle trasmissioni televisive digitali terrestri verso terminali mobili è consentito a ciascun soggetto titolare di licenza di operatore di rete, anche attraverso rapporti di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 43, commi 13, 14 e 15, del testo unico della radiotelevisione, di esercitare non più di un blocco di diffusione per la trasmissione di pro-

grammi verso terminali mobili » (art. 39-sexties, c. 2, del Regolamento).

<sup>115</sup> Nel nuovo mercato multimediale digitale dell'audiovisivo, sotto l'impulso della convergenza, e soprattutto a causa del forte ascendente esercitato dal comparto delle telecomunicazioni su quello della radiotelevisione, le imprese di quest'ultimo mutano la loro struttura interna. Esse, in base a valutazioni di efficienza economica e funzionale, tendono sempre più a frammentarsi, dando vita a figure imprenditoriali separate (anche se potenzialmente raccordabili organizzativamente attraverso collegamenti societari) e distinte in ragione del diverso segmento della catena del valore del quale ciascuna specificamente si cura. La separazione, dal punto di vista gestionale, degli stadi produttivi dei quali si compone la filiera del mercato radiotelevisivo, sembra essere stata accolta e cristallizzata dall'apparato regolamentare in materia. Dall'insieme delle fonti normative nazionali più rilevanti — cioè la l. 20 marzo 2001, n. 66, in G.U. n. 70 del 24 marzo 2000, art. 2-bis, c. 7; la delib. n. 435/01/CONS dell'AGCom, che si struttura attorno alla tripartizione di ruoli; così come, in tal senso, il d.lgs. n. 177/2005 — nel disciplinare il nascente scenario della radiotelevisione digitale, si evince con chiarezza che la vecchia e monolitica emittente radiotelevisiva verrà scissa e rimpiazzata da tre nuovi e dinamici attori: l'operatore di rete (o *network provider*), ossia colui che si vedrà concessa la titolarità delle frequenze, e che avrà il compito (nonché il diritto) di installare e gestire le infrastrutture tecniche che, sfruttando la risorsa frequenziale, consentono la trasmissione dei segnali; il fornitore di contenuti (o *contents provider*), ossia colui che produrrà e/o gestirà il materiale audiovisivo da trasmettere attraverso gli impianti dell'operatore di rete; ed il fornitore di servizi (o *services provider*), ossia colui che si occuperà della

in termini di cessione/accesso alla capacità trasmissiva da rendere disponibile a chi fornisce contenuti per il DVB-H da parte di chi ha la rete adatta a veicolarli e si dovranno, del pari, fronteggiare gli ostacoli posti dal fenomeno dell'integrazione verticale. Da notare come, per i propositi appena segnalati — per quel che concerne il primo in modo particolare — viene esteso il vincolo di cessione del 40% della capacità trasmissiva, così come richiamato dall'articolo 25, comma 2, del Testo Unico della radiotelevisione, anche agli operatori di rete che diffondono trasmissioni in DVB-H<sup>116</sup>. Sembra, allora, opportuno menzionare in questa sede il recente intervento dell'AGCom che ha approvato, con delibera n. 663/06/CONS del 23 novembre 2006<sup>117</sup>, uno schema di regolamento — sottoposto, al momento in cui si scrive, a consultazione pubblica — per l'allocazione del 40% della capacità trasmissiva nei *multiplex* digitali di RAI, Mediaset e Telecom Italia Media S.p.a.<sup>118</sup>, con lo scopo di favorire le condizioni per un'offerta uni-

codifica dei contenuti, dell'eventuale associazione ai medesimi di dati, della creazione di interattività, e, più in genere, della fornitura dei servizi associati ai contenuti o della loro fruibilità rispetto agli utenti finali. Questa separazione di ruoli e figure rappresenta l'asse portante della nuova disciplina radiotelevisiva: già basti notare come la tripartizione sia accompagnata e rimarcata dalla previsione, sempre nelle stesse sedi normative, di distinti titoli amministrativi necessari per lo svolgimento di ognuna delle attività sopra descritte, nonché dalla menzione di correlati, e caratterizzanti, diritti, obblighi e responsabilità per ciascuno dei tre soggetti.

<sup>116</sup> Cfr. art. 39-sexties, c. 4, del Regolamento.

<sup>117</sup> In corso di pubblicazione su G.U.. Il testo è reperibile in [http://www.agcom.it/provv/d\\_663\\_06\\_CONS.htm](http://www.agcom.it/provv/d_663_06_CONS.htm).

<sup>118</sup> Su quest'ultima, cfr. <http://www.telecomitaliamedia.it/index.shtml>. Il vincolo di riserva del 40% della capacità trasmissiva dei *multiplex* degli operatori più forti sul mercato è uno strumento teso, anzitutto, a favorire l'accesso, a quello stesso, di fornitori indipendenti di contenuti: sono questi ultimi che, negoziando con gli operatori di rete l'accesso alla capacità trasmissiva, a condizioni di mercato (come recita la formula usata nell'art. 5, c. 1, lett. e), n. 2, d.lgs. n. 177/2005), esercitano il loro diritto d'accesso alle reti. È un vincolo, quello della riserva di una certa quota di capacità trasmissiva, originariamente confinato a breve vita dalla prima fonte che lo prevede (art. 2-bis c. 1, l. 20 marzo

2001, n. 66, in G.U. n. 70 del 24 marzo 2001) e finalizzato a consentire l'avvio delle trasmissioni in digitale terrestre, ma poi esteso nell'applicazione fino alle soglie (quando mai si schiuderanno) del definitivo e totale passaggio alla tecnica trasmissiva digitale terrestre. Nella delib. n. 163/06/CONS l'AGCom lancia una «strategia complessiva che mira a garantire un efficiente ed equilibrato utilizzo delle frequenze, una strategia sintetizzabile in tre "più": 1) più innovazione e produttività per le imprese; 2) più concorrenza; 3) più pluralismo». In questa linea d'intervento trova spazio l'azione per l'adozione di procedure rigorose che assicurino l'effettività dell'accesso dei fornitori di contenuti (e servizi) indipendenti alla capacità trasmissiva dei *multiplex* degli operatori verticalmente integrati. Seppur venga ribadito il bisogno che la capacità trasmissiva sia ceduta a terzi da parte degli operatori di rete, in maniera trasparente, sulla base di un preciso orientamento al costo delle condizioni d'offerta, e che questo avvenga attraverso rapporti tra le parti in causa negozialmente autonomi, si aggiunge anche che l'AGCom si riserverà un potere di veto sulle scelte dei *broadcasters*, al fine di impedire, da parte di questi, comportamenti anticompetitivi e dannosi per il pluralismo. La sintesi di un siffatto slancio (o rilancio) regolamentare è nella ravvisata necessità di «individuare meccanismi che rendano effettiva e sostanziale la cessione del 40% di capacità trasmissiva a soggetti indipendenti, in termini di trasparenza delle condizioni imposte e di scelta dei sog-

forme, in chiaro, su tutto il territorio nazionale, attraente in termini di nuovi contenuti, mirante a incentivare il tasso di pluralismo del e nel sistema radiotelevisivo avviato alla completa transizione al digitale, a valorizzare la qualità dei programmi ed a promuovere l'accesso dei soggetti nuovi entranti sul mercato della televisione digitale terrestre. Carattere fortemente innovativo del provvedimento è la previsione dell'istituzione di una commissione d'esperti cui affidare il compito di curare lo svolgimento della procedura selettiva per la predisposizione delle graduatorie delle domande di accesso alla capacità trasmissiva avanzate dai fornitori di contenuti, ai sensi di un disciplinare adottato dalla stessa AGCom per regolare lo svolgimento della prima<sup>119</sup>.

Tornando allo specifico della piattaforma mobile, sul secondo versante, quello dei contenuti, è da rilevare anzitutto l'esclusione dei programmi per il DVB-H dal computo del limite antitrust del 20% (ex articolo 43, comma 8, del Testo Unico): un'esclusione che può rappresentare (e giustificarsi, si crede, come) un incentivo al lancio di tali trasmissioni<sup>120</sup>. I contenuti sono, a tutti gli effetti, il *driver* dello sviluppo dei servizi di televisione in mobilità: le piattaforme che intendono offrire questa tipologia di servizi hanno tutto il desiderio (nonché la necessità), per poter concorrere pariteticamente l'una con l'altra (oltre che, più in generale, con le diverse tipologie di piattaforme distributive dei servizi radiotelevisivi), di accedere in modo equo e non discriminatorio ai contenuti destinati ad essere offerti agli utenti finali. Tornano, anche a questo proposito, le preoccupazioni legate agli effetti penalizzanti per i *new entrants* che l'integrazione verticale, caratterizzante alcune piattaforme trasmissive, può determinare. Non sorprende registrare che alla base delle numerose osservazioni rivolte (in modo particolare) al regolatore da parte di operatori che fanno il loro ingresso nel settore della tv mobile, giace una richiesta d'intervento finalizzato all'approntamento di una disciplina che garantisca effettive possibilità d'accesso non discriminatorio ai contenuti ed alla programmazione realizzata da vari editori, tanto quelli che producono canali c.d. generalisti quanto i produttori di canali *premium*. Si propone, infatti, da più parti, l'imposizione di obbli-

---

getti contraenti, ai fini del rafforzamento del pluralismo e della concorrenza»: quello che l'AGCom sembra avere inteso realizzare attraverso la delib. n. 663/06/CONS. Così, le misure per la cessione e l'utilizzo della capacità trasmissiva sembrano avere tutti i requisiti per essere considerate dei generici obblighi di *must carry*.

<sup>119</sup> Cfr. delib. n. 663/06/CONS, allegato A, art. 29-bis, c. 11 e 12.

<sup>120</sup> Cfr. art. 39-quater, c. 3 del Rego-

lamento. Una giustificazione di questa previsione è contenuta in un « considerato » della stessa delib. n. 266/06/CONS, dove si afferma che « in relazione alla particolarità della diffusione digitale terrestre verso terminali mobili è opportuno prevedere che, nella fase di avvio di tale tecnologia, siano esclusi dal computo dei programmi di cui all'articolo 43, comma 8, del Testo unico della radiotelevisione, quelli destinati esclusivamente alla fruizione del pubblico tramite terminali mobili ».

ghi a carico dei fornitori di contenuti di offrire la propria programmazione in modo non discriminatorio a tutte le piattaforme trasmissive, compresa, quindi, quella della televisione in mobilità. Il regolatore, sollecitato da queste « vitali » richieste, sembra aver prestato loro un certo ascolto: in uno dei « considerato » della delibera n. 266/06/CONS dell'AGCom si afferma che « i fornitori di contenuti televisivi in tecnica digitale terrestre che diffondono programmi verso terminali mobili sono tenuti al rispetto delle medesime norme applicabili ai fornitori di contenuti televisivi in tecnica digitale terrestre verso terminali fissi, ivi comprese le norme vigenti in materia di diritto d'autore e quanto previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera f) del Testo unico della radiotelevisione ». Nella misura in cui il richiamato articolo 5, comma 1, lettera f) del Testo Unico costituisce la disciplina (di base) di un diritto d'accesso ai contenuti, la regolamentazione della nuova piattaforma rende palese la centralità di questo diritto, nonché la sua indispensabilità per il concreto sviluppo di un sistema multipiattaforma, appunto, concorrenziale e pluralista, dove i contenuti sono risorsa preziosa ed indispensabile. Più in generale, poi, si prevede che i fornitori di contenuti, già titolari di autorizzazione ai sensi del regolamento n. 453/01/CONS, ovvero già autorizzati alla diffusione di contenuti televisivi via cavo o via satellite, che abbiano intenzione di accedere a piattaforme trasmissive mobili, si intendono autorizzati a tale offerta previa presentazione di apposita dichiarazione presso il Ministero delle comunicazioni<sup>121</sup>.

È evidente che la disciplina sostanziale relativa ai contenuti, in base al più volte invocato principio di neutralità tecnologica<sup>122</sup>, è quella stessa valida per i contenuti televisivi trasmessi secondo altre modalità — si pensi, *ex multis*, alle norme del Testo Unico in materia di pubblicità, di tutela dei minori, nonché alla direttiva « Televisione senza frontiere » —, ed in questo senso è separata, anche per il DVB-H, da quella delle reti. L'accesso ai contenuti è la propulsione essenziale per far decollare le offerte televisive alternative: il DVB-H dà prova concreta della veridicità di quest'assunto<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> Cfr. art. 39-*quater* del Regolamento, nonché, estendendo ai fornitori di servizi, l'art. 39-*quinqies*. In particolare, a proposito di quest'ultima disposizione, si segnala il c. 5 della stessa, dove si afferma che « la fornitura del servizio deve favorire l'accessibilità secondo criteri di non discriminazione, pluralismo, libertà di concorrenza e pari opportunità offerte dall'evoluzione tecnologica ».

<sup>122</sup> In un altro « considerato » della delib. n. 266/06/CONS dell'AGCom si prende atto dell'« opportunità che, alla lu-

ce del principio di neutralità tecnologica, ai soggetti che effettuano trasmissioni televisive digitali terrestri verso terminali mobili si applichi la stessa disciplina prevista dalla normativa legislativa e regolamentare vigente rispettivamente per i fornitori di contenuti televisivi in tecnica digitale terrestre, per gli operatori di reti digitali terrestri e per i fornitori di servizi digitali terrestri ».

<sup>123</sup> Cfr., sempre riguardo alle tematiche di questo Paragrafo, *Mobile TV: time for a choice*, rapporto di ITMedia Consul-

## 8. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Con i recenti cambiamenti tecnologici, economici e sociali che hanno coinvolto i settori della comunicazione e dell'informazione — la liberalizzazione crescente, l'irruzione del digitale, il dilagare della convergenza — l'approccio legislativo è mutato. Si è passati da una regolamentazione di tipo verticale, dove si distingueva tra norme per la radiotelevisione e norme per le telecomunicazioni, ben separate dalle relative previsioni costituzionali, ad una di tipo orizzontale dove non si distingue più tra attività, ma tra reti e contenuti, tra *transmission layer* e *content layer*. Questo *trend* di rinnovo dell'angolo prospettico della regolamentazione riguarda tanto il diritto comunitario, dal quale in una certa misura scaturisce, quanto, sempre più, il diritto nazionale. La convergenza tecnologica spinge ad una convergenza regolamentare.

Si è visto che quest'intreccio è tutt'altro che semplice, ma paradossalmente può favorire la soluzione di questioni finora ritenute del tutto autonome e separate.

È corretto affermare che i protagonisti del mercato della radiotelevisione digitale sono (e saranno) gli operatori di rete, da un lato, e i fornitori di contenuti dall'altro e che dai loro reciproci rapporti dipenderà la trasmissione agli utenti finali di programmi radiotelevisivi abbondanti in quantità e diversificati in qualità. L'attenzione alla natura, alla sostanza, ed allo svolgimento dei rapporti tra operatori di rete e fornitori di contenuti, quindi, se valutata rispetto al fine al quale questi rapporti mirano, assume un'estrema importanza per il regolatore. Il quale è chiamato, anzitutto, a prender atto che si tratta di rapporti negoziali e che sono destinati a svolgersi, quindi, secondo gli schemi della libertà dispositiva delle parti in causa. Egli, però, non può non constatare che, qualora quei rapporti intercorressero tra operatori di rete e fornitori di contenuti legati strutturalmente, sarebbero rapporti non assimilabili (perlomeno in astratto, *a priori*) a quelli in atto tra quegli stessi operatori e i fornitori di contenuti da loro indipendenti: non sarebbe ipotizzabile, infatti, in assoluto — in buona misura per ragioni economiche — l'esclusione di pratiche discriminatorie o di disparità di trattamento, perpetrate dagli operatori di rete a danno dei fornitori indipendenti di contenuti, e, a tutto vantaggio, invece, dei fornitori di contenuti ad essi legati. La ripercussione, poi, degli effetti di queste potenziali discriminazioni e di queste disparità di trattamento sul sistema nel suo complesso rischierebbe di compro-

---

ting (dicembre 2005) dedicato all'analisi dei vari aspetti dello sviluppo del mercato nel quale si collocano le piattaforme di *mobile tv*. A commento di questo documento

cfr. A. PRETA, *Mobile tv: il tempo della scelta*, in « Beltel », gennaio 2006, pp. 28-30.

mettere la concorrenza, se si guarda agli effettivi rapporti di forza tra i vari soggetti operanti nel mercato, ed il pluralismo stesso, se si considera la capacità di cui il sistema potrebbe disporre nell'accogliere, al suo interno, un'ampia varietà di contenuti.

Con l'intento di scongiurare questi rischi, il regolatore è intervenuto, imponendo obblighi di non discriminazione e di parità di trattamento agli operatori di rete nei rapporti negoziali di questi con i fornitori di contenuti, e dall'altro riconoscendo ai fornitori indipendenti di contenuti la possibilità d'avanzare richieste, giuridicamente fondate, nei confronti degli operatori di rete: si tratta di una serie di misure che fanno capo all'idea di *must carry*. Elaborazioni condotte sulla scia di quest'ultima categoria giuridica hanno portato, nel nostro Paese, a prevedere forme di garanzia dell'accesso dei fornitori indipendenti di contenuti alle reti, facendo in modo che essi possano contare, per diffondere i loro programmi, sulla riserva di disponibilità di capacità trasmissiva, imposta a loro favore, in capo agli operatori di rete: specificamente, poi, per i fornitori indipendenti di contenuti di particolare valore per il sistema televisivo — un valore particolare in ragione della qualità della programmazione e del pluralismo informativo che questi contenuti sono in grado di incrementare e d'arricchire — il regolatore ha creato forme di tutela rafforzata che garantiscono una via preferenziale nel loro accesso, attraverso le reti di diffusione, al mercato televisivo. La base dei rapporti tra operatori di rete e fornitori indipendenti di contenuti (compresi, anche se posti in posizione preferenziale, quelli di particolare valore) rimane quella della negoziazione: ma su quella base deve intervenire la regolamentazione per garantire la concorrenza e promuovere di conseguenza il pluralismo.

Il fatto che le piattaforme trasmissive possano disporre di programmi in quantità e qualità tali da rendere le loro offerte attraenti, diversificate e capaci di conquistare il favore delle fasce più estese di pubblico, è l'altro versante che il diritto d'accesso tende a tutelare. Emerge in questo caso la figura del diritto d'accesso ai contenuti, che, ad oggi, ha avuto poco rilievo ed episodica considerazione. Quanto si è osservato in tema di accesso ai contenuti e delle forme giuridiche poste a sua garanzia porta a conclusioni tutt'altro che definitive. Le declinazioni del diritto d'accesso ai contenuti come posizione giuridica soggettiva pretensiva, riconosciuta agli operatori di rete (ovvero alle piattaforme trasmissive) nei confronti dei fornitori di contenuti, appaiono molteplici, ancorché poco sistematicamente organizzate attorno ad una chiara (ed univoca) accezione. Stimolante e incisiva è stata ed è, in materia, l'azione dell'Unione europea e della Commissione. Altrettanto efficace e penetrante, seppur circoscritta a casi specifici, è l'attività che l'Autorità antitrust, da un lato, e l'Autorità nazionale di regolamentazione del settore delle comunicazioni, dall'altro,

stanno conducendo: ne derivano accorgimenti e strumenti utili per delimitare i contorni della questione dell'accesso ai contenuti. Esile, invece, è stata l'attenzione del legislatore ordinario: il quale, diversamente da come si comportano suoi omologhi d'oltralpe, non ha ancora assunto un ruolo deciso nel promuovere l'adozione di criteri e normative che, definendo più nitidamente limiti e misure del nascento diritto d'accesso ai contenuti, possano essere di ausilio al rinnovato mercato delle comunicazioni. È, perciò, auspicabile che il legislatore indichi presto « criteri connessi alle modalità di esercizio del diritto d'accesso nelle sue varie forme [quindi anche l'accesso ai contenuti, oltre che quello alle reti, *n.d.a.*]; alla limitazione dei diritti di esclusiva specialmente con riferimento ai contenuti *premium*; alla tutela dell'utenza sul piano della libertà di scelta e dell'interoperabilità tra i diversi sistemi »<sup>124</sup>.

La dimensione nazionale, intrecciata con quella europea, per quanto concerne la produzione, la distribuzione e l'accesso ai contenuti, nonché le questioni legate al diritto d'autore e i diritti connessi — queste ultime rappresentano un altro versante, di enorme portata, del tema dell'accesso ai contenuti, soprattutto da parte di chi voglia avvalersene per esercitare la propria attività imprenditoriale — comporta una serie di azioni che possono essere (e vengono) intraprese dagli organi competenti ai vari livelli nazionali e sovranazionali: il che richiama la necessità di prevedere forme di coordinamento e fluida interazione tra i diversi « centri di potere » implicati nella gestione, nel controllo e nella promozione dell'industria dei contenuti, al fine di svilupparne forza e competitività. Il tema dell'accesso ai contenuti, infatti, presuppone l'esistenza dell'oggetto che lo qualifica, ossia dei contenuti. Da questa angolazione non può non essere accolta favorevolmente ogni azione che miri ad incentivare la produzione dei contenuti in quantità e qualità adeguate alle crescenti richieste di un sistema distributivo multipiattaforma: più numerosi e vari sono i contenuti, più concretezza assume il valore del pluralismo e del rispetto/promozione delle diversità culturali. Da più parti si lamenta la presenza, ad oggi, di una quantità limitata di contenuti (quelli premianti, soprattutto) (in)disponibili sul mercato, a fronte del numero crescente dei canali adatti alla loro distribuzione: una politica di sostegno all'industria, allora, capace di produrre più contenuti, e di annullare quindi il collo di bottiglia rappresentato dalla loro scarsità (associata, ed aggravata, dalle segnalate pratiche di acquisto

<sup>124</sup> Questo è ciò che afferma E. CHELI nell'intervento al convegno « La svolta digitale: la competizione tra piattaforme », tenutosi a Roma, il 14 giugno 2005, in occasione della presentazione del III Rapporto

sul tema di ITMedia Consulting: il testo dell'intervento di CHELI è reperibile in <http://www.italmediaconsulting.com/pagina.php?cosa=vediarticolo&idtipo=0&idcanale=9&id=31>.



in esclusiva dei pochi contenuti di pregio che circolano sulle reti trasmissive) è una strategia che, oltre all'adozione delle suggerite misure regolamentari *pro* accesso, e quindi *anti* rigide esclusive o inflessibili diritti connessi, rappresenta sempre più una necessità per far decollare il sistema multiplatforma.

È evidente, pertanto, come la polimorfa categoria dell'accesso non possa essere confinata solo nell'ambito della competizione industriale e della fornitura dei servizi, ma debba trovare un'organica formulazione comprensiva sia del versante economico che di quello relativo al pluralismo: in definitiva alla libertà di impresa e alla libertà di manifestazione del pensiero e dell'informazione. Solo così contribuirà a rendere tali libertà effettive — accessibili — quali fondamentali diritti costituzionali, nel turbolento e livellante scenario della globalizzazione.

Il diritto d'accesso manca di una compiuta affermazione in appropriate fonti regolamentari. È pertanto auspicabile che questa lacuna venga al più presto colmata. Non è da escludere persino che tale diritto, per la sua indubbia valenza costituzionale, possa trovare, in un futuro prossimo, una sistemazione confacente alla sua natura: una dignità consacrata dal suo inserimento in un'aggiornata riscrittura, segnatamente, dell'articolo 21 della Costituzione italiana, riformulato all'altezza dei tempi.