

Allegato B alla delibera n. 159/08/CONS

OSSERVAZIONI DEGLI OPERATORI ALLO SCHEMA DI PROVVEDIMENTO

In questa seconda fase della consultazione pubblica, indetta con delibera n. 55/08/CONS, sono intervenute le società RAI-Radiotelevisione Italiana S.p.A. (RAI), RAI WAY S.p.A. (RAI WAY), RTI S.p.A. (RTI) e Telecom Italia Media S.p.A. (TIMedia). Tutte le suddette società hanno presentato proprie memorie scritte, le società RAI, RAI WAY e TIMedia, inoltre, hanno illustrato le proprie osservazioni anche nel corso di due audizioni tenutesi in data 5 marzo 2008.

RTI ribadisce sostanzialmente nel proprio contributo quanto già affermato nel corso della prima fase della consultazione pubblica, indetta con delibera n. 545/07/CONS, mentre le altre tre società hanno presentato osservazioni ulteriori.

i) Osservazioni generali sul procedimento in corso.

RAI e **RAYWAY** affermano che, a seguito dell'adozione della nuova Raccomandazione della Commissione europea relativa ai mercati suscettibili di regolamentazione *ex ante*, l'Autorità dovrebbe interrompere il presente procedimento e procedere ad un immediato riesame del mercato n. 18. Le due società sostengono, infatti, che la nuova Raccomandazione, che ha eliminato il mercato n. 18 dalla lista dei mercati suscettibili di regolamentazione *ex ante*, impone all'Autorità un dovere immediato di riesame del suddetto mercato che si rivela tanto più necessario in quanto le misure rimediali non sono ancora state adottate. Tale nuova analisi dovrebbe tenere conto delle più recenti dinamiche del mercato in oggetto evidenziate dalla Raccomandazione (concorrenza interpiattaforma) e non considerate nella delibera n. 544/07/CONS che si fonda, peraltro, su una serie di informazioni ormai obsolete e, nella migliore delle ipotesi, risalenti al 2006.

RAI sottolinea che la nuova Raccomandazione ha escluso il mercato n. 18 dalla lista dei mercati suscettibili di regolamentazione *ex ante* in ragione della concorrenza interpiattaforma ed afferma che, anche a voler ammettere che sia possibile individuare un mercato del *broadcasting* analogico (*quod non*), il servizio offerto attraverso tale piattaforma dovrebbe essere considerato in concorrenza con quello offerto su altre piattaforme (digitale, satellitare ecc.). Difatti, secondo RAI, anche in Italia, è ampiamente dimostrato il superamento della tecnologia analogica e la sua completa sostituzione con quella digitale, oltre che un significativo sviluppo delle piattaforme alternative al terrestre analogico.

RAI afferma, infine, che l'Autorità, sempre in ragione dell'entrata in vigore della nuova Raccomandazione, abbia il dovere di consultare nuovamente la Commissione Europea e l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

RTI ribadisce sostanzialmente quanto già affermato nel corso della prima fase della consultazione pubblica, dal momento che lo schema di provvedimento allegato alla delibera 55/08/CONS è la mera traduzione in articolato degli obblighi regolamentari ipotizzati nel documento oggetto della prima consultazione pubblica.

ii) Osservazioni sugli obblighi proposti nello schema di provvedimento sottoposto a consultazione pubblica nazionale.

RAI rinvia sostanzialmente alla documentazione già presentata per quanto riguarda gli obblighi proposti nello schema di provvedimento di cui sopra.

RAIWAY, sempre a tali specifici obblighi, presenta alcune considerazioni che riflettono in gran parte quanto già affermato dalla Società nel corso della prima fase della consultazione pubblica sui *remedies*.

In relazione al rimedio di cui all'art. 1, RAY WAY contesta il fatto che una criticità concorrenziale rilevata sul mercato della fornitura della capacità trasmissiva utilizzata per diffondere i canali radiotelevisivi al pubblico possa essere risolta attraverso l'imposizione di un obbligo che riguarda il mercato dell'offerta di infrastrutture di trasmissione e servizi accessori (c.d. "*tower rental*"). Tale mercato, secondo la società, si presenta come distinto dal primo ed è caratterizzato da una vivace concorrenza. L'imposizione degli obblighi individuati dall'Autorità non risolverebbe, secondo RAI WAY, i problemi concorrenziali sul mercato rilevante e introdurrebbe restrizioni in un mercato contiguo perfettamente concorrenziale.

Inoltre, RAIWAY ritiene che l'obbligo in questione si ponga in insanabile contrasto con gli obblighi derivanti dalla titolarità della Concessione (obbligo di esercizio degli impianti trasmissivi, obblighi di copertura, obbligo di assicurare un congruo grado di qualità del servizio, etc.). La società sottolinea che, in caso di coesistenza dei suddetti due tipi di obblighi in contrasto tra loro, quelli relativi al servizio pubblico dovranno considerarsi prevalenti sulla base di una lettura sistematica delle norme sul servizio pubblico.

Con riferimento ai rimedi di cui agli articoli 2, 3 e 4 RAIWAY afferma che, per le medesime considerazioni svolte relativamente al primo rimedio, i relativi obblighi siano sproporzionati ed ingiustificati. L'obbligo di non discriminazione, inoltre, secondo la Società, non si giustifica in quanto è sufficiente la disciplina *antitrust* ad assicurarne l'ottemperanza. Ulteriore conseguenza di ciò è l'inapplicabilità degli obblighi di trasparenza e separazione contabile che sono strumentali all'obbligo di non discriminazione.

RTI propone alcuni rilievi rispetto allo schema di provvedimento che sono pressoché identici a quelli forniti nella prima fase della consultazione.

TIMedia, relativamente al rimedio di cui all'art. 1, afferma che la questione della cessione della capacità trasmissiva sollevata nella prima fase della consultazione pubblica è da ritenersi superata a seguito della delibera n. 645/07/CONS. Di conseguenza TIMedia non insiste nella sua richiesta di prevedere un obbligo aggiuntivo e quindi di prevedere l'accesso alla capacità trasmissiva.

Secondo TIMedia rimangono, tuttavia, due criticità relativamente al documento sottoposto a consultazione. Il primo è la possibilità per TIMedia e gli altri operatori (analogici) nazionali non notificati di utilizzare la co-ubicazione e condivisione anche nelle regioni c.d. *all digital* e la seconda riguarda il regime dei prezzi.

Con riferimento al comma 1 dell'art. 1 che limita "l'accesso alle infrastrutture di RAI e RTI agli operatori nazionali su frequenze terrestri in tecnica analogica", TIMedia afferma che sia indiscutibile che le emittenti MTV e La7 siano operatori nazionali su frequenze terrestri in tecnica analogica anche quando alcune regioni avranno completato il passaggio al digitale e che quindi non perdono il diritto alla co-ubicazione dei siti nelle aree *all digital*.

Relativamente al comma 2 dell'art. 1, invece, TIMedia, rileva che la formulazione attuale del suddetto comma sembra limitare "la co-ubicazione o condivisione delle infrastrutture necessarie alla diffusione televisiva per la trasmissione agli utenti finali [solo] su frequenze terrestri in tecnica analogica". Questo comporterebbe che TIMedia, pur in possesso di un titolo abilitativo idoneo, non sarebbe in grado di ottenere l'accesso ai siti che veicolano segnali digitali, in particolare nelle aree *all digital* e potrebbe anche essere esclusa da siti dove è già presente per la trasmissione in tecnica analogica. Ciò comporterebbe il trascinamento della posizione dominante di RAI e RTI dall'analogico al digitale. Pertanto TIMedia richiede di inserire nell'articolo 1 un ulteriore comma che definisca un diritto limitato alle aree *all digital* e relativo alle sole emittenti nazionali che trasmettano in analogico con un deficit di copertura nel resto del territorio nazionale.

Relativamente agli obblighi di cui agli articoli 2, 3 e 4, TIMedia ritiene che essi siano necessari, ma non sufficienti, senza che vi sia una adeguata disciplina sui prezzi. A tale riguardo, TIMedia afferma che, in mancanza di un meccanismo di orientamento al costo, che costituisce comunque la misura più opportuna, l'Autorità dovrebbe quantomeno inserire nell'articolato un riferimento a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie relativamente al regime dei prezzi.

VALUTAZIONI DELL'AUTORITA'

i) Sul procedimento in generale

Con riferimento alle osservazioni presentate da RAI e RAI WAY sul procedimento in generale, l'Autorità rileva che sia suo preciso dovere terminare il procedimento in

oggetto volto all'imposizione degli opportuni *remedies* relativi al mercato dei servizi di diffusione televisiva su rete terrestre in tecnica analogica. Su tale mercato, infatti, a seguito dell'analisi conclusasi nel novembre 2007 con delibera n. 544/07/CONS, è stata individuata una posizione dominante collettiva di RAI e RTI. La normativa comunitaria e nazionale sulle comunicazioni elettroniche impone alle Autorità di regolazione di procedere all'imposizione di *remedies* conseguentemente all'individuazione di una posizione dominante su uno o più mercati rilevanti. Pertanto, l'individuazione della suddetta dominanza collettiva non può non essere seguita e completata dall'imposizione di opportuni obblighi regolamentari, come ricordato – peraltro – dalla stessa Commissione europea in relazione al caso in oggetto (lettera del 22 agosto 2007, inviata al Presidente dell'Autorità da parte del Direttore della Direzione generale della Società dell'Informazione e dei Media, dottor Fabio Colasanti).

D'altronde, i risultati dell'analisi di cui alla delibera 544/07/CONS - atto assunto prima della data di adozione della Raccomandazione - non possono essere messi in discussione e non vengono in alcun modo pregiudicati dalla Raccomandazione, come chiaramente indica il paragrafo n. 3 della Raccomandazione stessa. L'individuazione e l'imposizione dei *remedies* è una fase consequenziale e necessaria alla delibera n. 544/07/CONS e, pertanto, l'interruzione del procedimento in corso lascerebbe incompleta una procedura di analisi di mercato e si porrebbe in contrasto con la normativa comunitaria in materia di comunicazioni elettroniche. Si sottolinea, inoltre, che lo schema di provvedimento in questione relativo ai *remedies* ha già avuto l'avallo della Commissione Europea che il 4 dicembre 2007 ha inviato all'Autorità una lettera in cui dichiarava di non avere commenti.

L'Autorità procederà in ogni caso, una volta concluso il procedimento in corso, a riesaminare tempestivamente il mercato n. 18, come di consueto tenendo in considerazione gli ulteriori sviluppi del mercato e gli effetti che su di esso avranno esercitato i rimedi di cui al presente procedimento.

Circa l'eventualità di sottoporre alla Commissione Europea una nuova proposta di decisione, l'Autorità ritiene che la delibera finale non introduca modifiche sostanziali al testo già sottoposto al parere della Commissione e – pertanto – non condivide tale necessità. Al tempo stesso, l'Autorità ritiene non necessario consultare l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (Agcm) dal momento che il procedimento in oggetto riguarda unicamente i *remedies*. L'art. 19, comma 1, del Codice delle Comunicazioni Elettroniche prevede, infatti, l'obbligo per l'Autorità di richiedere il parere dell'Agcm solo relativamente all' "*analisi dei mercati rilevanti*", ossia all'individuazione del mercato rilevante ed alla valutazione del significativo potere di mercato. Tale parere non è invece previsto in relazione alle decisioni in materia di *remedies* (art. 19, comma 3). In conformità a quanto specificato nel Codice, l'accordo di collaborazione fra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di comunicazioni elettroniche esclude dal novero dei provvedimenti dell'Autorità,

relativamente ai quali deve essere richiesto il parere dell'Agcm, quelli di cui al comma 3 dell'art. 19 del Codice delle comunicazioni elettroniche, ossia quelli riguardanti i *remedies*.

ii) Sugli obblighi proposti nello schema di provvedimento sottoposto a consultazione pubblica nazionale

Relativamente a tutte le considerazioni di tipo generale che riguardano l'analisi del mercato 18, in particolare la definizione del mercato rilevante e la posizione dominante congiunta di RAI e RTI, il carattere di auto-fornitura nella fornitura dei servizi in tale mercato, e le dinamiche competitive del mercato a causa della concorrenza inter-piattaforma, l'Autorità rimanda alle proprie considerazioni svolte nell'Allegato A alla Delibera 544/07/CONS, alla integrazione all'Allegato A (Sezione finale – Analisi dei commenti della Commissione europea) di detta Delibera, ed alle considerazioni svolte nell'Allegato B alla delibera n. 545/07/CONS. In altri termini, tali aspetti – certamente preliminari al tema degli obblighi oggetto del presente provvedimento – sono stati comunque già affrontati, discussi e risolti nell'ambito di una decisione ormai definitiva (delibera 544/07/CONS).

Per quanto attiene la circostanza che la libera negoziazione tra le parti, l'Autorità ritiene che la sua sola previsione potrebbe comportare il rischio di un rifiuto da parte degli operatori notificati all'accesso a proprie infrastrutture (siti, tralicci, etc.) nei confronti dei terzi che ne facciano richiesta. Pertanto, solo l'obbligo di accesso declinato dall'Autorità nell'art. 1, unitamente agli obblighi di cui agli articoli 2,3 e 4, garantirebbe che gli operatori notificati non attuino strategie di *market foreclosure*, attraverso il rifiuto a terzi di accedere alle proprie infrastrutture, così da impedire loro una maggiore integrazione ed estensione della propria rete diffusiva.

Con riferimento poi alla presunta restrizione concorrenziale nel mercato del *tower rental* e dei servizi accessori ipotizzata da RAI WAY a seguito dell'introduzione degli obblighi posti dall'Autorità, oltre a ribadire che la definizione del mercato rilevante è più ampia di quella prospettata da RAI WAY – e comunque oggetto di una precedente decisione dell'Autorità - si fa presente che gli obblighi individuati dall'Autorità sono finalizzati ad impedire eventuali condotte anticompetitive degli operatori notificati, senza incidere sull'assetto concorrenziale delle attività indicate da RAI WAY, anche alla luce delle previsioni circa la fattibilità tecnica e dell'assenza di imposizione una diretta disciplina dei prezzi.

Inoltre, l'Autorità sottolinea la necessità dell'obbligo di cui all'art. 1 non solo sotto il profilo della co-ubicazione/condivisione dei siti, ma anche con riferimento alla

gestione degli impianti, dal momento che RAI e RTI detengono congiuntamente oltre l'80% della totalità degli stessi.

L'Autorità non ravvisa alcun contrasto tra gli obblighi proposti e gli obblighi che gravano sulla Concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo in virtù del contratto di servizio.

L'Autorità precisa, come richiesto da TIMedia, che i destinatari dell'obbligo di cui al comma 1 dell'art. 1 sono gli operatori nazionali che attualmente operano su frequenze terrestri in tecnica analogica anche quando alcune regioni saranno diventate aree "*all digital*".

Viceversa, l'Autorità ritiene che non sia possibile – come richiesto in primo luogo da TIMedia - estendere un obbligo ad un mercato diverso da quello per il quale sia stata rilevata la posizione di dominanza. In tal senso, la disciplina comunitaria in materia di analisi di mercato e la ampia giurisprudenza che si è prodotta a valle di centinaia di notifiche delle Autorità di regolamentazione nazionali ha dimostrato come – anche nella prassi applicativa – la Commissione abbia sempre ritenuto che qualsiasi rimedio debba limitarsi esclusivamente al mercato individuato come rilevante. Infine, questa stessa impostazione è stata ribadita nel corso di appositi incontri tra gli Uffici dell'Autorità e quelli della Commissione, in relazione proprio al mercato in esame. In tal senso, non sembra possibile derogare a questo principio di rango comunitario sulla base di sentenze di tribunali amministrativi nazionali che – in altre circostanze - abbiano richiamato la possibilità di traslare un rimedio ad un mercato adiacente, in applicazione del principio dei c.d. *cross-market remedies*.

Infine, l'Autorità concorda con l'osservazione di TIMedia relativamente al fatto che in mancanza di un orientamento al costo sia necessario inserire nell'articolato un riferimento a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie relativamente al regime dei prezzi per i servizi offerti dagli operatori notificati.