

DELIBERA N. 233/09/CONS

ATTIVITÀ DI VIGILANZA INERENTE L'OTTEMPERANZA ALLA DELIBERA N. 123/06/CONS

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 28 aprile 2009;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249 recante "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo";

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTA la Decisione della Commissione europea del 2 aprile 2003 M. 2876-NewsCorp/Telepiù;

VISTA la delibera n. 123/06/CONS dell'8 marzo 2006, con cui è stata definita la controversia Edi on Web s.r.l./ Sky Italia s.r.l. avente ad oggetto "Accesso alla piattaforma unica";

VISTA la delibera n. 117/08/CONS del 27 febbraio 2008, con cui è stata definita la controversia Conto Tv s.r.l./ Sky Italia s.r.l. avente ad oggetto "Accesso alla piattaforma unica";

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita durante l'istruttoria;

VISTA la denuncia della società Conto Tv s.r.l., pervenuta in data 30 novembre 2007, relativa alla presunta inosservanza con quanto prescritto dalla delibera n. 123/06/CONS delle bozze contrattuali predisposte da Sky Italia s.r.l. in occasione del rinnovo dell'Accordo di *simulcrypt*;

CONSIDERATO quanto segue:

I. ATTIVITÀ ISTRUTTORIA

1. Con delibera n. 123/06/CONS dell'8 marzo 2006, l'Autorità ha definito la controversia tra le società Edi on Web s.r.l. e Sky Italia s.r.l. avente ad oggetto l'accesso alla piattaforma unica, con particolare riferimento all'accordo di *simulcrypt* previsto dal paragrafo 11.8 degli Impegni di cui alla Decisione n. Comp/M. 2876 della Commissione europea del 2 aprile 2003.

2. In tale occasione, l'Autorità ha deliberato "*l'obbligo di Sky Italia di raggiungere un accordo di simulcrypt tale per cui sia garantita alla propria base abbonati la*

possibilità di fruire dell'offerta commerciale di Edi on Web. A tal fine, Sky Italia è tenuta a non applicare all'accordo di simulcrypt condizioni contrattuali ed economiche che esulino dall'oggetto dello stesso e ad offrire i servizi di accesso a condizioni eque, trasparenti, non discriminatorie ed orientate ai costi". Contestualmente ha chiarito che Sky Italia "non è tenuta, in ragione dell'attuale situazione di mercato, a rendere fruibile la propria offerta commerciale sulla piattaforma di Edi on Web".

3. Successivamente, le due società hanno stipulato un "Contratto di simulcrypt e fornitura di servizi" il 6 luglio 2006, nonché in data 18 settembre 2007 un "Accordo di simulcrypt e fornitura di servizi relativo alle nuove offerte di Conto Tv", società che ha rilevato il ramo di azienda di Edi on Web. Entrambi gli accordi sono scaduti il 29 novembre 2008.

4. Con delibera n. 117/08/CONS, l'Autorità ha definito una nuova controversia tra le società Conto Tv s.r.l. e Sky Italia s.r.l. avente ad oggetto l'accesso alla piattaforma unica ed il paragrafo 11 degli Impegni, con particolare riferimento alle modalità di fornitura, nell'ambito dell'accordo di simulcrypt, dei servizi tecnici da parte di Sky Italia per la commercializzazione delle offerte di programmazione televisiva di Conto Tv. L'Autorità con il citato provvedimento ha deliberato che:

- "Sky Italia è tenuta ad assicurare a Conto Tv, nell'ambito dell'accordo di simulcrypt di cui al punto 11.8 degli Impegni, l'erogazione dei servizi tecnici necessari alla fornitura di una pluralità di offerte di programmazione televisiva all'interno del medesimo canale, fermo restando il rispetto, da parte di Conto Tv, del principio di ragionevolezza e tenuto anche conto dei principi di leale cooperazione tra gli operatori sanciti dal predetto punto 11.8 degli Impegni";
- "I servizi di cui al punto 1, relativi alla programmazione televisiva di genere, sono realizzati attraverso la fornitura di servizi tecnici in modalità "pay-tv subscription", con le relative condizioni economiche, anche per periodi inferiori al mese, ed includono la fornitura delle condizioni tecniche ed economiche per il servizio di disattivazione ad libitum da parte del cliente, fermo restando l'obbligo di Conto Tv di assicurare la contabilizzazione effettiva dei clienti che utilizzano la piattaforma satellitare".

5. Con nota pervenuta il 30 novembre 2007, Conto Tv ha denunciato la non conformità rispetto a quanto prescritto dalla delibera n. 123/06/CONS delle bozze contrattuali predisposte da Sky Italia s.r.l. in vista del rinnovo dell'accordo di simulcrypt, essendo scaduti i precedenti accordi rispetto ai quali Conto Tv rappresenta in ogni caso alcune inadeguatezze.

6. Il 29 novembre 2007 sono scaduti gli accordi contrattuali esistenti tra le due società. Successivamente a tale data Sky Italia ha continuato ad erogare i servizi tecnici necessari a Conto Tv per offrire agli abbonati di Sky Italia le proprie offerte commerciali, fatturando i corrispettivi economici come individuati unilateralmente nella nota del 20 novembre 2007 e non sospendendo i servizi pur in presenza di pagamenti di Conto Tv limitati alle somme da questa non contestate. I contrasti tra le due società

relativi ai metodi di calcolo dei corrispettivi economici hanno peraltro impedito sino ad oggi la piena attuazione della delibera n. 117/08/CONS.

7. L'Autorità ha avviato in data 13 dicembre 2007 un'attività di vigilanza volta a verificare la conformità degli accordi di *simulcrypt* e di fornitura dei servizi tecnici, con particolare riferimento alle modalità di determinazione dei corrispettivi economici, alla delibera n. 123/06/CONS e conseguentemente alle disposizioni di cui al paragrafo 11 degli Impegni annessi alla Decisione della Commissione europea del 2 aprile 2003 M. 2876-NewsCorp/Telepiù.

8. Nel corso del procedimento Sky Italia ha fornito riscontro alle richieste di informazioni avanzate dall'Autorità, depositando memorie e documentazione. Le due società sono state audite in fase istruttoria in data 25 settembre 2008, al fine di chiarire le rispettive posizioni e precisare i contenuti delle note sino ad allora trasmesse. Successivamente alle ulteriori memorie prodotte, il 18 marzo 2009 si è tenuta una audizione in contraddittorio delle due società dinanzi al Consiglio, con deposito di memorie conclusive. Dalla documentazione e dalle informazioni acquisite è emerso quanto segue.

A) I Contratti tra le due società

9. Gli accordi stipulati tra le due società in data 6 luglio 2006 e 18 settembre 2007, nonché le bozze contrattuali trasmesse da Sky Italia a seguito della loro scadenza, hanno ad oggetto la fornitura da parte di Sky Italia di una serie di servizi funzionali all'offerta da parte di Conto Tv delle proprie offerte commerciali agli abbonati Sky Italia in modalità *pay tv* e *pay per view*. I servizi forniti sono i seguenti:

- a) Funzionalità di criptaggio delle chiavi di scrambling di Conto Tv con il sistema Videoguard Sky tramite ECMG NDS, connesso remotamente al Mux Scrambler di Conto Tv in modalità protetta e sicura tramite linee ridondate (ambidue attivabili automaticamente da remoto), predisposte da Conto Tv, con le modalità necessarie e sufficienti a consentirle di effettuare la codifica del proprio segnale anche con il sistema di accesso condizionato Videoguard mediante chiavi generate tramite l'ECMG NDS
- b) Fornitura e gestione dell'interfaccia SMS/CA (subscribers management system / conditional access) -sia con il supporto di *pay tv* che con il supporto OPPV per l'offerta di *pay per view* tra il sistema di accesso condizionato Sky ed il sistema di gestione abbonati di Conto Tv (tale servizio include la predisposizione ed attivazione dell'interfaccia SMS/CA)
- c) Accesso a decoder e smart card per la ricezione dell'offerta di Conto Tv
- d) Fornitura dell'assistenza e della consulenza necessaria a rimediare ad eventuali violazioni del sistema di accesso condizionato NDS
- e) Attività di schedulazione per la trasmissione dell'offerta *pay per view*
- f) Posizionamento nell'EPG (Electronic Programme Guide) dell'offerta televisiva di Conto Tv.

10. A fronte di tali servizi, Conto Tv è tenuta a corrispondere a Sky Italia corrispettivi una tantum e corrispettivi periodici, individuati da Sky Italia al fine di recuperare i costi incrementali – intendendo i costi associati alla fornitura di servizi specifici per Conto Tv- ed i costi comuni della piattaforma satellitare, entrambi afferenti all'aggregato regolatorio Techco. Nella tabella I) e nella tabella II) sono individuati i corrispettivi una tantum ed i corrispettivi periodici previsti nell'accordo del 6 luglio 2006, nell'accordo del 18 settembre 2007 e nelle successive bozze contrattuali predisposte da Sky Italia, da ultimo il 10 ottobre 2008.

Tabella I: Corrispettivi una tantum

OMISSIS

Tabella II: Corrispettivi periodici

OMISSIS

11. In particolare, a partire dalla nota del 20 novembre 2008, Sky Italia ha definito i corrispettivi economici di contribuzione dei costi comuni della piattaforma, indipendentemente dalla modalità *pay tv* o *pay per view*, sulla base del prezzo *retail* praticato per le offerte di Conto Tv, secondo il listino descritto sinteticamente nella tabella seguente.

Tabella III: Contribuzione costi comuni della piattaforma (€ per abbonato)

OMISSIS

B) La denuncia di Conto Tv

12. Nelle denunce e nelle memorie depositate nel corso del procedimento, Conto Tv sostiene che Sky Italia, negli accordi di *simulcrypt* sottoscritti come nelle bozze contrattuali predisposte dopo la loro scadenza, non ha ottemperato alla delibera n. 123/06/CONS e conseguentemente al paragrafo 11 degli Impegni. Secondo la società denunciante i contenuti contrattuali si fonderebbero sull'errato presupposto che Conto Tv sia un mero fornitore di contenuti, anziché un operatore di comunicazione elettronica dotato di una propria piattaforma tecnica, nonché sull'omessa ed erronea valutazione del concetto di *simulcrypt*. Di conseguenza, l'accordo con Sky Italia, e le relative voci di spesa sarebbero impostate come mero accesso alla piattaforma anziché come accordo di *simulcrypt* e di fornitura dei relativi servizi accessori.

13. Conto TV sostiene di aver dovuto sottoscrivere gli accordi iniziali per poter essere presente nel mercato, accettando anche condizioni non appropriate alla luce dello sproporzionato potere di mercato rispetto al proprio interlocutore, ma nel corso del tempo, essendo aumentato il numero di clienti e la base di calcolo dei costi variabili da riconoscere a Sky, tali accordi sono divenuti insostenibili.

14. Con riferimento ai corrispettivi economici definiti negli accordi contrattuali stipulati e nelle bozze predisposte, Conto Tv contesta la sproporzione tra i prezzi ad essa praticati ed i costi sostenuti da Sky Italia, ritenendo che i corrispettivi una tantum e periodici relativi alla fornitura di servizi tecnici siano al di fuori dei parametri di equità, trasparenza, non discriminatorietà ed orientamento al costo, determinando una politica di prezzo tale da minare la propria stabilità economica. A supporto di tale contestazione la società ha descritto i costi da essa sostenuti per dotarsi di una propria piattaforma tecnica, con particolare riferimento alle condizioni economiche relative al sistema di accesso condizionato "Conax" adottato da Conto Tv e differente dal sistema "NDS" adottato da Sky Italia. Rileva, inoltre, che ai sensi della Decisione comunitaria il *simulcrypt* costituisce un onere per Sky Italia posto a tutela della concorrenza.

15. In particolare, relativamente ai corrispettivi variabili di contribuzione ai costi comuni, Conto Tv ha denunciato:

- a) l'inosservanza dell'obbligo di orientamento ai costi previsto dagli Impegni, essendo i corrispettivi determinati con un criterio di attribuzione riferito ai ricavi di Conto Tv. Una metodologia di determinazione dei prezzi orientata ai costi escluderebbe, secondo la società denunciante, un rapporto di proporzionalità diretta tra i corrispettivi richiesti ed i ricavi della società richiedente i servizi, in quanto i costi tecnici rilevanti sono quelli fissi che ad un certo momento sono ontologicamente armonizzati a prescindere dal successo commerciale dell'operatore terzo;
- b) la discriminatorietà rispetto alle condizioni offerte ai club calcistici di serie B in relazione alla trasmissione delle loro partite, ai quali sarebbe assicurata una *revenue sharing* pari al 95% dei ricavi, determinando di fatto una richiesta di contribuzione ai costi di molto inferiore a quella richiesta a Conto Tv;
- c) l'effetto di imporre agli abbonati di Sky Italia oneri aggiuntivi e di ostacolare la crescita di Conto Tv come operatore alternativo alla piattaforma Sky Italia.

16. Conto Tv ha contestato, inoltre, l'estraneità alla prassi in materia di accordi di *simulcrypt*, così come indicati dagli Impegni e dalla delibera n. 123/06/CONS, di numerose condizioni contrattuali presenti negli accordi stipulati e proposti da Sky Italia quali:

- a) la limitazione ad un anno della durata dell'accordo;
- b) la comunicazione anticipata del listino delle offerte *pay per view*, comprensiva del numero di attivazioni stimate e dei prezzi praticati;

- c) l'obbligo verso Conto Tv di comunicare con 30 giorni di anticipo le modifiche alle caratteristiche delle offerte della stessa che richiedano una modifica dei servizi forniti da Sky Italia;
- d) il calcolo dei corrispettivi periodici sulla base di rendiconti comprensivi dei prezzi di listino delle singole offerte vendute.

17. La società denunciante, inoltre, afferma di essere stata costretta, proprio in virtù del comportamento di Sky Italia, ad adottare una differente politica di prezzo per gli utenti che fruiscono delle proprie offerte tramite la piattaforma di Sky Italia, circostanza che la delibera n. 123/06/CONS escluderebbe nella sua parte motiva.

18. Conto Tv, infine, nella memoria del 23 ottobre 2008 ha avanzato formale istanza di rivisitazione della delibera n. 123/06/CONS, ed in particolare dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza in virtù dei quali l'Autorità ha ritenuto Sky Italia non tenuta a rendere fruibile la propria offerta commerciale sulla piattaforma di Conto Tv. La società istante fonda tale richiesta sul mutamento della situazione di fatto presupposta dalla delibera n. 123/06/CONS, avendo oggi Conto Tv rispetto al marzo 2006 arricchito il palinsesto, realizzato una capillare rete distributiva, ed essendo passata da *[omissis]* utenti a punte di *[omissis]* in occasione di specifici eventi *pay per view*.

C) La posizione di Sky Italia

19. In linea generale, Sky Italia sostiene che l'accordo di *simulcrypt* con Conto Tv prevede caratteristiche peculiari che lo rendono simile ad un accordo di accesso alla piattaforma, e che Conto Tv debba contribuire ai costi delle infrastrutture che utilizza. Nei documenti dell'11 luglio 2008, del 24 ottobre 2008 e del 3 dicembre 2008, Sky Italia ha specificato, su richiesta dell'Autorità, i dettagli della "catena impiantistica" oggetto del servizio offerto a Conto Tv, ivi compresi i relativi elementi di costo presenti nella propria contabilità regolatoria. Ha specificato altresì i criteri adottati per la ripartizione di tali costi tra gli utilizzatori della piattaforma al fine della determinazione del prezzo dei servizi.

20. Sky Italia ha precisato che i servizi che essa offre ai soggetti richiedenti accesso alla piattaforma sono orientati ai costi, secondo una metodologia che distingue tra costi incrementali, ovvero i costi da essa sostenuti per la fornitura di servizi ad uno o più operatori terzi richiedenti l'accesso; e costi comuni, ovvero i costi legati allo sviluppo ed al funzionamento della piattaforma satellitare, di cui beneficiano sia Sky che gli operatori terzi.

21. Nel caso dei costi incrementali associati alla fornitura di servizi ad esclusivo uso di Conto Tv (costi incrementali specifici), la società ha evidenziato che il corrispettivo richiesto è equivalente al costo contabile degli stessi. Nel caso di costi incrementali associati alla fornitura di servizi ad uso di Conto Tv ed altri operatori terzi (costi incrementali comuni), il corrispettivo richiesto è equivalente al costo contabile, questa volta ripartito tra i vari operatori terzi accedenti al servizio stesso.

22. Con riferimento ai costi comuni della piattaforma satellitare, la società ha descritto il criterio adottato per definire la ripartizione dei costi tra Sky Italia e l'operatore terzo; tale criterio determina i corrispettivi da versare da parte di Conto TV proporzionalmente al rapporto tra i ricavi realizzati dall'operatore terzo attraverso il servizio offerto tramite la piattaforma di Sky Italia, ed il monte ricavi realizzato da Sky Italia.

23. Sky Italia ritiene che il metodo di ripartizione scelto, tra i diversi possibili, sia orientato ai costi, equo, trasparente e non discriminatorio, nonché applicato a tutti i terzi che accedono alla piattaforma e coerente con la prassi internazionale, in particolare le linee guida elaborate dall'Autorità di regolazione inglese (Ofcom) rispetto all'operatore satellitare BSkyB. Secondo Sky Italia, la metodologia impiegata si basa sull'orientamento ai costi in quanto la grandezza di partenza da cui ricavare i corrispettivi economici a carico di Conto Tv è costituita dai costi comuni della piattaforma presentati nella contabilità regolatoria della società.

24. Il metodo di ripartizione dei costi applicato si basa sul principio del "beneficio atteso", ovvero il principio secondo cui i costi comuni sono recuperati in base ai benefici incrementali che gli utilizzatori della piattaforma satellitare derivano dalla loro presenza su di essa. Sky Italia ritiene corretto utilizzare come criterio di ripartizione (*driver*) i ricavi incrementali che il soggetto terzo realizza. Nel caso di Conto Tv, dunque, i ricavi incrementali sono quelli derivanti dalla vendita di propri abbonamenti *pay tv* e di eventi in modalità *pay per view* agli utenti della piattaforma di Sky Italia, per cui la ripartizione dei costi comuni dipende direttamente dalle tariffe *retail* praticate da Conto Tv sul mercato, indipendentemente dalla durata degli eventuali abbonamenti e dalla modalità utilizzata.

25. A parere di Sky Italia, tale metodologia risulta più favorevole agli operatori terzi, soprattutto se di piccole o medie dimensioni, in quanto tali operatori generano ricavi nettamente inferiori a quelli di Sky Italia, la quale pertanto contribuisce ai costi comuni in misura di gran lunga superiore agli altri.

26. Altri criteri di ripartizione dei costi comuni, ad esempio quello basato sul rapporto tra il numero di smart card cui accede l'operatore terzo ed il totale delle smart card attive, oppure equivalente al rapporto tra il numero di operazioni di abilitazione/disabilitazione richieste dall'operatore terzo ed il totale delle operazioni, porterebbero secondo Sky Italia a corrispettivi variabili superiori rispetto a quelli ottenuti applicando il principio del beneficio atteso, almeno sino a quando gli operatori terzi accedenti alla piattaforma ricavano profitti inferiori a quelli di Sky Italia.

27. Le voci estratte dalla contabilità regolatoria prodotta da Sky Italia per il calcolo dei contributi riferiti ai costi comuni della piattaforma sono sostanzialmente due, denominate "Decoder & sSmart card" ed "EPG". La prima voce include alcuni costi diretti, ovvero quota parte dei costi di licenze e manutenzione software della piattaforma satellitare ed i costi di decoder e smart card (comprensivi di installazione e manutenzione), i costi indiretti e gli ammortamenti associati. La voce "EPG" include

alcuni costi diretti, ovvero quota parte dei costi specifici di manutenzione software e hardware della piattaforma, i costi indiretti e gli ammortamenti associati con il servizio di guida elettronica programmi EPG.

28. Per quanto riguarda il prezzo richiesto a Conto Tv per l'utilizzo della licenza NDS, Sky Italia chiarisce che esso è stato determinato sulla base di una logica commerciale, secondo criteri di equità e di favore nei confronti dell'operatore accedente.

29. Con riferimento ai contratti stipulati con fornitori di contenuti non dotati di infrastrutture, inclusi i canali "Option" e le squadre di calcio di serie B, Sky Italia ha negato che si tratti di contratti di accesso alla piattaforma, avendo invece ad oggetto la cessione di una licenza di diffusione dei contenuti. Sky Italia sottolinea come nei casi citati essa ha un interesse commerciale e specifico ad acquisire il contenuto oggetto di quei contratti, che andrà a far parte della propria offerta commerciale. La differenza con i contratti di accesso alla piattaforma starebbe nel fatto che, in tal caso, i soggetti richiedenti l'accesso versano un corrispettivo a Sky Italia per i servizi che questa offre al fine di consentire loro di commercializzare i prodotti, mentre nel caso dei canali "Option" e delle squadre di calcio di serie B Sky Italia remunera il valore dei contenuti da essi forniti, e offerti da Sky Italia ai propri abbonati, con i quali ha un rapporto commerciale ed economico diretto.

30. Sky Italia ritiene dunque che i corrispettivi a suo carico definiti nei contratti di acquisizione delle licenze per la diffusione di contenuti non possono rappresentare un termine di paragone rispetto ai corrispettivi a suo favore previsti nei contratti di accesso alla piattaforma e orientati ai costi da essa stessa sostenuti.

31. SKY Italia, in risposta agli approfondimenti richiesti, in particolare con riferimento alla stagione 2007/2008 del campionato di calcio di Serie B, ha chiarito che

OMISSIS

II. LE VALUTAZIONI DELL'AUTORITÀ

32. Alla luce di quanto emerso in atti, avuto riguardo sia alle memorie depositate dalle parti che a quanto rappresentato in sede di audizione, deve concludersi che le bozze contrattuali predisposte da Sky Italia in vista del rinnovo dell'accordo di *simulcrypt* con Conto Tv non risultano del tutto conformi alla delibera n. 123/06/CONS ed al paragrafo 11 degli Impegni.

33. In particolare, sono presenti condizioni contrattuali ed economiche che in parte esulano dall'oggetto dell'accordo di *simulcrypt*, e che non sono sempre rispondenti ai principi di equità, ragionevolezza e orientamento al costo ai sensi di quanto prescritto dalla delibera n. 123/06/CONS.

A) L'accordo di simulcrypt

34. Nel procedimento di autorizzazione della concentrazione Stream-Telepiù, la Commissione ha tenuto conto del fatto che il Gruppo NewsCorp sarebbe stato in grado, in assenza di misure correttive, di elevare i costi dei concorrenti controllando l'accesso degli operatori terzi ai servizi della piattaforma satellitare ed al sistema di accesso condizionato (CAS).

35. Per ridurre tale rischio, la Decisione della Commissione europea del 2 aprile 2003 M.2876 ha previsto dei rimedi specifici, contenuti nel paragrafo 11 degli Impegni, i quali tengono conto delle diverse scelte possibili per gli operatori concorrenti che vogliano entrare nel mercato della televisione satellitare. L'operatore concorrente può decidere, infatti, di creare una propria infrastruttura con cui veicolare le sue offerte commerciali oppure di offrire i propri programmi attraverso l'accesso alla piattaforma esistente. In tale ultimo caso, può ottenere una licenza dalla società NDS per accedere al CAS Videoguard oppure, in alternativa, avere accesso alla piattaforma di Sky Italia attraverso i servizi tecnici da essa forniti.

36. Per ciascuna di queste ipotesi sono previste garanzie a tutela degli operatori concorrenti all'interno del paragrafo 11 degli Impegni: rispettivamente il punto 11.8 per l'accordo di simulcrypt, il punto 11.7 per la concessione della licenza NDS, i punti da 11.2 a 11.6 per la fornitura dei servizi tecnici di accesso alla piattaforma.

37. Rispetto ai possibili ostacoli all'ingresso al mercato della televisione a pagamento derivanti dal controllo da parte di Sky Italia della piattaforma tecnica e dei relativi servizi, la disciplina contenuta nelle previsioni da 11.2 a 11.6 degli Impegni obbliga Sky Italia a fornire servizi tecnici ad operatori terzi a condizioni eque, trasparenti, non discriminatorie e orientate ai costi. Relativamente al rischio che l'adozione di un unico sistema di accesso condizionato, di proprietà di una società controllata (NDS), consenta di ostacolare l'ingresso di nuove piattaforme alternative con CAS differente, con conseguente ulteriore rafforzamento della posizione dominante sul mercato della televisione a pagamento, il punto 11.8 degli Impegni prevede che *“Le Società Obbligate si adopereranno ragionevolmente al fine di stipulare accordi di Simulcrypt in Italia a condizioni eque e su base di reciprocità [...]”*.

38. Nel caso in esame, vengono in luce le garanzie previste dagli Impegni per gli accordi di simulcrypt, unitamente all'obbligo di fornitura dei servizi tecnici accessori a condizioni eque, trasparenti, non discriminatorie ed orientate ai costi. Conto Tv, infatti, è un operatore televisivo che ha scelto di dotarsi di una propria piattaforma tecnica, intendendo con essa il sistema che controlla l'accesso condizionato e l'erogazione dei servizi tecnici ad esso correlati, inclusa la trasmissione via satellite del segnale televisivo.

39. In sostanza Conto Tv è in grado di operare in maniera autonoma e indipendente per la diffusione di servizi televisivi a pagamento. In particolare, la piattaforma di Conto Tv si basa sul sistema di accesso condizionato sviluppato dalla società Conax, che consente quindi la ricezione del segnale televisivo sui decoder, compatibili con il

sistema Conax, sviluppati da diverse società. La società Conto Tv è inoltre dotata di una rete sul territorio per la distribuzione delle proprie smart card e per la commercializzazione autonoma delle offerte sulla piattaforma satellitare, su internet e, limitatamente ad alcune regioni, sul digitale terrestre.

40. Con la delibera n. 123/06/CONS l'Autorità ha definito, rispetto alle criticità emerse nelle trattative tra le società Edi on Web (il cui ramo d'azienda è stato poi rilevato da Conto Tv) e Sky Italia, il quadro applicativo del paragrafo 11.8 degli Impegni.

41. Con tale decisione l'Autorità ha riconosciuto l'esistenza di un obbligo per Sky Italia a concludere un accordo di *simulcrypt* che assicurasse ai propri abbonati la possibilità di fruire delle offerte commerciali di Conto Tv (già Edi On Web) senza oneri aggiuntivi. In ragione dell'assetto di mercato esistente al momento della risoluzione della controversia, l'Autorità ha ritenuto che Sky Italia non fosse obbligata anche a rendere fruibile la propria offerta commerciale sulla piattaforma di Conto Tv. L'Autorità ha inoltre ribadito, conformemente a quanto disposto dai paragrafi 11.1 e 11.10 degli Impegni, l'obbligo per Sky Italia a non applicare all'accordo di *simulcrypt* condizioni contrattuali ed economiche che esulino dall'oggetto dello stesso e ad offrire i servizi tecnici di accesso a condizioni eque, trasparenti, non discriminatorie ed orientate ai costi.

42. Chiarito il quadro normativo di riferimento, occorre in via preliminare ricordare che lo scopo di un accordo di *simulcrypt* è quello di permettere la ricezione, mediante lo stesso decoder, di segnali televisivi criptati con differenti sistemi di accesso condizionato, consentendo all'utente di potersi abbonare alle offerte di differenti operatori e di poter usufruire dei rispettivi servizi utilizzando lo stesso apparato ricevente. Come già chiarito nel documento "*Considerazioni sullo standard del ricevitore-decodificatore integrato per la fruizione dei servizi di televisione digitale*", prodotto dal "Comitato per lo sviluppo dei sistemi digitali" di cui alla delibera n. 77/98 l'oggetto del *simulcrypt* è tale da non richiedere un accordo fra operatori, ma "*un semplice accordo di licenza tra i fornitori dei sistemi d'accesso condizionato utilizzati ed il broadcaster*", finalizzato a rendere interoperabili due o più sistemi di accesso condizionato.

43. L'accordo di *simulcrypt*, e conseguentemente il suo oggetto, risultano quindi avere, nelle ipotesi tipiche, natura diversa da un accordo di accesso alla piattaforma finalizzato a consentire ad un operatore televisivo privo di una propria piattaforma la distribuzione delle proprie offerte commerciali su di una piattaforma già esistente.

44. Nel caso in esame, si configura tuttavia una ipotesi atipica di *simulcrypt*, consentita dalla delibera n. 123/06/CONS in ragione del contesto di mercato esistente e determinata dalla scelta di Sky Italia di non rendere fruibile la propria offerta commerciale sulla piattaforma tecnica di Conto Tv e di commercializzare le proprie offerte attraverso decoder privi di Common Interface (CI) capaci di alloggiare differenti Conditional Access Module (CAM).

45. In ragione di ciò, l'offerta commerciale di Conto Tv è accessibile dagli abbonati di Sky Italia esclusivamente attraverso l'utilizzo del sistema di accesso condizionato "Videoguard" utilizzato da Sky Italia per i propri programmi, nonché delle smart cards e dei decoders da essa distribuiti.

46. L'atipicità dell'accordo di *simulcrypt* in questione si rivela anche dalla circostanza che la gestione della interoperabilità tra le piattaforme - necessaria a consentire agli abbonati di Sky Italia l'attivazione dell'offerta di Conto Tv sui propri decoder -, così come la generazione delle chiavi NDS, vengano svolte direttamente da Sky Italia e non autonomamente da Conto Tv.

47. Allo stato, dunque, per poter offrire i propri contenuti agli utenti di Sky Italia, Conto tv utilizza le smart card di quest'ultima, rendendo interoperabili i due sistemi di accesso condizionato tramite una interfaccia SMS/CA, ed usufruisce del servizio di criptaggio delle chiavi e del servizio di inserimento nella Epg realizzati sulla piattaforma di Sky Italia.

48. Alla luce del contesto descritto, l'Autorità, nell'ambito dell'attività di vigilanza avviata a seguito della denuncia di Conto Tv e con riferimento all'osservanza della delibera n. 123/06/CONS, ha esaminato le condizioni contrattuali ed economiche relative all'accordo di *simulcrypt*, ed ha proceduto alla valutazione della pertinenza dei costi indicati da Sky Italia e della correttezza dei corrispettivi richiesti a Conto Tv.

49. In relazione al sistema adottato da Sky Italia e che si riferisce ai costi della piattaforma afferenti all'aggregato regolatorio Techco, i costi derivanti dall'accordo di *simulcrypt* con Conto Tv sono di due tipi, secondo le definizioni utilizzate dalla stessa Sky Italia:

- a) i costi incrementali, determinati dalla necessità di realizzare il criptaggio delle chiavi per conto di Conto Tv e di rendere le due piattaforme interoperabili, almeno nel senso chiarito dalla delibera n. 123/06/CONS, e remunerati negli accordi tra le due società tramite i corrispettivi *una tantum* e i costi periodici relativi alla manutenzione e al supporto dell'interfaccia SMS/CA e del sistema di criptaggio NDS. Nei costi incrementali sono inclusi anche i costi relativi all'attività di schedulazione dell'offerta *pay per view*;
- b) i costi comuni della piattaforma, limitatamente all'oggetto dell'accordo di *simulcrypt*.

B) I costi incrementali

50. Nel caso dei costi incrementali associati alla fornitura di servizi ad esclusivo uso di Conto Tv (costi incrementali specifici), Sky Italia ha evidenziato che il corrispettivo richiesto è equivalente al costo contabile degli stessi. Nel caso di costi incrementali associati alla fornitura di servizi ad uso di Conto Tv ed altri operatori terzi (costi incrementali comuni), il corrispettivo richiesto è equivalente al costo contabile, questa volta ripartito tra i vari operatori terzi accedenti al servizio stesso

51. La bozza contrattuale proposta da Sky Italia prevede, quale contribuzione ai costi incrementali determinati dalla necessità di realizzare il criptaggio delle chiavi per conto di Conto Tv e rendere le due piattaforme interoperabili, il pagamento da parte di Conto Tv di una serie di corrispettivi periodici. Le voci di costo si riferiscono alla manutenzione ed al supporto dell'interfaccia SMS/CA e del sistema di criptaggio NDS, nonché ai costi relativi all'attività di schedulazione dell'offerta *pay per view*. La medesima bozza contrattuale tiene in ogni caso conto di quanto è stato già pagato da Conto Tv negli accordi di *simulcrypt* scaduti a titolo di corrispettivi *una tantum* ai costi incrementali sostenuti da Sky Italia.

52. L'Autorità ritiene pertinenti i costi indicati da Sky Italia e corretta la loro copertura da parte di Conto Tv, in quanto tali costi non sarebbero altrimenti stati sostenuti da Sky Italia. I corrispettivi richiesti a Conto Tv per coprire tali costi sono da considerarsi, alla luce delle informazioni disponibili, corretti.

53. Per quanto riguarda i costi incrementali che rientrano nel servizio "Funzionalità di criptaggio delle chiavi di scrambling con sistema ECMG NDS", si rileva che l'oggetto principale dell'accordo di *simulcrypt* consiste proprio nella trasmissione, da parte dell'operatore, di segnali televisivi criptati con differenti sistemi di accesso condizionato e ciò comporta nel caso specifico l'utilizzo, da parte di Conto Tv, della licenza "Videoguard" NDS. Il *simulcrypt* esistente tra le parti non prevede l'acquisto di una vera e propria licenza da parte di Conto Tv, bensì l'utilizzo da parte di quest'ultima della licenza di Sky Italia. Conto TV, quindi, non possiede una licenza NDS, non può stampare e gestire proprie smart card, non gestisce direttamente la generazione delle chiavi di criptaggio. Alla luce di ciò, si ritiene equo e ragionevole che il costo indicato come "Software ECMG NDS", riferito all'acquisizione delle licenze, sia inferiore a quello di un contratto di licenza completo, come la stessa Sky Italia dichiara; in tal senso, l'Autorità ritiene pertinenti tali costi e corretti i corrispettivi richiesti all'operatore terzo. Per quanto riguarda gli altri corrispettivi richiesti a Conto Tv e che rientrano sotto tale voce, essi sono ritenuti pertinenti in quanto tali costi sarebbero stati sostenuti comunque da Conto Tv nel caso in cui essa avesse acquisito autonomamente una licenza NDS ed avesse predisposto i sistemi hardware/software per la generazione delle chiavi di criptaggio. Si ritengono, alla luce delle informazioni disponibili all'Autorità, equi e ragionevoli i corrispettivi richiesti da Sky Italia per tali elementi.

54. Con riferimento ai costi incrementali che rientrano nella voce "Fornitura e gestione dell'interfaccia SMS/CA", l'Autorità ritiene che tali costi siano pertinenti in quanto costi incrementali, altrimenti non sostenuti da Sky Italia, necessari al fine di permettere l'abilitazione e la disabilitazione delle smart card alla ricezione dei servizi di Conto Tv. Essendo il sistema in oggetto utilizzato per l'interfacciamento anche verso altri operatori terzi (fino ad un massimo di tre), i costi corrispondenti sono correttamente ripartiti da Sky Italia tra gli utilizzatori del servizio.

55. Per quanto riguarda i costi incrementali relativi all'"Attività di schedulazione per la trasmissione dell'Offerta *pay per view*", ovvero le attività necessarie all'inserimento della schedulazione riferita alla programmazione in *pay per view* offerta da Conto Tv,

l'Autorità ritiene che sia pertinente che Sky Italia ne richieda la copertura da parte dell'operatore terzo, trattandosi di un costo incrementale specifico. L'Autorità ritiene inoltre necessario che non debbano sussistere vincoli né temporali né funzionali nell'attività di schedulazione di Conto TV, essendo ragionevole ipotizzare possibili cambiamenti nella programmazione sia per motivi tecnici che di opportunità commerciale. In tali casi sarà sufficiente un preavviso adeguato da parte di Conto Tv, definito sulla base dei minimi vincoli tecnici necessari ad attuare le variazioni della programmazione.

56. Con riferimento infine ai costi indicati nei contratti per la manutenzione, l'Autorità ritiene che, alla luce delle informazioni disponibili, siano pertinenti e che sia corretto che Sky Italia ne richieda la copertura da parte dell'operatore terzo.

C) I costi comuni della piattaforma

57. Sky Italia ritiene che i terzi accedenti alla piattaforma debbano contribuire ai costi comuni della piattaforma satellitare, in quota parte, in quanto essi usufruiscono degli investimenti da essa effettuati per dotare il proprio parco abbonati degli strumenti di ricezione dell'offerta. In considerazione di ciò, Sky Italia richiede a Conto Tv un contributo ai costi comuni netti, così come risultanti dalla contabilità regolatoria, relativamente al servizio "Decoder & Smart Card", nonché un contributo relativo al "servizio di accesso EPG".

58. A riguardo, le valutazioni si sono concentrate: sull'inerenza di tali servizi all'oggetto dell'accordo di *simulcrypt*; sulla correttezza delle voci di costo incluse nei contributi richiesti a Conto Tv; sulla modalità di ripartizione dei costi individuati tra gli utilizzatori della piattaforma. A tal fine, conformemente a quanto previsto dagli Impegni, si è verificata la rispondenza delle condizioni dell'accordo di *simulcrypt* ai prescritti parametri di equità e di reciprocità, nonché all'obbligo di fornire i servizi tecnici accessori a condizioni eque, trasparenti, non discriminatorie ed orientate ai costi.

C.1) Servizio "Decoder & Smart card"

59. Tra i costi comuni considerati da Sky Italia, vi sono quelli associati al servizio "Decoder & Smart card" dell'aggregato regolatorio TechCo. All'interno di questo capitolo di costi sono presenti: i costi sostenuti da Sky Italia per l'acquisto dei decoder e smart card; i costi per il mantenimento di tale piattaforma, in termini di manutenzione e sostituzione delle apparecchiature; i costi di installazione presso gli utenti dei decoder distribuiti; i costi connessi ai diritti d'uso del sistema d'accesso condizionato NDS, con riferimento alle *royalties* NDS associate ai decoders ed alle smart cards; una serie di costi per la gestione della piattaforma ed i costi indiretti associati.

I costi pertinenti

60. L'Autorità ha in primo luogo verificato la pertinenza delle voci di costo del servizio "Decoder & Smart card" ai fini della valutazione dei costi comuni da ripartire.

61. Nell'ipotesi tipica di *simulcrypt*, ovvero allorché tra le due piattaforme esistesse una interoperabilità piena tra i differenti sistemi di accesso condizionato, tale servizio sarebbe in linea generale estraneo all'oggetto dell'accordo di *simulcrypt*, il quale per sua natura si configura come un accordo reciproco di licenza tra i rispettivi fornitori dei sistemi di accesso condizionato. Le componenti di costo oggetto di una "condivisione" sarebbero fondamentalmente limitate, dunque, a quelle relative al solo contratto di licenza NDS, alle quali potrebbero sommarsi, sulla base di accordi commerciali, quelle connesse alle smart card fisiche eventualmente condivise.

62. Nel caso in esame, invece, siamo di fronte ad una ipotesi atipica di *simulcrypt*, determinata dalla sproporzione tra le due piattaforme in termini di investimenti, ricchezza dei palinsesti e numero di abbonati. Tale atipicità si manifesta nella necessità, per Conto Tv, di fruire di un servizio accessorio quale l'utilizzo delle smart card e dei decoder di Sky Italia al fine di raggiungere gli abbonati della stessa.

63. L'Autorità ritiene pertanto appropriata, in virtù dell'asimmetria descritta e delle considerazioni che seguono, una contribuzione, in quota parte, dei costi sostenuti a tal fine da Sky Italia, ed in particolare la contribuzione alle seguenti voci presenti nella contabilità regolatoria di Sky Italia: licenze smart card (manutenzione e sostituzione); ammortamento e immobilizzazioni smart card fisiche, logistica; ammortamento ed immobilizzazioni decoder; call center; quota parte dei costi indiretti associati alla piattaforma.

64. Come chiarito in precedenza, i costi connessi alla licenza di utilizzo del sistema di accesso condizionato ineriscono direttamente all'oggetto di accordo di *simulcrypt*, proprio perché legati allo sviluppo ed al mantenimento del sistema di criptaggio; essi pertanto rientrano tra quelli cui Conto Tv deve contribuire.

65. Analogamente, Conto Tv deve contribuire ai costi relativi alle smart card fisiche, alla luce del fatto che essa effettivamente usufruisce delle schede di proprietà di Sky Italia e che in ogni caso avrebbe dovuto sostenere costi simili per l'acquisizione di nuovi clienti anche nel caso di una ipotesi ordinaria di *simulcrypt*. Tali costi sono inclusi nella contabilità regolatoria di Sky Italia sotto la voce "Ammortamento Smart card" e sotto la voce "Smart card" e "Immobilizzazioni in corso di cui Smart Card"; le immobilizzazioni sono chiaramente incluse come remunerazione del capitale investito.

66. Per quanto riguarda le voci di costo complessivamente riferibili ai decoders, alla luce delle caratteristiche peculiari del *simulcrypt* esistente tra Sky Italia e Conto TV, che comporta l'utilizzo da parte di quest'ultima di una parte della catena impiantistica di Sky Italia, e dell'oggettivo vantaggio che quest'ultima società consegue nell'accedere ad un parco abbonati molto ampio in virtù degli investimenti, seppur di politica commerciale, sostenuti da Sky Italia, l'Autorità ritiene ragionevole prevedere una parziale remunerazione degli stessi.

67. Al fine di giudicare la pertinenza di tali costi tra quelli imputabili a Conto Tv, l'Autorità ha tenuto conto, per ciascun costo che non è diversamente remunerato, della capacità di:

- i) determinare un vantaggio diretto sia all'operatore proprietario dell'infrastruttura che all'operatore terzo che utilizza la piattaforma, in assenza di un forte sbilanciamento del vantaggio a favore di Sky Italia;
- ii) determinare concreti rischi di effetti anti-concorrenziali nei confronti dell'operatore terzo che opera in concorrenza con una propria piattaforma indipendente.

68. Devono pertanto essere esclusi innanzitutto i costi relativi ai decoders venduti da Sky Italia, perché già recuperati con il prezzo della vendita.

69. Si ritiene invece di includere il costo dei decoder distribuiti gratuitamente da Sky Italia in comodato d'uso, corrispondente alla voce "ammortamento decoder": si tratta di costi da recuperare e in questo caso esiste un legame evidente tra la voce di costo e la possibilità di Conto Tv di accedere ad un parco abbonati molto ampio.

70. Sono invece esclusi dal monte costi complessivo una serie di costi, tra cui i più significativi sono i costi di installazione dei decoder, i costi diretti connessi al funzionamento dell'aggregato regolatorio TechCo di Sky Italia ed i relativi ammortamenti.

71. I costi di installazione vengono esclusi in quanto essi rappresentano costi iniziali, "funzionali all'instaurazione del rapporto contrattuale", come la stessa SKY dichiara nel corso del procedimento sanzionatorio 9/08/DIT. Risulta evidente il meccanismo di sussidio mediante vincolo contrattuale: sebbene a seguito della delibera n. 484/08/CONS Sky Italia non possa più recuperare tale costo dalla penale di recesso, è altrettanto evidente che l'instaurazione di un nuovo contratto garantisce una rendita iniziale di una durata minima tale da poter coprire tale costo. Non è invece certo che un nuovo abbonato di Sky Italia garantisca una rendita anche a Conto Tv, visto che il legame contrattuale è solo con Sky Italia. Inoltre, tale costo è di tipo *una tantum*, e quindi non è facilmente collegabile ad un uso successivo del sistema fatto da Conto Tv, in termini di sfruttamento per la durata dell'utilizzo che esso ne fa.

72. A conferma di tale impostazione, nelle "Guidelines" definite da OFCOM per la risoluzione di controversie concernenti l'accesso alla piattaforma satellitare di BSkyB ("Provision of Technical Platform Services"), l'Autorità inglese afferma che sebbene anche gli operatori terzi si avvantaggiano dell'aumento delle abitazioni coperte dal servizio, quando BSkyB fornisce dei sussidi al cliente a condizione che esso firmi un contratto con la propria divisione *retail*, essa se ne avvantaggia maggiormente rispetto agli operatori terzi. Ciò risulta particolarmente vero quando l'operatore terzo offre un servizio sostituibile a quello del titolare della piattaforma, ed il cliente potrebbe scegliere di abbonarsi ad essa piuttosto che all'operatore terzo se quest'ultimo non offre un trattamento simile. Nel caso specifico dei costi di installazione, questo risulta particolarmente vero in quanto essi rappresentano costi iniziali *una tantum*.

73. Per quanto riguarda i costi diretti connessi al funzionamento dell'aggregato regolatorio TechCo di Sky Italia - "Licenze e manutenz. SW Direz. Tecnologie" e "Consulenze Direzione Tecnologia" nella contabilità regolatoria - ed i relativi ammortamenti - "SW Direzione Tecnologia", "Impianti Direzione Tecnologia", "EDP Direzione Tecnologia" e "Altri amm.ti" nella contabilità regolatoria -, l'Autorità ritiene che siano costi non evitabili di Sky Italia, per i quali la presenza di Conto Tv, attraverso la diffusione di prodotti sui decoder Sky, non influisce né direttamente né indirettamente. Conto Tv non ne deriva un particolare vantaggio specifico, né riduce il beneficio che ne deriva Sky Italia. A differenza del caso di un operatore terzo, mero fornitore di contenuti, tale supporto non è funzionale alla diffusione dei contenuti per Conto Tv, che possiede una propria infrastruttura analoga. Diversamente, Conto Tv rischierebbe di finanziare la piattaforma alternativa senza averne un vantaggio diretto, non relazionabile all'utilizzo effettivo della piattaforma, e duplicando inoltre i propri costi di struttura aziendale.

74. Si ritiene infine ragionevole includere, nel monte costi ritenuto pertinente, una quota parte dei costi indiretti presenti in contabilità regolatoria allocati al servizio "Decoder & Smart card", parte da individuare in quota proporzionale al rapporto tra i costi riconosciuti dall'Autorità come pertinenti ed il totale dei costi individuati da Sky Italia (con esclusione della remunerazione del capitale medio investito).

Il criterio di ripartizione dei costi

75. Una volta definito il monte dei costi comuni della piattaforma cui deve contribuire anche l'operatore terzo che la utilizza, occorre individuare il criterio di ripartizione tra Sky Italia e gli altri utilizzatori.

76. Sky Italia ha individuato quale criterio quello basato sul principio del beneficio atteso, ovvero il principio secondo cui i costi comuni sono recuperati in base ai benefici incrementali che gli utilizzatori della piattaforma derivano dalla loro presenza su di essa, nella specie individuati nei ricavi incrementali derivanti dalla vendita di abbonamenti *pay tv* e di eventi in modalità *pay per view*.

77. L'Autorità non ritiene applicabile tale criterio al caso di specie, per le motivazioni che seguono.

78. In primo luogo, si rileva che la stessa Ofcom, le cui Linee Guida relative all'operatore satellitare BSkyB sono citate da Sky Italia a proprio sostegno, ritiene che utilizzare i ricavi come criterio di ripartizione sia applicabile quando non esistono alternative credibili al servizio o fornitori alternativi dello stesso servizio. Nel caso in questione, si osserva che alla luce della natura dell'operatore Conto Tv - che possiede un'infrastruttura alternativa a quella di Sky Italia basata su piattaforma satellitare, nonché su digitale terrestre e mediante IpTV - l'applicazione del beneficio atteso comporta una serie di conseguenze tali da rendere tale metodologia poco indicata. Innanzitutto, si rileva la difficoltà di stimare il beneficio incrementale che deriva dall'utilizzo della piattaforma nel caso di Conto Tv, allorquando esso potrebbe ottenere un beneficio anche maggiore raggiungendo uno specifico cliente mediante la propria

piattaforma piuttosto che mediante quella dell'operatore Sky; in tal caso, si ricorda, Sky si presenta come diretto concorrente di Conto Tv nella gestione del cliente, a differenza di quanto accade nei confronti di un operatore mero fornitore di contenuti che accede alla sua piattaforma.

79. Il principio del beneficio atteso, inoltre, non consente di allocare i costi comuni in maniera correlata all'effettivo utilizzo della piattaforma da parte di Conto Tv. In particolare, la principale controindicazione che scaturisce dall'applicazione di tale metodologia al caso specifico è dovuta al forte legame che nasce tra il prezzo all'ingrosso praticato da Sky Italia ed il prezzo al dettaglio praticato da Conto Tv. In tale situazione, essendo il prezzo *retail* strettamente correlato alla tipologia di contenuto fornito al cliente finale mediante la piattaforma (in quanto il prezzo *retail* riflette la disponibilità a pagare del cliente, che dipende dal tipo di contenuto), si rischierebbe di remunerare l'utilizzo di una risorsa tecnica sulla base della tipologia di contenuto trasmessa, piuttosto che con riferimento all'effettivo utilizzo della risorsa.

80. In aggiunta a ciò, si osserva che il legame con le tariffe *retail* determina una limitazione alla libertà dell'operatore terzo di fare politiche commerciali in concorrenza, lo obbliga a fornire ad un diretto concorrente informazioni sensibili sulle proprie attività, e con un certo anticipo sul lancio delle offerte ai clienti finali.

81. Sul punto, si rileva peraltro che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nell'atto di avvio dell'istruttoria del 2 ottobre 2008 ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90 nei confronti della società Sky Italia per accertare l'esistenza di una violazione dell'articolo 82 del Trattato CE, ha osservato che *“la contribuzione richiesta da Sky Italia a Conto Tv, in quanto calcolata in funzione dei ricavi derivanti da abbonamenti e dalle vendite di eventi in pay per view, rappresenta un costo variabile idoneo a riflettersi direttamente sui prezzi che l'emittente può praticare ai propri clienti. Pertanto, esso rappresenta uno strumento a disposizione dell'operatore dominante particolarmente efficace per incidere sulla capacità competitiva dei propri concorrenti e per limitare gli effetti benefici del confronto concorrenziale”*.

82. Alla luce di tali considerazioni, si ritiene pertanto che una corretta metodologia di allocazione dei costi comuni si deve basare sulle effettive risorse utilizzate dall'operatore terzo e sulla durata effettiva del loro utilizzo.

83. Considerate le caratteristiche dell'offerta commerciale di Conto Tv, che prevede abbonamenti *pay tv* di durata anche giornaliera, si ritiene ragionevole valutare il costo “giornaliero” di gestione della piattaforma (ovvero del servizio denominato “Decoder & Smart Card”) sostenuto da Sky Italia con riferimento ad una singola risorsa di abbonato, ripartendolo quindi tra gli operatori a seconda del diverso uso della piattaforma e differenziandolo a seconda della modalità *pay tv* e *pay per view*, coerentemente con quanto disposto dalla delibera n. 117/08/CONS.

84. Il costo giornaliero di gestione della piattaforma viene calcolato dividendo il monte dei costi comuni della piattaforma cui l'operatore terzo deve contribuire – individuato come sopra dall'Autorità – per il numero di giorni presenti in un anno solare

(365) e dividendo ulteriormente per il numero di abbonati attivi dichiarati da Sky Italia con riferimento al medesimo anno fiscale (consistenza media), pari a:

$$\begin{aligned} & \text{costo giornaliero gestione piattaforma decoder e smart card per abbonato} = \\ & = \text{monte costi pertinente} / 365 / \text{numero abbonati attivi SKY} \text{ [€ / giorno / abbonato]} \end{aligned}$$

85. Tale costo rappresenta la spesa giornaliera sostenuta da Sky Italia, nell'anno di riferimento, per il mantenimento e la gestione della quota parte di piattaforma riferibile allo specifico abbonato. Considerato il differente utilizzo del sistema da parte dei due operatori, è necessario individuare un *driver* di utilizzo equo e ragionevole che ripartisca i costi sopra valutati tra gli operatori che offrono servizi ai clienti, tra i quali evidentemente si deve considerare la stessa Sky Italia.

86. Il criterio di ripartizione deve avere la caratteristica di misurare, nella maniera più accurata possibile e tecnicamente applicabile, tenendo comunque in conto i principi di equità, ragionevolezza e non discriminazione, l'uso della risorsa da parte dei clienti di Conto TV, i quali sono necessariamente anche clienti di Sky Italia. In altri termini la risorsa, il cui costo unitario giornaliero è stato sopra definito, viene ad essere condivisa per la visione della programmazione di Sky Italia e quella di Conto TV ogni qualvolta l'utente di Sky Italia decide di accedere all'offerta di Conto TV.

87. A tale scopo, per le offerte in modalità *pay tv*, l'Autorità individua come *driver* più adeguato il numero di pacchetti dell'offerta televisiva commercializzata dai due operatori, eventualmente composti anche da un unico canale.

88. Il *driver* "numero di pacchetti" è un corretto indicatore dell'utilizzo della piattaforma, sia dal punto di vista tecnico che dal punto di vista economico. Infatti, sotto questo secondo profilo, il numero di pacchetti, essendo indicativo della ricchezza del palinsesto commercializzato, rappresenta un criterio valido per individuare l'utilizzo relativo della piattaforma da parte dei due operatori. Sotto il profilo tecnico, il numero di pacchetti coincide anche con il numero di chiavi di criptaggio attivabili per cliente; in tal senso, essendo la piattaforma in esame incentrata alla realizzazione di un sistema di accesso condizionato, il numero di chiavi di criptaggio (e di conseguenza di pacchetti) è un indice tecnico significativo dell'utilizzo del sistema.

89. Al fine di determinare il corrispettivo che Conto Tv, con riferimento ad ogni singolo pacchetto di durata giornaliera da essa venduto, pagare deve fornire a Sky Italia per l'utilizzo delle risorse della piattaforma da parte di un cliente, occorre considerare il numero medio di pacchetti di Sky Italia attivati per cliente. In questo modo, la ripartizione del costo giornaliero seguirà la seguente formula: $1/N+1$, dove "N" rappresenta il numero medio di pacchetti di Sky Italia attivati per cliente. Sulla base dei dati disponibili in contabilità regolatoria dell'anno 2007 (ultima contabilità a disposizione), risulta che N è pari a 6, escludendo dal calcolo i canali *options*. Dunque,

il criterio di ripartizione del costo giornaliero dovuto da Conto Tv in caso di offerta in modalità *pay tv* è pari ad 1/7.¹

90. Per quanto riguarda il corrispettivo di un evento trasmesso in modalità *pay per view*, il criterio di ripartizione del costo giornaliero della piattaforma (per abbonato) deve tener conto delle specifiche caratteristiche di tale offerta. Da una parte l'utente fa un uso sostanzialmente "proprietario" del sistema *smart card* e *decoder* a favore del solo operatore offerente l'evento *pay per view*, seppur per una durata limitata nell'arco delle ventiquattro ore. D'altra parte, il fruitore dell'offerta *pay per view* di Conto Tv è al tempo stesso sicuramente un abbonato alle offerte *pay tv* di Sky Italia. Pertanto, considerato che entrambe le società utilizzano la risorsa piattaforma, l'Autorità ritiene ragionevole che il contributo di Conto Tv al costo della piattaforma per l'attivazione di un prodotto *pay per view* debba seguire un criterio di ripartizione paritaria tra le due società del costo giornaliero per abbonato.

91. Al fine di chiarire la metodologia esposta, di seguito si riporta il calcolo del costo giornaliero di gestione della piattaforma, determinato con riferimento alla contabilità regolatoria di Sky più recente. Sulla base delle informazioni presenti in contabilità regolatoria, il monte costi complessivo ritenuto pertinente dall'Autorità per il "Servizio di accesso a Decoder e Smart Card" risulta pari a [omissis] euro. Il numero di abbonati attivi dichiarati da Sky Italia con riferimento al medesimo anno (consistenza media) è pari a 4.004.972; in sostanza il costo giornaliero di gestione della piattaforma con riferimento al singolo abbonato per l'anno 2007 risulta pari a [omissis] € / giorno / abbonato.

92. In ultima sintesi, il contributo da parte dell'operatore Conto TV, con riferimento all'utilizzo della piattaforma durante l'anno 2008 e per la durata di un giorno, risulta pari, nel caso di offerte in modalità *pay tv*, ad una quota di 1/7 del costo giornaliero sopra calcolato, moltiplicato per il numero di clienti attivo su base giornaliera di Conto Tv. Nel caso di offerte in modalità *pay per view* è a carico di Conto TV una quota pari a 1/2 del costo giornaliero moltiplicato per il numero di clienti di quest'ultimo operatore che richiedono l'evento.

C.2) Il servizio EPG

93. Con servizio di accesso EPG si intende il servizio di guida elettronica ai programmi consultabile dall'utente. A differenza di un accordo di *simulcrypt* in cui gli utenti possono ricevere le offerte con due diversi sistemi di accesso condizionato, nel qual caso il costo relativo al servizio EPG sarebbe sostenuto da entrambi gli operatori sebbene con costi più elevati per l'operatore con una offerta meno ampia. Nella

¹ Ai fini di tale valutazione, si è considerato che un abbonato all'offerta *Mondo* ha al minimo 2 pacchetti attivi, un abbonato all'offerta *Cinema* ha sicuramente 5 pacchetti attivi (di cui i 4 di *Mondo*), e così via, fino ad un massimo di 7 pacchetti attivi per abbonato. Il risultato finale è stato approssimato all'intero più vicino, ottenendo infine un valore medio pari a 6.

situazione attuale l'Autorità ritiene equo che Conto Tv, se richiede tale servizio, paghi un corrispettivo pari al costo incrementale che Sky Italia deve sostenere per inserire nell'EPG i suoi due canali. L'operatore terzo, in quanto dotato di piattaforma propria indipendente, non deve contribuire all'intero costo della piattaforma necessaria alla realizzazione del servizio EPG, bensì partecipare in maniera proporzionale ai soli costi incrementali che determina.

94. Con riferimento ad esempio alla contabilità regolatoria FY07 di Sky Italia, sono da considerarsi pertanto le sole voci relative all'affitto di banda sul satellite:

- i) noleggio satellite/transponder (allocazione tecnica di quota parte della capacità satellitare utilizzata per il servizio di EPG);
- ii) noleggio uplink lungo termine (allocazione tecnica di quota parte della capacità satellitare utilizzata per il servizio di EPG);
- iii) concessione diritti d'uso satellite (allocazione tecnica di quota parte della capacità satellitare utilizzata per il servizio di EPG).

95. Il totale del monte costi così ottenuto va poi ripartito sulla base del numero di canali che accedono al servizio EPG. In particolare, ritenendo ragionevole il criterio di ripartizione adottato da Sky Italia, ovvero pesando per 4 ogni canale *full-listing* e per 1 ogni canale *non full-listing* (Conto Tv ha solo canali del secondo tipo), si ottiene il costo per canale/mese del servizio EPG in relazione al singolo canale *non full-listing*:

$$\text{contributo EPG per canale/mese} = \text{monte costi pertinente} / \text{numero canali} / 12$$

96. Il costo mensile per Conto Tv sarebbe quindi pari al doppio del valore così determinato, considerando l'attuale numero di canali attivi dell'operatore.

97. L'Autorità ribadisce che il ricorso a tale servizio non è un obbligo da parte dell'operatore terzo, e che quindi solo in caso di effettiva fornitura di esso la società Sky Italia può pretendere il versamento del corrispettivo come sopra definito.

98. Al fine di chiarire la metodologia discussa, di seguito si riporta il calcolo del contributo mensile per singolo canale per la gestione della piattaforma EPG, con riferimento alla contabilità regolatoria 2007. In particolare, il totale del monte costi ottenuto considerando le sole voci pertinenti individuate, risulta pari a [omissis] euro; questo totale va poi ripartito sulla base del numero di canali che accedono al servizio EPG, che risultano pari a [omissis] così come calcolato dalla stessa Sky Italia, ed ulteriormente diviso per il numero di mesi dell'anno. Il contributo mensile per canale risulta quindi pari, con riferimento all'utilizzo durante l'anno 2008, a [omissis] € / mese / canale.

D) Ulteriori condizioni contrattuali

99. Nelle sue note, Conto Tv denuncia la presenza di ulteriori clausole contrattuali che sarebbero estranee ad un accordo di *simulcrypt*, in violazione di quanto prescritto nella delibera n. 123/06/CONS e al paragrafo 11.10 degli Impegni.

100. Con riferimento alla limitazione ad un anno della durata dell'accordo, l'Autorità ritiene ragionevole la previsione di clausole automatiche di rinnovo dell'accordo, al fine di evitare che eventuali difficoltà nella negoziazione possano determinare una interruzione dell'offerta di servizi agli utenti. Fatta salva, in ogni caso, la libertà negoziale delle parti di rivedere ogni aspetto che si renda necessario alla luce dell'effettiva esecuzione del contratto e dei rapporti tra le parti stesse.

101. Riguardo, invece, l'onere per Conto Tv di comunicazione anticipata del listino delle offerte *pay per view*, comprensiva del numero di attivazioni stimate e dei prezzi praticati, nonché la previsione di calcolare i corrispettivi periodici sulla base di rendiconti comprensivi dei prezzi di listino delle singole offerte vendute, la ragione di tali previsioni viene meno alla luce del mutamento del criterio metodologico di ripartizione dei costi comuni. A tal fine, sarà sufficiente il calcolo giornaliero dei clienti di Conto Tv attivi sulla piattaforma Sky Italia nelle due diverse modalità, *pay tv* e *pay per view*.

102. Per quanto attiene, infine, all'obbligo per Conto Tv di comunicare con 30 giorni di anticipo le modifiche alle caratteristiche delle offerte che richiedano una modifica dei servizi forniti da Sky Italia, si è già rilevato come non debbano sussistere vincoli né temporali né funzionali nell'attività di schedulazione di Conto TV, essendo ragionevole ipotizzare possibili cambiamenti nella programmazione sia per motivi tecnici che di opportunità commerciale. In tali casi sarà sufficiente un preavviso adeguato da parte di Conto Tv, definito in base ai minimi vincoli tecnici necessari ad attuare le variazioni della programmazione.

E) Istanza di revisione della delibera n. 123/06/CONS

103. Con la memoria conclusiva, pervenuta il 23 ottobre 2008, Conto Tv ha avanzato formale istanza di rivisitazione della delibera n. 123/06/CONS, ed in particolare dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza in virtù dei quali l'Autorità ha ritenuto Sky Italia non tenuta a rendere fruibile la propria offerta commerciale sulla piattaforma di Conto Tv. La società istante fonda tale richiesta sul mutamento della situazione di fatto presupposta dalla delibera n. 123/06/CONS, avendo oggi Conto Tv rispetto al marzo 2006 arricchito il palinsesto, realizzato una capillare rete distributiva, ed essendo passata da *[omissis]* utenti a punte di *[omissis]* in occasione di specifici eventi *pay per view*.

104. L'Autorità, pur in presenza di un arricchimento del palinsesto e del numero degli utenti di Conto TV, ritiene che non sono comunque mutate in maniera significativa le condizioni di mercato esistenti al momento della definizione della controversia, e che pertanto l'istanza di revisione dei criteri vada respinta. Peraltro, Conto Tv non ha fornito puntuale evidenza delle ragioni a supporto della propria istanza.

Tutto ciò premesso:

CONSIDERATO che l'accordo di *simulcrypt* consiste, tipicamente, in un accordo di licenza avente lo scopo di rendere ricevibile da parte degli utenti, con il medesimo decoder, i programmi originati da diversi sistemi di accesso condizionato, mentre il *simulcrypt* esistente tra Conto Tv e Sky Italia assume caratteristiche peculiari in virtù delle quali Conto Tv deve fruire di un servizio accessorio quale l'utilizzo delle smart card di Sky Italia al fine di raggiungere gli abbonati che dispongono del decoder proprietario della stessa Sky Italia;

RITENUTA pertanto appropriata, nel caso in esame, una contribuzione di Conto Tv, in quota parte, dei costi sostenuti da Sky Italia per la piattaforma tecnica, ed in particolare la contribuzione alle seguenti voci presenti nella contabilità regolatoria di Sky Italia: licenze smart card, ammortamento e immobilizzazioni smart card fisiche, logistica, ammortamento ed immobilizzazioni decoder, call center, quota parte dei costi indiretti connessi al funzionamento dell'aggregato regolatorio Techco;

RITENUTO che per la ripartizione dei costi comuni della piattaforma non sia applicabile un criterio fondato sul principio del beneficio atteso e, più in generale, sui ricavi dell'operatore concorrente, essendo invece necessario valutare il costo giornaliero di gestione della piattaforma, con riferimento ad una singola risorsa di abbonato, sostenuto da Sky Italia, ripartendolo tra gli operatori a seconda del diverso uso della piattaforma, tenendo conto della ricchezza dell'offerta televisiva, e differenziandolo a seconda della modalità *pay tv* e *pay per view*;

RITENUTO che le bozze contrattuali predisposte da Sky Italia per il rinnovo dell'accordo di *simulcrypt* non sono pienamente conformi a quanto prescritto dalla delibera n. 123/06/CONS, con particolare riferimento alle condizioni contrattuali relative alla contribuzione da parte di Conto Tv ai costi comuni della piattaforma ed alle ulteriori clausole inerenti gli obblighi di comunicazione a carico di quest'ultima società;

RITENUTO pertanto di dover fornire indicazioni al fine del raggiungimento di un accordo di *simulcrypt* tra le società Conto Tv e Sky Italia conforme alla delibera n. 123/06/CONS, ivi compreso il periodo interinale a partire dalla scadenza dei precedenti contratti;

VISTA la proposta del Direttore della Direzione Reti e Servizi di comunicazioni elettroniche;

UDITA la relazione del Commissario Enzo Savarese, relatore ai sensi dell'art. 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA

Articolo 1

1. La società Sky Italia s.r.l. è tenuta ad adoperarsi per il raggiungimento di accordi di *simulcrypt* con la società Conto Tv nel rispetto di quanto esposto al punto II delle premesse, con riferimento , in particolare, alle seguenti indicazioni:

- a) relativamente ai corrispettivi economici per il contributo di Conto Tv ai costi comuni della piattaforma:
 - i) includere tra i costi comuni da ripartire esclusivamente i costi del servizio “Decoder & Smart card” relativi : ai diritti d’uso della licenza; all’ammortamento e alle immobilizzazioni delle smart cards fisiche; alla logistica; all’ammortamento ed alle immobilizzazioni dei decoders; all’assistenza degli utenti tramite call center; alla quota parte dei costi indiretti connessi al funzionamento dell’aggregato regolatorio TechCo;
 - ii) il costo giornaliero di gestione della piattaforma con riferimento al singolo abbonato è definito dividendo il monte costi comuni pertinenti, come indicati al sub i), per il numero di giorni presenti in un anno solare e dividendo ulteriormente per il numero medio di abbonati attivi nell’anno di riferimento;
 - iii) il costo giornaliero definito al precedente sub ii) è ripartito tra gli operatori secondo un criterio che tenga conto del diverso uso della piattaforma nelle modalità *pay tv* e *pay per view*. Nel caso di offerte in modalità *pay tv*, è a carico di Conto TV, per ogni abbonato che attiva la ricezione di una offerta di quest’ultima, una quota del costo giornaliero pari a $1/(N+1)$ dove N è il numero medio dei pacchetti attivi per singolo cliente nell’anno di riferimento. Nel caso di offerte in modalità *pay per view*, è a carico di Conto TV, per ogni abbonato che attiva la ricezione di una offerta di quest’ultima, una quota del costo giornaliero pari a $1/2$;
 - iv) sono a carico di Conto TV i costi del servizio EPG solo se effettivamente richiesto. Tali costi, per il singolo canale che richiede il servizio, sono determinati e ripartiti secondo quanto indicato ai punti 94 e 95 delle premesse.
- b) con riferimento alle condizioni contrattuali non economiche relative agli obblighi di Conto Tv, non inserendo nell’accordo clausole che esulino dall’oggetto del *simulcrypt*, con riferimento, tra l’altro, a quanto indicato al punto II.D) delle premesse.

Articolo 2

1. Sky Italia è tenuta ad adeguare i corrispettivi fatturati a Conto Tv successivamente alla data del 29 novembre 2007, riformulando i corrispettivi relativi alla contribuzione

dei costi comuni e del servizio EPG conformemente alla metodologia di cui all'articolo 1, come calcolati nei punti 91, 92 e 98 delle premesse.

Il mancato rispetto delle disposizioni contenute nel presente provvedimento comporta l'applicazione delle sanzioni previste dalla normativa vigente.

Il presente provvedimento è notificato alle società Conto Tv s.r.l., NDS Ltd e Sky Italia S.r.l. ed è pubblicato nel Bollettino ufficiale e nel sito *web* dell'Autorità.

Ai sensi dell'art. 9, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 23 bis, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Roma, 28 aprile 2009

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Enzo Savarese

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola