

DELIBERA N. 360/04/CONS

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
E.BISMEDIA S.P.A. / SKY ITALIA S.R.L. AVENTE AD OGGETTO “OFFERTA
WHOLESALE PREMIUM”**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 27 ottobre e, in particolare, nella sua prosecuzione del 28 ottobre 2004;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249 "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art.1, comma 6, lettera a), n.14;

VISTA la Decisione della Commissione europea del 2 aprile 2003, relativa al procedimento n.Comp/ M.2876-NewsCorp/Telepiù;

VISTO l'Accordo *wholesale* tra le società e.Bismedia s.p.a. e Sky Italia s.r.l. del 7 agosto 2003;

VISTA la delibera n.148/01/CONS, “Adozione del regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni e utenti”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n.167 del 18 luglio 2002;

VISTA la delibera n. 334/03/CONS, “Disposizioni procedurali relative alla risoluzione delle controversie attribuite all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi della Decisione della Commissione europea Comp/M.2876 del 2 aprile 2003 (NewsCorp/Telepiù) pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 239 del 14 ottobre 2003;

VISTA l'istanza pervenuta il 9 settembre 2003 con la quale la società e.Bismedia s.p.a. ha denunciato l'inadempimento da parte di Sky Italia s.r.l. degli Impegni annessi alla Decisione della Commissione europea n. Comp/M.2876 del 2 aprile 2003 e ha chiesto all'Autorità un intervento ai sensi della delibera n. 148/01/CONS;

VISTA la nota con cui il Dipartimento garanzie e contenzioso, in data 10 ottobre 2003, ha comunicato alle parti l'avvio di un procedimento ai sensi degli articoli 7 e seguenti dell'allegato A alla delibera n. 148/01/CONS, nonché il verbale dell'udienza di

conciliazione tenutasi il 3 novembre 2003 e il verbale della successiva udienza tenutasi il 15 dicembre 2003, con cui il Dipartimento garanzie e contenzioso ha constatato il mancato accordo tra le parti in esito all'esperito tentativo di conciliazione della controversia;

VISTA l'istanza pervenuta il 13 febbraio 2004 con la quale la società e.Bismedia s.p.a. ha denunciato l'inadempimento da parte di Sky Italia s.r.l. degli Impegni annessi alla Decisione della Commissione europea n. Comp/M.2876 del 2 aprile 2003 e ha chiesto l'intervento dell'Autorità per la definizione della controversia in essere con la società Sky Italia s.r.l. avente ad oggetto l'Offerta *wholesale premium*";

VISTA la nota con cui il Dipartimento garanzie e contenzioso, in data 17 febbraio 2004, ha comunicato alle parti l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia ai sensi dell'articolo 4 della delibera n.334/03/CONS;

UDITE le parti all'udienza innanzi al Consiglio del 29 luglio 2004 e successivamente del 19 ottobre 2004;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. OGGETTO DELLA CONTROVERSIA

Con l'istanza di definizione della controversia proposta il 13 febbraio 2004, e.Bismedia ha denunciato che i termini imposti da Sky Italia nell'ambito dell'Accordo *wholesale* sottoscritto in data 7 agosto 2003 (di seguito, per brevità, "l'Accordo"). hanno fortemente limitato la capacità competitiva di e.Bismedia, rispetto a quanto sarebbe risultato sulla base del rispetto degli Impegni di cui alla Decisione della Commissione europea Comp/M.2876 (di seguito, per brevità "la Decisione"). In particolare, dopo aver denunciato che i comportamenti adottati da Sky Italia impediscono la promozione di una concorrenza duratura e capace di disciplinare il potere di mercato dell'operatore monopolista, e.Bismedia richiede che, in ragione di un pieno e corretto adempimento degli Impegni di cui alla Decisione:

- 1) sia effettivamente garantita, ai fini della determinazione del prezzo *wholesale*, la disaggregazione dei singoli canali nell'ambito dei pacchetti *premium* e *basic*;
- 2) i prezzi *wholesale* siano determinati in linea alle *best practices* internazionali, secondo le quali il *minus* oscilla tra il 50% ed il 60% del prezzo *retail* del solo prodotto *premium*;
- 3) sia prevista la facoltà di e.Bismedia di commercializzare per periodi liberamente determinati i canali/pacchetti *premium* anche attraverso l'uso del proprio marchio.

II. ITER ISTRUTTORIO

In data 9 settembre 2003, e.Bismedia ha denunciato l'inadempimento da parte di Sky Italia, nell'ambito dei contenuti dell'Accordo, degli Impegni di cui alla Decisione ed ha richiesto all'Autorità l'avvio di un procedimento di risoluzione della controversia ai sensi della delibera 148/01/CONS.

Il Dipartimento Garanzie e Contenzioso, in data 10 ottobre 2003, ha comunicato alle parti l'avvio del procedimento di risoluzione della controversia, procedendo al tentativo di conciliazione tra le parti, ai sensi degli articoli 7 e seguenti dell'allegato A alla delibera n. 148/01/CONS.

A seguito delle udienze di conciliazione, tenutesi il 3 novembre 2003 e il 15 dicembre 2003, il Dipartimento Garanzie e Contenzioso ha constatato il mancato accordo tra le parti in esito all'esperito tentativo di conciliazione della controversia, accertando che i punti controversi erano rimasti invariati rispetto alle istanze iniziali, a causa della differente lettura degli Impegni di cui alla Decisione.

In data 13 febbraio 2004, la società e.Bismedia s.p.a. ha ribadito la propria denuncia in merito all'inadempimento da parte di Sky Italia degli Impegni annessi alla Decisione, unitamente alla richiesta di risoluzione della controversia, ai sensi dell'articolo 10 e seguenti della delibera 148/01/CONS.

Il Dipartimento Garanzie e Contenzioso ha pertanto, in data 17 febbraio 2004, comunicato alle parti l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia ai sensi dell'articolo 4 della delibera n.334/03/CONS;

Nell'ambito del procedimento, l'Autorità si è avvalsa, in conformità a quanto previsto dall'articolo 12 dell'Allegato A alla delibera n. 148/01/CONS e dal paragrafo 15, lettera a), punto iv) degli Impegni di cui alla Decisione, di una consulenza, al fine di compiere delle verifiche in ordine agli aspetti controversi, in particolare con riferimento a:

- a. il livello di disaggregazione dell'Offerta *wholesale premium* proposta da Sky Italia (con la connessa problematica dello scorporo delle diverse componenti al fine della individuazione del prezzo);
- b. la metodologia di determinazione del prezzo dell'offerta, ivi compreso il calcolo del *retail minus*.

Non essendo stato preliminarmente trovato un accordo tra le parti per l'indicazione congiunta del nominativo di un esperto cui affidare la consulenza, è stato avviato un procedimento per l'individuazione dell'incaricato, conclusosi con la nomina del professor Sandro Frova.

In data 22 aprile 2004, sono state avanzate ad entrambe le Società richieste di informazioni e di documentazione al fine di acquisire gli elementi di informazione e valutazione necessari per la completa istruzione del procedimento, alle quali le parti

hanno dato definitivo riscontro rispettivamente in data 4 maggio (e.Bismedia) e 2 luglio (Sky Italia).

Sulla base di tale documentazione, il consulente ha espletato l'incarico affidatogli consegnando, in data 19 luglio, il parere sulle materie oggetto della consulenza.

In data 20 luglio 2004, sono stati trasmessi alle parti, ai sensi dell'articolo 12 dell'Allegato A alla delibera n. 148/01/CONS, i risultati definitivi della consulenza, con facoltà di presentare memorie e depositare documenti entro il 26 luglio 2004.

In data 29 luglio 2004, le parti sono state udite in contraddittorio dal Consiglio dell'Autorità, con facoltà di esporre le proprie ragioni.

Essendo emersa la necessità di acquisire ulteriori elementi, indispensabili ai fini della decisione, nella riunione del 3 agosto 2004 il Consiglio ha adottato la delibera n. 257/04/CONS con la quale si è ordinato alla società Sky Italia di produrre ulteriore documentazione contabile relativa alla struttura economico/patrimoniale per il periodo 30 giugno 2003/30 giugno 2004 e si è fissata al 29 settembre 2004 l'udienza di cui all'articolo 13 della delibera n. 148/01/CONS.

Con lettera del 27 agosto 2004, la società Sky Italia ha trasmesso una prima bozza del Conto economico relativo al periodo 1° luglio 2003/30 giugno 2004, riservandosi di produrre entro il 10 settembre la bozza aggiornata e integrata dello Stato patrimoniale.

In data 15 settembre, Sky Italia ha prodotto un nuovo schema preliminare di Conto economico, nonché la documentazione sostituiva relativa allo schema preliminare di Stato patrimoniale e di relazione sulla gestione.

Nella sua riunione del 22 settembre 2004, il Consiglio ha adottato la delibera 300/04/CONS con la quale, al fine di valutare la documentazione prodotta da Sky Italia il 15 settembre 2004, l'udienza fissata al 29 settembre 2004 è stata differita al 19 ottobre 2004.

In data 19 ottobre 2004, le parti sono state udite in contraddittorio innanzi al Consiglio dell'Autorità, con facoltà di esporre le proprie ragioni e di presentare memorie e depositare documenti fino a cinque giorni prima dell'udienza, come previsto dall'articolo 11, comma 3, della delibera n. 148/01/CONS.

III). POSIZIONI DELLE PARTI

Si sintetizzano di seguito le posizioni delle due società sui punti principali della controversia, emerse dalle memorie e dai documenti depositati nel corso del procedimento, nonché in sede di udienza.

III.A) e.Bismedia

La società e.Bismedia rileva preliminarmente che la Commissione europea, nell'autorizzare con la Decisione la fusione tra le società Stream e Tele+ a condizione che gli Impegni assunti dalle parti assicurassero il permanere di una effettiva concorrenza attraverso lo sviluppo di piattaforme trasmissive alternative, è ricorsa a due

strumenti complementari: la liberazione di diritti *premium* sulle piattaforme diverse dal satellitare e l'obbligo di Sky Italia di offrire all'ingrosso e in forma disaggregata i contenuti *premium* ai concorrenti a condizioni economiche prefissate nel metodo dalla Commissione stessa. A parere di e.Bismedia, solo un accesso immediato e a costi non distortivi può permettere ad un nuovo entrante di costituire una base abbonati minima che consenta, nel medio-lungo periodo, una totale autonomia nella fase di acquisto diretto dei contenuti e di costruzione autonoma dei canali e dei pacchetti.

1. ***Il livello di disaggregazione dell'Offerta wholesale premium***

In merito alla determinazione delle condizioni contrattuali *wholesale*, e.Bismedia osserva che la Decisione ha ribadito che l'Offerta *wholesale premium* deve essere disaggregata in modo da consentire piena libertà commerciale al concorrente.

Sulla base di due elementi letterali, ovvero l'obbligo di offerta disaggregata imposto a Sky Italia dal paragrafo 250 della Decisione e dal paragrafo 10.1, lettera a) degli Impegni ad essa annessi, sostiene 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.

La società 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 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.

Per tali ragioni, 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*.

2. ***La determinazione del prezzo dell'Offerta wholesale premium***

Per quanto concerne la determinazione del prezzo all'ingrosso, e.Bismedia sottolinea che il paragrafo 251 della Decisione ribadisce come il principio da applicare sia quello del *retail minus*, calcolato sulla base dei costi evitabili e prevedendo altresì, da un lato, una separazione contabile tra le operazioni all'ingrosso e quelle al dettaglio di Sky Italia e, dall'altro, l'allocazione dei costi sulla base del principio di causalità.

L'applicazione corretta dei principi fissati dalla Decisione comporta, secondo e.Bismedia, la seguente scomposizione logica del prezzo *retail* di Sky Italia per pervenire al prezzo *wholesale*:

- scorporo del prezzo *retail* del pacchetto basic dal prezzo effettivo (ovvero, sottratti gli sconti e le promozioni, nonché l'I.V.A.) *retail* dei pacchetti *basic+premium*;

- determinazione del *minus* sulla base dei costi evitabili di distribuzione (calcolati come percentuale fra i costi evitabili complessivi e i costi totali) e tenendo conto della *best practices* internazionale;
- determinazione dell'offerta *wholesale* ottenuta sottraendo il *minus* così determinato al prezzo *retail* del solo prodotto *premium*.

Nel corso dell'udienza del 19 ottobre, e.Bismedia ha concluso nel senso che:

- i costi evitabili di distribuzione, in assenza di indicazioni probatorie da parte di Sky Italia, possono essere stimati intorno al 50% del prezzo *retail*, individuato in particolare prendendo come riferimento il caso inglese, adattato alla situazione italiana;
- i costi di approvvigionamento e di assemblaggio dei contenuti *basic* comprensivi del ragionevole margine variano, in base al confronto internazionale e ai prezzi di mercato, tra gli 8 euro e i 14 euro.

e.Bismedia, infine, ritiene che Sky Italia non abbia assolto all'onere della prova che ad essa spetta ai sensi del paragrafo 15, lettera a), punto iv) degli Impegni allegati alla Decisione, in relazione ai principi previsti dai paragrafi 10.5 e 10.6, in particolare, per non aver prodotto una completa contabilità regolatoria, un esercizio di *best practice*, i contratti con i fornitori dei contenuti, i budget relativi ai costi dei canali *basic* di propria produzione. Osserva inoltre e.Bismedia come lo stesso consulente dell'Autorità abbia espresso, all'interno del proprio parere, considerazioni analoghe e conclude affermando che, conseguentemente, sono da ritenersi sufficienti gli elementi probatori forniti dalla medesima e.Bismedia, in quanto non contraddetti da prove o deduzioni contrarie depositate o formulate da Sky Italia.

3. *Facoltà di commercializzare per periodi liberamente determinati i canali/pacchetti premium e.Bismedia anche attraverso l'uso del proprio marchio*

e.Bismedia 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.

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.

Infine, per quanto attiene alla facoltà di utilizzo del proprio marchio, e.Bismedia afferma che la limitazione della sua libertà commerciale, conseguente alla scelte economiche e contrattuali imposte da Sky Italia, si è riflessa anche nell'imposizione di un obbligo in capo alla società istante di utilizzare il marchio del concorrente Sky Italia nella predisposizione della propria offerta *retail*. Ritenendo tale obbligo incoerente con lo spirito della decisione della Commissione europea in quanto ha l'effetto di aumentare, anziché diminuire la dipendenza economica del concorrente dall'operatore dominante, e.Bismedia richiede che sia prevista la facoltà di commercializzare i canali/pacchetti *premium* di Sky Italia anche attraverso l'uso del proprio marchio, precisando che un'eventuale negoziazione commerciale potrà portare alla corretta valorizzazione dell'inserimento di marchi e di promo pubblicitari Sky nell'ambito della programmazione *premium* fruita dagli abbonati e.Bismedia.

III.B) Sky Italia

Sky Italia preliminarmente sottolinea che gli Impegni allegati alla Decisione della Commissione europea rappresentano un insieme di regole che devono semplicemente essere applicate e che non ammettono modifiche o interpretazioni estensive nell'ambito di una procedura di risoluzione delle controversie. La Commissione ha infatti ritenuto gli Impegni come pienamente idonei a rimuovere tutti gli ostacoli allo sviluppo della concorrenza derivanti dall'operazione .

A giudizio di Sky Italia, l'operatore che decida di beneficiare dell'Offerta *wholesale premium* di cui al paragrafo 10 degli Impegni viene posto in una posizione di distributore dei canali/pacchetti editi da Sky Italia.

1. Il livello di disaggregazione dell'Offerta *wholesale premium*

Sky Italia ritiene che il livello di disaggregazione dell'Offerta *wholesale premium* predisposta sia pienamente conforme agli Impegni.

Nella memoria depositata il 26 luglio 2004, a seguito della trasmissione dei risultati definitivi della consulenza richiesta dall'Autorità, Sky Italia rileva inoltre che anche il consulente dell'Autorità 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.

La Società conclude rilevando che il livello di disaggregazione dell'Offerta *wholesale* ritenuto appropriato dal consulente corrisponde esattamente a quanto offerto dalla *Rate Card* attualmente in vigore.

2. La determinazione del prezzo dell'Offerta wholesale premium

Sky Italia contesta la percorribilità della metodologia proposta da e.Bismmedia, ovvero lo scorporo integrale del prezzo *retail* del pacchetto Basic, ritenendola non coerente con il paragrafo 10.5.2, punto ii) degli Impegni e sottolinea come tale metodologia non abbia trovato accoglimento nell'ambito del procedimento comunitario che ha portato alla Decisione.

La Società osserva inoltre che il parere del consulente respinge la posizione di e.Bismmedia sulla necessità di sottrarre il prezzo del Basic dal prezzo del pacchetto prima di applicare il *minus*, riconoscendo che in un contesto di *bundling* "non è possibile attribuire lo sconto di bundle in modo proporzionato ad entrambe le sue componenti".

La metodologia da seguire secondo Sky Italia è invece quella per cui devono essere scorporati dal prezzo *retail bundled*, oltre ai costi evitabili (calcolati considerando i costi di distribuzione medi effettivamente sostenuti), esclusivamente i costi effettivamente sostenuti da Sky Italia nell'acquisto e nell'assemblaggio dei contenuti *basic*.

Con riferimento al ragionevole margine di cui al paragrafo 10.5.2, punto ii) degli Impegni Sky Italia propone un valore pari all'1,5% sul fatturato complessivo della società.

Sky Italia ritiene inoltre che le *best practices* internazionali debbano essere considerate come un criterio generale rispetto al criterio specifico ed obbligatorio del *retail minus* ed osserva, in ogni caso, che l'unico confronto internazionale rilevante per la controversia è il caso inglese riguardante la società BSkyB.

Relativamente al parere del consulente dell'Autorità, in particolare nella parte in cui discute i dati di costo e la metodologia usata da Sky Italia, la società osserva che il parere propone due variazioni peggiorative e assolutamente non condivisibili allorché:

- respinge l'uso dei costi a regime di Sky Italia (2004/2005 deflazionati) a favore dell'uso di costi per il primo anno di esercizio, distorti enormemente dal processo di integrazione in quanto l'adozione di questi costi avrebbe fra l'altro generato costi elevatissimi di accesso alla piattaforma;
- respinge il ricarico di parte dei costi di marketing sul brand ai distributori terzi, sebbene sia stato fatto in piena conformità con la decisione OFT su BSkyB.

Con riferimento, inoltre, ai tentativi di scorporo del pacchetto Basic presentati da e.Bismmedia nella memoria del 14 ottobre 2004, Sky Italia contesta la percorribilità degli stessi, come pure le stime degli esperti prodotte da controparte.

Per quanto attiene al principio dell'onere della prova di cui ai paragrafi 10.5 e 10.6 degli Impegni, Sky Italia respinge le contestazioni avanzate da e.Bismmedia, in particolare rispetto all'implementazione degli Impegni circa la separazione contabile. Su tale punto, oltre a distinguere tra gli obblighi di cui al paragrafo 10.6 e quelli di cui al paragrafo 18 degli Impegni, Sky Italia rileva che il *modus procedendi* da essa seguito è stato pienamente in linea con le disposizioni rilevanti degli Impegni e che sia la Commissione europea che l'Autorità erano entrambe a conoscenza di tale *modus* e ad esse sono stati sottoposti gli elementi probatori sufficienti al rispetto del principio dell'onere della prova. Rileva inoltre che i dati impiegati per calcolare il prezzo

wholesale (le migliori stime disponibili, non essendo possibile utilizzare dati contabili certificati posto che i dati dei bilanci delle pre-esistenti società, Telepiù e Stream, non erano rappresentativi della situazione economica e industriale della nuova entità costituita in seguito all'integrazione delle piattaforme televisive a pagamento) erano gli stessi utilizzati da Sky Italia per adottare le proprie decisioni aziendali.

3. Facoltà di e.Bismedia di commercializzare per periodi liberamente determinati i canali/pacchetti premium attraverso l'utilizzo del proprio marchio

Rispetto alla pretesa di e.Bismedia di commercializzare per periodi liberamente determinati i pacchetti/canali *premium* attraverso l'uso del proprio marchio, Sky Italia ritiene che le disposizioni dell'Accordo siano coerenti con i paragrafi 10.3 e 10.7 degli Impegni, osservando che l'articolo 7.1 dell'Accordo non limita l'autonomia di e.Bismedia, nella misura in cui le consente di definire in piena autonomia la durata dei relativi contratti.

Nel corso del tentativo di conciliazione la società ha rappresentato che qualora si modificasse la durata annuale, sarebbe necessario aggiustare il prezzo *retail* da cui partire per determinare il prezzo *wholesale*.

IV). VALUTAZIONI DELL'AUTORITÀ'

Le valutazioni che seguono sono state sviluppate dall'Autorità alla luce dei dati contabili, presentati dalle parti, di cui l'Autorità stessa ha potuto disporre. Tali dati, ancorché ripetutamente sollecitati, risultano parziali ed hanno pertanto imposto l'adozione di una decisione che ha dovuto assumere come parametri di riferimento anche elementi presuntivi, nonché elementi ricavabili dalla *best practice* internazionale. Sul punto, l'Autorità non può che rilevare che l'onere della prova dei dati contabili doveva gravare sulla parte resistente.

IV.A). Il livello di disaggregazione dell'Offerta wholesale premium

Con riferimento al livello di disaggregazione dell'Offerta *wholesale*, il paragrafo 10.1 degli Impegni dispone che “*La Piattaforma Unica (congiunta) dovrà offrire ai terzi su base non esclusiva, non discriminatoria e disaggregata il diritto di distribuire su piattaforme diverse dal DTH per la trasmissione televisiva a pagamento in Italia:*

- (a) *ogni Canale Premium o Pacchetto Premium se e fino a quando la Piattaforma Unica offrirà ai propri clienti tali Pacchetti Premium o Canali Premium;*
- (b) *ogni Canale Basic che comprende contenuti premium, rispetto ai quali la Piattaforma Unica ha rinunciato all'esclusiva per le modalità trasmissive non DTH secondo i paragrafi da 1 a 6 e 6 della Parte II degli Impegni [...], laddove tale contenuto non venga offerto attraverso un pacchetto premium o un canale premium*

La Decisione, pertanto, 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*.

Tale Impegno contempera l'esigenza di assicurare la non discriminazione dei nuovi entranti (posti in grado di acquisire all'ingrosso e, conseguentemente, di fornire ai propri clienti finali i contenuti *premium* nella disponibilità di Sky Italia) e la proporzionalità degli obblighi imposti in capo a Sky Italia (cui non si richiede di provvedere a ulteriori disaggregazioni rispetto ai pacchetti/canali *premium* commercializzati a livello *retail*)

In tale ottica, si ritiene pertanto conforme alla Decisione il livello di disaggregazione dell'Offerta *wholesale premium* di Sky Italia, in quanto corrispondente all'Offerta *premium* rivolta alla clientela finale.

IV.B) *La determinazione del prezzo dell'Offerta wholesale premium*

Con riferimento alla metodologia di determinazione del prezzo dell'Offerta *wholesale*, ivi compreso il calcolo del *retail minus*, sulla base dell'analisi svolta dall'Autorità, nonché degli elementi emersi nel corso del procedimento, si espone quanto segue.

Gli Impegni, al paragrafo 10.4 prevedono che l'Offerta *wholesale premium* sia “*effettuata secondo termini e condizioni ragionevoli [...] e dovrà essere in linea con le best practices internazionali del settore della televisione a pagamento, tenuto conto delle differenze delle condizioni operative e di mercato dei diversi mercati. Il prezzo per l'offerta wholesale premium sarà determinato secondo il principio del retail minus*”.

Al successivo paragrafo 10.5 (in particolare, 10.5.1. e 10.5.2.) viene indicata la metodologia di calcolo del prezzo, laddove si specifica che “*il punto di partenza per il calcolo del prezzo wholesale secondo il principio del retail minus sarà l'effettivo prezzo al dettaglio richiesto dalla Piattaforma unica ai propri clienti per il pacchetto premium*”. In particolare, “*il prezzo wholesale corrisponderà all'effettivo prezzo al dettaglio meno un ragionevole margine tale da determinare uno sconto specifico rispetto al prezzo al dettaglio (il minus) che rappresenta i costi non sopportati dalla Piattaforma unica quando non distribuisce direttamente il pacchetto (o canale) premium*”.

Il minus è composto dai seguenti elementi:

- *I costi evitabili relativi sostenuti dalla Piattaforma unica con riferimento alla distribuzione al dettaglio. Solo i costi attribuiti a BroadCo (...) saranno considerati qualificabili come costi inevitabili (...).*
- *Il costo sostenuto dalla Piattaforma unica per l'acquisto e l'assemblaggio dei contenuti per il pacchetto basic comprensivo di un margine ragionevole”.*

Sulla base di quanto riportato nella Decisione, pertanto, al fine della determinazione del prezzo *wholesale* è necessario partire dall' "effettivo prezzo al dettaglio richiesto dalla Piattaforma unica ai propri clienti per il pacchetto premium", tenendo anche conto di termini e condizioni ragionevoli. Infine, i valori dovranno essere in linea con le *best practices* internazionali del settore della televisione a pagamento, pur nel rispetto delle specificità dei singoli mercati nazionali.

1. Il prezzo al dettaglio

Con riferimento all'effettivo prezzo al dettaglio, si deve innanzitutto considerare che l'offerta *retail premium* di Sky Italia è realizzata in forma di *bundling* misto asimmetrico, nel senso che i pacchetti *premium* sono venduti congiuntamente al pacchetto *basic* e l'unica offerta singola presente sul mercato è quella del pacchetto *basic*.

Il prezzo *retail* effettivo è, pertanto, il prezzo *retail* del *bundling* misto asimmetrico al netto degli sconti e dell'IVA (10%).

Premesso, quindi, che il prezzo a cui si fa riferimento è quello dei diversi pacchetti offerti da Sky Italia, e ricordato che Sky Italia non ha l'obbligo di fornire all'ingrosso il pacchetto *basic*, è necessario procedere alla valutazione su cosa si intenda per prezzo "effettivo". Preliminarmente, è opportuno ricordare che con l'espressione "netto" è da intendersi il prezzo al netto dell'Iva.

2. Il prezzo effettivo

In ordine alla definizione della nozione di "prezzo effettivo", la Decisione non ha inteso fare riferimento al listino dei prezzi finali, peraltro soggetto a modifiche a seguito di specifiche campagne promozionali o comunque a sconti legati a particolari condizioni di pagamento (due euro in meno per gli abbonati che pagano con carta di credito o domiciliazione bancaria). Il termine effettivo fa quindi riferimento a quanto effettivamente pagato dai diversi abbonati, ovvero sia – come accade per tutte le altre dimensioni economiche prese in esame dalla Decisione – considera il *prezzo (ricavo) medio per abbonato*.

Tale misura appare volta a tutelare la piattaforma alternativa da una strategia anticoncorrenziale della Piattaforma Unica, ossia ad impedire che quest'ultima definisca un prezzo per l'offerta *wholesale* artificialmente elevato, attraverso la pratica di sconti alla propria clientela finale, tali da determinare uno scarto tra i prezzi effettivi praticati e quelli esposti nel listino *retail*.

D'altro canto, una diversa interpretazione che considerasse l'applicazione all'offerta *wholesale* - e quindi ai concorrenti della Piattaforma Unica - di ogni sconto o promozione in via diretta, senza cioè tenere conto di quanti clienti effettivamente ne usufruiscono, costituirebbe un disincentivo per Sky Italia a praticare sconti e

promozioni. Infatti, l'applicazione dello sconto diretto consentirebbe alle piattaforme alternative: a) di potere trasferire tale riduzione a tutta la propria clientela, in forma di riduzione generalizzata del prezzo finale, migliorando così la propria competitività in termini di prezzo; b) in alternativa, qualora il concorrente di Sky Italia decidesse di applicare alla propria clientela un analogo sconto legato al pagamento con carta di credito, di usufruire di una riduzione di costi riconducibile a quella parte della clientela che decidesse di non aderire all'offerta scontata.

3. Il calcolo del prezzo effettivo netto

Definito il prezzo effettivo *retail* come il ricavo (prezzo) medio di Sky Italia per abbonato, al fine di giungere alla sua determinazione occorre sottrarre al prezzo del listino *retail* praticato da Sky Italia lo sconto relativo alle promozioni nonché quello relativo alla detrazione di 2 euro per tutti gli abbonati che pagano con carta di credito

Al fine di quantificare il valore di tale sconto sui prezzi di listino relativi ai sei pacchetti che compongono l'offerta *pay tv*, si ritiene opportuno partire dal valore che Sky Italia ha indicato, nei documenti di previsione contabile forniti nell'ambito del procedimento, come riduzione desumibile dalle effettive adesioni agli sconti proposti dall'azienda (sia i 2 euro più volte menzionati, sia le campagne promozionali). Tale valore risulta di circa 0,5 euro abbonato/mese.

Si ritiene tuttavia opportuno introdurre un correttivo che tenga conto del fatto che, in relazione alla quota di clientela che paga con carta di credito, Sky Italia – nell'ottobre 2003, ossia più di un anno fa - ha ipotizzato due diverse percentuali (25% e 56%), di cui la prima, che conduce ad un valore dello sconto di 0,50 euro, appare oggettivamente conservativa. A tale riguardo, l'effettiva dinamica degli abbonamenti – in virtù anche delle campagne promozionali realizzate da Sky Italia – appare maggiormente coerente con l'altro valore indicato, ossia il 56%. In tal modo, è possibile tenere conto anche della scontistica legata alle promozioni, ossia di una riduzione addizionale del prezzo *retail*. Si rileva infatti come Sky Italia abbia effettivamente provveduto ad intensificare il ricorso alle offerte promozionali, anche per tenere conto della crescente competizione portata da e.Bismedia, nonché del possibile ingresso sul mercato sia di operatori di televisione digitale terrestre, sia di imprese che utilizzano la tecnologia Adsl per la distribuzione di contenuti televisivi.

L'assunzione del valore del 56%, che consegue da quanto detto, porta ad uno sconto medio pari a 1,1 euro, con una maggiorazione del 120%.

4. La metodologia di calcolo del prezzo wholesale

Una volta definito il prezzo effettivo netto *retail* dei vari pacchetti (che come visto sono tutti *bundling* asimmetrici misti), è necessario – come indicano gli Impegni - dedurre sia i costi evitabili di distribuzione, sia i costi per l'acquisto e l'assemblaggio dei contenuti basic.

In tal senso, si può preliminarmente affermare che la procedura di deduzione di tali costi può considerare i valori assoluti di tali costi ovvero sia la loro incidenza in termini percentuali sul totale dei ricavi.

Relativamente alla componente di costi dell'offerta basic, l'Autorità ritiene che sia opportuno procedere a dedurre dal prezzo effettivo *retail* dei vari pacchetti il valore assoluto di tale componente costo. Infatti, stimando un valore di incidenza percentuale uguale per tutti i pacchetti, il costo del basic *wholesale* risulterebbe diverso a seconda del pacchetto considerato, in quanto espresso come percentuale del prezzo effettivo netto di ognuno dei sei pacchetti di cui si compone il Listino *wholesale (rate card)* di Sky Italia e, di conseguenza, il valore del basic *wholesale* risulterebbe superiore per i pacchetti a prezzo più elevato e, per converso, inferiore per i pacchetti dal prezzo più contenuto senza che ciò abbia alcuna motivazione contabile o di mercato.

Relativamente ai costi di distribuzione, invece, l'Autorità, concordando con quanto sostenuto da entrambe le parti nel corso del procedimento ritiene corretto applicare al prezzo effettivo netto una riduzione percentuale uguale per tutti i pacchetti che rappresenti l'incidenza dei costi evitabili di distribuzione sul prezzo (ricavo) medio registrato da Sky Italia. In tal modo, si assume che i costi di distribuzione risultino proporzionali al valore del pacchetto, ossia al prezzo finale pagato dal cliente.

5. La definizione del valore del minus

Seguendo il percorso precedentemente illustrato, il *minus* viene determinato dunque a partire da due diverse componenti: una espressa in valore assoluto, corrispondente al costo del basic (acquisto ed assemblaggio dei contenuti, più il ragionevole margine) uguale per tutte le offerte retail di Sky; l'altra espressa in termini percentuali del prezzo effettivo netto, ossia proporzionale al valore del singolo pacchetto.

a. La valorizzazione del basic wholesale

Per quanto riguarda la modalità per individuare il costo del *basic*, si ritiene opportuno partire dalle evidenze della contabilità regolatoria presentate da Sky Italia, apportando tuttavia un correttivo che tenga conto di alcuni limiti di cui soffrono i dati di contabilità regolatoria prodotti dalla Piattaforma Unica.

A questo riguardo, è opportuno richiamare come la contabilità predisposta da Sky Italia, avvalendosi della collaborazione della società di consulenza Lexecon:

- a) utilizzi dati di *budget* predisposti nel corso del 2003 con riferimento al successivo biennio, e non più aggiornati;
- b) si avvalga di un modello di separazione contabile, che appare nella sua struttura generale conforme agli obblighi previsti dal paragrafo 10 degli Impegni salvo per quanto riguarda il rispetto del principio di causalità per i costi di pubblicità e commercializzazione;
- c) pervenga a risultati non ancora sottoposti a revisione da parte di un soggetto esterno indipendente.

In relazione al primo aspetto, è necessario sottolineare che tali dati, oltre a non rappresentare dati di consuntivo ma solamente di budget, risentono del fatto di essere

stati prodotti oltre un anno fa, ossia si avvalgono di ipotesi circa l'evoluzione dei costi e dei ricavi che possono discostarsi in modo apprezzabile dalle effettive dinamiche delle grandezze economiche considerate. A tale riguardo, come rileva anche il consulente dell'Autorità "il *data base* quasi certamente non riflette i dati consuntivi del periodo 2003-2004, mentre il *budget* 2004-2005 non può che essere ovviamente superato dal nuovo *budget*"

Con riferimento al modello predisposto da Sky Italia, attraverso il suo consulente Lexecon, l'Autorità ha conclusivamente valutato che l'impianto generale del modello appare condivisibile e conforme agli impegni comunitari nonché alle *best practices* internazionali, al di là di alcuni elementi di criticità che sono stati successivamente rappresentati anche dal consulente dell'Autorità. E' in ragione di tali limiti, di cui si dirà più avanti, che risulta giustificato introdurre alcuni correttivi metodologici, pervenendo così – in taluni casi - a valori differenti da quelli rappresentati nella contabilità regolatoria di Sky Italia.

Infine, per quanto riguarda l'attività di certificazione dei risultati della contabilità regolatoria, si rileva che tale attività sarà conclusa soltanto nella seconda metà del prossimo anno (secondo quanto confermato anche dalla stessa Sky Italia), per cui in questa sede non risulta possibile attenderne gli esiti al fine di stabilire il valore del *minus*.

L'Autorità ritiene pertanto necessaria una correzione del dato fornito da Sky Italia, in particolare per le considerazioni svolte circa la natura dei dati di base utilizzati (dati di budget, nonché predisposti oltre un anno fa, in base ad ipotesi e stime non più riviste).

L'entità della correzione da apportare viene determinata dal confronto dei dati contabili riportati nel modello di budget formulato nell'ottobre 2003 rispetto ai corrispondenti dati di bilancio 2003, comunicati a settembre 2004. Da tale confronto, si presume una variazione del 20% dei costi totali che si ritiene possa essere rappresentativa dell'errore di stima anche dei soli costi di acquisto ed assemblaggio del pacchetto basic.

Alla luce di quanto premesso, si presume applicabile una correzione del 20% al valore del basic *wholesale* indicato da Sky Italia, pari a 6 euro abbonato/mese, pervenendo quindi ad un valore di 7,2 euro abbonato/mese.

b. La valorizzazione dei costi evitabili di distribuzione

In relazione alla determinazione dei costi evitabili di distribuzione, si ritiene necessario partire dai costi medi effettivamente sostenuti dalla Piattaforma Unica, apportandovi però due correzioni metodologiche, secondo quanto indicato anche dal consulente dell'Autorità.

Si ricorda che gli Impegni prevedono al punto 10.6 che "La Piattaforma Unica dovrà predisporre e mantenere un sistema di contabilità separata e che i costi dovranno essere allocati ..in conformità con appropriati principi economici e contabili e sulla base del "principio di causalità" così come definito nella "Raccomandazione della Commissione

sull'interconnessione in un mercato liberalizzato delle telecomunicazioni””. Al riguardo, si osserva che Sky Italia non ha pienamente rispettato detti obblighi segnatamente in relazione, all'attribuzione in misura eccessiva di alcuni elementi di costo alla società virtuale BroadCo.

I due correttivi che si apportano alla metodologia proposta da Sky Italia riguardano:

- a) la considerazione di uno “sconto” del 10% sui costi evitabili. A tal fine, è bene precisare che, come indicato dal consulente, i costi evitabili da considerare sono in questo caso quelli effettivamente attribuibili al 2003-2004, che risentono cioè degli effetti della fusione tra le due Società che hanno dato vita a Sky Italia, e non già – come proposto da Sky Italia – una stima ottenuta a partire dai dati 2004-2005 opportunamente deflazionati. Seguendo questo percorso, si tiene conto – come richiede Sky Italia – dei costi straordinari sostenuti in occasione della fusione tra Stream e Tele+ che conducono quindi ad una “sovrastima” dei costi evitabili per questo periodo. L'abbattimento forfetario del 10% imputabile ai maggiori costi da *merger* appare peraltro in linea con l'esperienza maturata anche in altri settori in occasione di operazioni di fusione;
- b) una diversa allocazione di taluni costi di commercializzazione e marketing tra le società virtuali DisCo e BroadCo (cfr. paragrafo 10 degli Impegni), con una diminuzione significativa dell'incidenza di tali costi che Sky Italia imputa a BroadCo. In particolare, si ritiene corretto prevedere una imputazione a BroadCo del 33% (anziché del 67%, come predisposto da Sky Italia) dei costi relativi a *brand development, sales channel, publicity, agency and marketing labour costs*.

L'applicazione di questi due correttivi conduce il consulente a formulare un valore del *minus* (comprensivo sia del valore del *basic* che dei costi di distribuzione) pari al 55,5%.

Ovviamente, dal momento che il consulente considera un *minus* in percentuale comprensivo di entrambe le componenti (*basic* e costi di distribuzione), nel momento in cui il valore del *basic* viene scorporato dal prezzo effettivo netto, è necessario ricalcolare il valore del *minus* relativo – stavolta – ai soli costi di distribuzione. In tal senso, un utile riferimento che indichi la diversa incidenza dei costi di distribuzione e degli altri costi evitabili (*basic* + ragionevole margine) può essere desunto dalle evidenze fornite dalla contabilità di Sky Italia. In tal senso, si apprende che – ai fini della determinazione del valore del *minus* – Sky Italia ha considerato che i costi di distribuzione rappresentino i 2/3 del totale dei costi evitabili medi che compongono il *minus*. Di conseguenza, applicando questa incidenza al valore complessivo proposto dal consulente per il *minus* (55,5%), si ricava che il *minus* corrispondente ai soli costi di distribuzione è stimato pari al 37% del prezzo effettivo netto retail.

Alla luce delle considerazioni svolte circa alcuni limiti delle risultanze contabili presentate da Sky Italia, si ritiene giustificato utilizzare anche il differente percorso metodologico, basato sull'utilizzo delle *best practices* internazionali, quale ulteriore e complementare elemento di valutazione nella definizione del valore del *minus* (con specifico riferimento ai costi evitabili di distribuzione).

D'altro canto, come testimonia la consolidata esperienza nel contiguo settore delle telecomunicazioni, è prassi riconosciuta per le Autorità di regolamentazione, nonché condivisa dalla Commissione europea, quella di avvalersi dei confronti internazionali, fintantoché non sia disponibile una contabilità regolatoria consolidata, chiaramente basata su metodologie di separazione contabile e contabilità dei costi in linea con la prassi internazionale, nonché su dati di bilancio e risultati certificati da un soggetto terzo indipendente.

In tal senso, il consulente dell'Autorità ha provveduto a stimare il valore del *minus* anche a partire dalla *best practice* internazionale, rappresentata dall'esperienza del Regno Unito (42%), del Canada (fino al 59%) e degli Stati Uniti (fino al 58%). Va subito precisato che, come riconosce lo stesso consulente, l'esperienza inglese risulta quella maggiormente conforme al caso italiano, innanzitutto per tipologia di offerta. Peraltro, bisogna considerare taluni fattori che distinguono significativamente i due mercati (italiano ed inglese), riconducibili – in estrema sintesi – allo stadio di sviluppo dei due mercati (in primo luogo, in termini di abbonati) ed al grado di concentrazione del mercato. La considerazione di tali fattori rivela chiaramente come, mentre nel caso inglese, si sia di fronte ad interventi del Regolatore volti a tutelare la concorrenza in un mercato oramai consolidato, nel caso italiano si tratti piuttosto di una promozione della concorrenza in un mercato ancora in via di sviluppo.

In ogni caso, tenuto conto del valore complementare delle risultanze della *best practice* rispetto alle evidenze della contabilità regolatoria, appare plausibile seguire l'indicazione del consulente dell'Autorità, allorché, in base a valutazioni di carattere concorrenziale (il grado di concentrazione assai elevato, con una quota di Sky Italia attorno al 98%) ed al grado di sviluppo del mercato italiano (poco più di 2,5 milioni di abbonati rispetto ad esempio ai 7,4 milioni del Regno Unito), propone un valore medio presunto del *minus* pari al 56%, a partire dall'esame dell'esperienza internazionale.

A questo punto, si osserva come entrambi i percorsi, quello che apporta alcuni correttivi alle risultanze della contabilità regolatoria e quello che utilizza la *best practice* internazionale così come richiamata dal consulente, pervengano – sostanzialmente – agli stessi valori (55,5% verso 56%).

Per tale ragione, si assume che il valore del *minus* complessivo (basic + costi di distribuzione) si collochi ad un valore medio pari al 55,5% ed – ai fini del meccanismo di calcolo che qui si adotta – il valore del *minus* per la sola componente dei costi di distribuzione pari al 37%.

IV.C) Facoltà di commercializzare per periodi liberamente determinati i canali/pacchetti *premium* anche attraverso l'uso del proprio marchio

Con riferimento alla richiesta di e.Bismedia di commercializzare per periodi liberamente determinati i canali/pacchetti *premium*, l'articolo 4.3 dell'Accordo Wholesale tra le parti statuisce che “e.Bismedia sarà libera di commercializzare la Programmazione, anche congiuntamente alle altre società del gruppo e.Biscom

individuare alla lettera e) dell'art. 4.1, determinandone in maniera autonoma il prezzo di rivendita e con possibilità di offrire la Programmazione in combinazione con altri prodotti e/o servizi di e.Bismedia, fermo restando l'obbligo di quest'ultima e delle altre suindicate società del gruppo e.Biscom di cui al precedente punto 4.1. lett. e) di mantenere la totale integrità della Programmazione anche ma non solo con riferimento ai segni grafici, ai Marchi ed agli altri elementi distintivi".

L'articolo 7.1 del medesimo Accordo inoltre prevede che: "[...] I suddetti prezzi del listino wholesale interim s'intendono formulati per mese per abbonato, sono comprensivi di IVA (10%), saranno applicati ed i relativi importi saranno dovuti per periodi di durata annuali".

A sua volta, il paragrafo 10.7 degli Impegni sottoscritti da Sky Italia per la Commissione europea prevede che: "I terzi distributori determineranno in piena autonomia i prezzi di rivendita per tali Pacchetti Premium e Canali Premium, e saranno liberi di offrire detti Pacchetti Premium e Canali Premium in combinazione con ogni altro servizio".

L'articolo 7.1 dell'Accordo, se in linea teorica non osta alla possibilità, per e.Bismedia, di commercializzare i canali/pacchetti *premium* per periodi liberamente determinati anche inferiori all'anno, diversificando opportunamente in tal modo le offerte commerciali alla clientela, tuttavia in concreto appare suscettibile di rendere piuttosto difficoltoso l'accesso dell'operatore concorrente al mercato della televisione a pagamento e il perseguimento di una politica commerciale effettivamente concorrenziale.

Tale norma convenzionale, infatti, impone ad e.Bismedia l'obbligo di corrispondere a Sky Italia importi relativi anche a periodi in cui l'abbonato di e.Bismedia non ha pagato né fruito dell'offerta commerciale, e che non trovano dunque compensazione economica per quei clienti il cui contratto di abbonamento abbia durata inferiore all'anno.

Per tale ragione 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, anche da quanto previsto all'articolo 4.3 del medesimo Accordo. 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 (es. quelli di comunicazione elettronica offerti dal gruppo e.Biscom).

Si ritiene quindi che sia consentito ad e.Bismedia di corrispondere a Sky Italia gli importi dovuti per periodi di durata contrattuale a livello *wholesale* inferiori all'anno, ma non inferiore al mese, conformemente a quanto previsto dall'art. 8 dell'Accordo in materia di rendicontazione.

Relativamente alla richiesta di e.Bismedia di commercializzare i pacchetti/canali *premium* attraverso l'utilizzo del proprio marchio, l'articolo 4.5 dell'Accordo stabilisce l'obbligo in capo a e.Bismedia di distribuire la Programmazione "*mantenendo i Marchi e Loghi come inseriti da Sky*"; inoltre, l'articolo 11.3 del medesimo Accordo prevede che

“e.Bismedia assume espresso impegno, anche in nome e per conto delle società del gruppo e.Biscom, i.e. Fastweb e Fastweb Mediterranea, nella distribuzione della Programmazione, a non apportare ai Marchi inseriti da Sky, alcuna variazione, ed a non associare agli stessi altre denominazioni, termini, figure, simboli o marchi di qualsivoglia natura e specie (eccezion fatta, qualora indispensabili per necessità grafiche o tecniche e comunque con il preventivo consenso scritto di Sky)”.

Il successivo articolo 11.4 dell’Accordo stabilisce che *“Nell’ambito delle attività di promozione della propria offerta e.Bismedia e le società del gruppo e.Biscom, i.e. Fastweb e Fastweb Mediterranea, non dovranno utilizzare i Marchi in modo da creare confusione nell’utente finale tra l’offerta commerciale di Sky e quella di e.Bismedia”.*

D’altro canto, si ricorda che il paragrafo 10.3 degli Impegni prevede che l’Offerta *wholesale premium “comprenderà il diritto per i terzi di distribuire le relative offerte nella stessa modalità (pay, pay per view e/o video-on-demand) utilizzata dalla Piattaforma Unica per il contenuto di cui trattasi, affinché sia trasmesso con lo stesso marchio del Canale utilizzato dalla Piattaforma Unica”.*

La questione relativa all’utilizzo del marchio deve essere inquadrata nell’ambito dei rapporti tra le disposizioni del Trattato UE in materia di concorrenza (in particolare l’articolo 82, sullo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte di questo) e la normativa nazionale in materia di proprietà industriale. Come noto i diritti di proprietà industriale, attribuendo al loro titolare un potere di tipo monopolistico, possono creare tensioni di tipo concorrenziale. Sebbene sia errato considerare di per sé antinomico il rapporto tra diritto di proprietà industriale e concorrenza, tuttavia ciò che l’ordinamento comunitario intende evitare è comunque l’abuso dei diritti di proprietà industriale, al fine di impedire ogni estensione illegittima del monopolio conferito dalla legge. In altri termini, se la mera titolarità di un diritto di proprietà industriale non è di per sé sufficiente ad attribuire al suo titolare una posizione dominante, tuttavia tale titolarità, se valutata unitariamente ad altre circostanze di fatto e di diritto, può contribuire a determinare in capo all’impresa un potere di mercato rilevante sotto il profilo dell’art. 82 del Trattato ed eventualmente un comportamento anticoncorrenziale.

Quanto alla normativa nazionale di riferimento, appaiono rilevanti al riguardo gli articoli 11 e 12 del r.d. 21 giugno 1942, n. 929, e successive modificazioni, recante il *“Testo delle disposizioni legislative in materia di marchi registrati”.*

Ai sensi dell’articolo 11 *“non è consentito usare il marchio in modo contrario alla legge, né, in ispecie, in modo da ingenerare un rischio di confusione sul mercato con altri segni conosciuti come distintivi di imprese, prodotti o servizi altrui, o da indurre comunque in inganno il pubblico, in particolare circa la natura, qualità o provenienza dei prodotti o servizi, a causa del modo e del contesto in cui viene utilizzato, o da ledere un altrui diritto di autore, di proprietà industriale, o altro diritto esclusivo di terzi”.* A sua volta l’articolo 12 prevede che: *“Il commerciante può apporre il proprio marchio alle merci che mette in vendita, ma non può sopprimere il marchio del produttore o del commerciante da cui abbia ricevuto i prodotti o le merci”.*

In conclusione, il paragrafo 10.3 degli Impegni si limita a richiamare un impegno dell’operatore alternativo all’uso del marchio del Canale utilizzato dalla Piattaforma

Unica, mentre l'articolo 11.4 dell'Accordo non vieta ad e.Bismedia l'uso del proprio marchio, ma impone soltanto che l'utilizzo degli stessi si svolga, nell'ambito delle

attività di promozione, con modalità tali da non ingenerare “*confusione nell'utente finale tra l'offerta di Sky e quella di e.Bismedia.*”

Sulla base del vigente quadro normativo nazionale e comunitario e delle disposizioni contenute negli Impegni di cui alla Decisione, stante la chiara distinzione tra emittente e soggetto ritrasmettente e agli inerenti profili di responsabilità riguardanti l'utilizzo del marchio editoriale quale segno distintivo dell'emittente ricavabile dalla normativa comunitaria e internazionale, si ritiene che non sia vietato per e.Bismedia l'utilizzo del proprio marchio al fine di identificare la distribuzione della propria offerta, purché ciò non ingeneri confusione nell'utente finale. È fatto salvo in ogni caso l'obbligo di identificare la trasmissione del canale con lo stesso marchio utilizzato da Sky Italia.

Tutto ciò premesso,

CONSIDERATO il paragrafo 15, lettera a), punto iv) degli Impegni annessi alla Decisione della Commissione europea Comp/M.2876, ai sensi del quale “*la Piattaforma Unica dovrà produrre tutte le rilevanti informazioni tecniche e contabili ritenute necessarie dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per la risoluzione della controversia. In particolare la Piattaforma Unica avrà l'onere della prova in relazione ai principi previsti nei paragrafi 10.5 e 10.6 (ove tali principi siano rilevanti). L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni deciderà quale parte debba sopportare i costi degli esperti che possono essere utilizzati dall'Autorità per fornire pareri sulle informazioni prodotte*”;

CONSIDERATO il paragrafo 15, lettera a), punto ii) degli Impegni annessi alla Decisione della Commissione europea Comp/M.2876, ai sensi del quale le controversie “*saranno decise in via definitiva dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel rispetto della normativa comunitaria, ivi inclusa la Decisione e gli Impegni, e della regolamentazione italiana applicabile al settore*”;

RITENUTO di non poter accogliere, in quanto inconferenti rispetto all'oggetto della controversia instaurata così come individuato nell'istanza di avvio del procedimento di definizione, le richieste avanzate dalla società e.Bismedia nella memoria depositata il 14 ottobre relative alla richiesta di obbligare Sky Italia:

- a). a fornire, nell'ambito dell'offerta *wholesale*, anche i contenuti *premium* interattivi, sia nel caso questi siano abbinati a contenuti diffusivi (es. “*Sky Active Sport*”), sia nel caso questi siano commercializzati in forma autonoma (es. “*Play in TV*”);
- b). a sottoscrivere un allegato tecnico che preveda degli standard qualitativi e di continuità del servizio, con relative penali in caso di mancato rispetto degli stessi;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso del procedimento;

UDITA la relazione dei Commissari Paola Maria Manacorda e Alessandro Luciano, relatori ai sensi dell'art. 32 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento.

DELIBERA

1. Il livello di disaggregazione dell'Offerta *wholesale premium* di Sky Italia è ritenuto conforme a quanto previsto dal paragrafo 10.1 degli Impegni.
2. Il punto 7.1. dell'Accordo non risulta conforme agli Impegni sotto il profilo della ragionevolezza e libertà commerciale, nella parte in cui stabilisce che "*i prezzi del listino wholesale interim si intendono formulati per mese per abbonato, saranno applicati ed i relativi importi saranno dovuti per periodi di durata annuali*".
3. Il modello di separazione contabile presentato da Sky Italia risulta non conforme, nella sua struttura generale, agli obblighi previsti dal paragrafo 10, comma 6 degli Impegni, fatta eccezione per il rispetto del principio di causalità per i costi di pubblicità e commercializzazione. Ai fini della determinazione del *minus* per l'Offerta *wholesale premium*, l'Autorità, sulla base dei dati contabili parziali di cui ha potuto disporre, apportate le modifiche di cui in premessa, confrontate con la *best practice* internazionale, ritiene che il valore del *minus* dei sei pacchetti costituenti l'Offerta *wholesale premium* debba collocarsi tra il 51,6% per il pacchetto più costoso ed il 62,6% per quelli più economici, in relazione al prezzo effettivo netto del singolo pacchetto *premium*.
4. Non è vietato alla società e.Bismedia di utilizzare il proprio marchio al fine di identificare la propria offerta distributiva, purché non si ingeneri confusione nell'utente finale. È fatto salvo l'obbligo per e.Bismedia di identificare il canale da essa acquistato con lo stesso marchio utilizzato da Sky Italia.
5. Le spese relative all'incarico di consulenza espletato in favore dell'Autorità sono ripartite paritariamente tra le parti.
6. Ai sensi dell'art. 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249, ovvero il presente provvedimento, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica, può essere proposto ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio.

La presente delibera è notificata alle parti, pubblicata nel Bollettino ufficiale dell'Autorità, ed è resa disponibile sul sito web dell'Autorità, www.agcom.it. Essa è altresì comunicata alla Commissione europea.

Roma, 28 ottobre 2004

IL PRESIDENTE
Enzo Cheli

IL COMMISSARIO RELATORE

Alessandro Luciano

IL COMMISSARIO RELATORE

Paola Maria Manacorda

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola