

DELIBERA N. 62/07/CONS

ATTIVITÀ DI VIGILANZA INERENTE IL SISTEMA UNICO DI ACCESSO CONDIZIONATO NELLA TELEVISIONE SATELLITARE

L'AUTORITA'

NELLE riunioni di Consiglio del 19 dicembre 2006 e del 31 gennaio 2007;

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.76/05/CONS (Controversia Comex S.p.A. / Sky Italia S.r.l. avente ad oggetto la concessione a soggetti terzi della licenza per i prodotti NDS di accesso condizionato);

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

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. OGGETTO DEL PROCEDIMENTO

Con delibera 76/05/CONS del 10 febbraio 2005 l'Autorità, relativamente alla controversia tra le società Comex s.p.a. e Sky Italia s.r.l., ha ritenuto non applicabili ai produttori di decoder gli Impegni di cui alla Decisione n. Comp/M. 2876 della Commissione europea del 2 aprile 2003. Ciò in quanto il mercato dei produttori di decoder non è stato considerato dalla Commissione né un "mercato rilevante", né tanto meno un "mercato interessato", e come tale è stato ritenuto estraneo allo scopo posto a fondamento della citata Decisione di evitare che l'operazione di concentrazione potesse determinare effetti restrittivi sul mercato della televisione a pagamento. L'Autorità ha, però, ravvisato l'opportunità, nell'ambito dei propri poteri di intervento in materia di accesso e di interconnessione ex artt. 42 e 43 del Codice delle comunicazioni, di trasmettere gli atti ai Dipartimenti competenti, al fine di valutare gli effetti prodotti dall'adozione di un sistema unico di accesso condizionato sul mercato dei sistemi e dei prodotti, nonché sulle condizioni di accesso da parte degli utenti finali ai servizi televisivi digitali.

L'attività di vigilanza e le analisi che ne sono conseguite hanno avuto ad oggetto la verifica di conformità del comportamento tenuto dalle società Sky Italia s.r.l. e NDS LTD nei confronti di Comex s.p.a. in relazione a quanto disposto dall'articolo 43, comma 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche.

L'articolo 43, comma 1 del Codice, recependo integralmente l'art. 6 della direttiva 2002/19 CE del 7 marzo 2002 (c.d. direttiva accesso), dispone che *"All'accesso condizionato ai servizi televisivi e radiofonici digitali trasmessi ai telespettatori e agli ascoltatori si applicano, a prescindere dai mezzi di trasmissione, le condizioni di cui all'allegato n. 2, parte I."*

L'allegato n. 2 (anch'esso di diretta e integrale derivazione comunitaria), parte I, alla lettera c) dispone a sua volta che *"quando concedono licenze ai fabbricanti di apparecchiature di consumo, i titolari di diritti di proprietà industriale relativi ai sistemi e ai prodotti di accesso condizionato lo fanno a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie. La concessione delle licenze, che tiene conto dei fattori tecnici e commerciali, non può essere subordinata dai titolari di diritti a condizioni che vietino, dissuadano o scoraggino l'inclusione nel medesimo prodotto:*

- *di un'interfaccia comune che consenta la connessione con più sistemi di accesso diversi, oppure*
- *di mezzi propri di un altro sistema di accesso, purché il beneficiario della licenza rispetti condizioni ragionevoli e appropriate che garantiscano, per quanto lo riguarda, la sicurezza delle transazioni degli operatori del servizio di accesso condizionato.*

Nella presente vicenda la società Comex s.p.a. ha reiteratamente denunciato la violazione dell'art. 43, comma 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche in quanto NDS Ltd si è rifiutata, in mancanza di preventiva autorizzazione da parte di Sky Italia s.r.l., di rilasciare la licenza del sistema di accesso condizionato "Videoguard" così come personalizzato per la piattaforma satellitare.

II. ITER ISTRUTTORIO

La società Comex s.p.a. inizialmente avanzava a NDS Ltd una richiesta di concessione della licenza del sistema di accesso condizionato denominato "Videoguard" al fine di inserirlo all'interno dell'apparecchio da essa prodotto e denominato X-Dome, implementante un ricevitore satellitare di tecnologia common interface. La società NDS Ltd non dava seguito alla richiesta in quanto, per motivi legati alla sicurezza, non concede mai licenze per sistemi di accesso condizionato finalizzate all'implementazione su slot di interfaccia comune (common interface) in decoder destinati al pubblico. A fronte di ciò Comex s.p.a., in una nota pervenuta all'Autorità in data 2 novembre 2005, manifestava allora l'intendimento di chiedere il rilascio di una "licenza di sfruttamento dell'algoritmo inerente il sistema di accesso condizionato denominato Videoguard per l'implementazione in versione CA-embedded" , facendo, quindi, espresso riferimento alla versione "embedded"

del sistema “Videoguard” e non più alla possibile integrazione su un decoder “common interface”.

A seguito di tale mutato intendimento, l’Autorità in data 6 dicembre 2005 chiedeva alle società NDS Ltd e Sky Italia s.r.l. di integrare il quadro delle informazioni sino ad allora fornite rispetto all’istanza di licenza avanzata da Comex s.p.a., con specifica individuazione delle condizioni e delle procedure che un produttore di decoder deve rispettare per ottenere la *“licenza di sfruttamento dell’algoritmo inerente al sistema denominato Videoguard per l’implementazione, in versione CA – embedded, sull’apparato denominato X Dome”*.

Dal carteggio intercorso, e in particolare dalle memorie di Sky Italia s.r.l. e di NDS Ltd del 4 ottobre 2006, nonché dall’audizione in contraddittorio tra le parti del 1° agosto 2006, è emerso che la corrente pratica delle due società è ispirata ai seguenti indirizzi:

- NDS Ltd, in qualità di titolare dei diritti di proprietà intellettuale relativi al CAS Videoguard, concede ai fabbricanti di decoder la licenza del sistema di accesso condizionato “Videoguard”, così come personalizzato per Sky Italia s.r.l., solamente previa autorizzazione da parte di quest’ultima;
- Sky Italia s.r.l. autorizza NDS Ltd al rilascio della licenza del prodotto di accesso condizionato solo previo raggiungimento di un accordo di natura commerciale con il fabbricante di decoder, accordo riguardante aspetti tecnici (la qualità e le funzionalità disponibili, le garanzie di sicurezza) e commerciali (prezzo del decoder, capacità produttiva, tempi di consegna);
- il fabbricante di decoder che ha richiesto la licenza accetta che sia Sky Italia s.r.l. a svolgere in maniera esclusiva l’attività di distribuzione e di manutenzione dei decoder. Pertanto, Sky Italia s.r.l. acquista dai fabbricanti il decoder a seguito della sua fabbricazione per le successive attività di distribuzione e manutenzione

L’apparato X-Dome, a seguito di verifica tecnica condotta nel quadro degli indirizzi esposti, è stato ritenuto da NDS Ltd e da Sky Italia s.r.l. non idoneo all’implementazione della licenza “Videoguard” personalizzata per Sky Italia s.r.l., poiché munito di alcune funzioni che ne escluderebbero la sicurezza ed affidabilità (per il fatto che esso utilizza il sistema operativo Linux, c.d. open source, sul quale un utente esperto di PC potrebbe installare qualsiasi software), e, invece, privo di alcune caratteristiche necessarie a fornire in maniera ottimale tutti i servizi dell’offerta Sky (ad esempio:registrazione sull’hardware in modalità crittata della programmazione, forme di protezione delle uscite digitali per evitare la riproduzione della programmazione in qualità digitale) .

La Comex s.p.a., peraltro, con la sua successiva memoria del 18 ottobre 2006, oltre ad evidenziare l’inconferenza di test ed analisi svolte su un progetto risalente all’anno 2003, e a confutare alcune delle censure tecniche mosse dalle su richiamate società, si è dichiarata disponibile ad apportare tutte le modifiche ritenute necessarie a fini di sicurezza e qualità della fruizione del servizio televisivo, facendo notare specificamente l’assenza di garanzia di

esaustività delle condizioni come sopra richieste da NDS Ltd e da Sky Italia s.r.l. per la concessione delle licenze di accesso condizionato.

III. VALUTAZIONI DELL'AUTORITÀ

Alla luce di quanto emerso in atti, avuto riguardo sia al carteggio intercorso tra le parti che a quello avvenuto con l'Autorità, si deve ritenere che Sky Italia s.r.l. non abbia chiarito adeguatamente le condizioni cui essa subordina l'autorizzazione a NDS Ltd per concedere le licenze del sistema di accesso condizionato "Videoguard" utilizzato dai propri abbonati; parimenti, la stessa NDS Ltd non esplicita nella loro necessaria completezza le condizioni richieste per la concessione della licenza del sistema "Videoguard" così come personalizzato per l'operatore televisivo satellitare.

L'indicazione dei parametri che, nel corso della presente vicenda, Sky Italia s.r.l. ha dichiarato di utilizzare nella scelta del produttore (il costo del decoder; la qualità del decoder; le funzioni disponibili sull'apparato; le garanzie di sicurezza che tale apparato presenta; la solidità finanziaria del produttore e la sua capacità produttiva; l'affidabilità del produttore nella risoluzione dei problemi tecnici) risulta essere ancora generica, tale da non consentire all'Autorità una valutazione di conformità al Codice delle scelte dell'obbligato, né tanto meno ai fabbricanti di decoder di adeguare i loro prodotti e le loro strategie, conformandoli agli standard occorrenti all'ottenimento della licenza in regime di non discriminazione.

Occorre allora ricordare che la previsione dell'articolo 43, comma 1, e All. n. 2 del Codice delle comunicazioni deve essere intesa quale fonte di un vero e proprio obbligo a carico di Sky Italia s.r.l. e NDS Ltd.

A conferma del carattere cogente dei vincoli imposti *ex art.* 43 citato preme far notare che la direttiva 2002/19/CE applica ai servizi radiofonici e televisivi digitali un regime derogatorio rispetto alle altre comunicazioni elettroniche. La direttiva accesso, infatti, pone obblighi di accesso condizionato *ex ante* a tutti gli operatori, dando per compiuta *a priori* la valutazione della concorrenzialità del relativo mercato (cfr. 14 considerando direttiva accesso).

Ora, tale obbligo esige, per la sua attuazione effettiva, che le condizioni da soddisfare siano rese conoscibili *ex ante* nella loro interezza e quindi verificabili, onde consentire sia la loro valutazione da parte del soggetto preposto alla verifica della equità, ragionevolezza e non discriminatorietà, sia la possibilità di un adeguamento ad esse da parte dei potenziali fabbricanti di prodotti di apparecchiature di consumo.

Passando poi a considerare, in particolare, la prerogativa rivendicata da Sky Italia s.r.l. di poter determinare nell'ambito della propria libertà di impresa se, a quali condizioni e con quali fabbricanti di apparecchi di elettronica di consumo instaurare rapporti commerciali, occorre subito far notare che le norme del codice sopra citate non consentono di escludere a priori dalla concessione delle licenze una tipologia di soggetti o di caratteristiche imprenditoriali.

Ciò premesso, si rileva, almeno allo stato attuale delle evidenze fornite a questa Autorità, che condizioni che escludano a priori la possibilità per un fabbricante di produrre, distribuire e mantenere in maniera autonoma decoder compatibili con il sistema di accesso condizionato utilizzato da Sky Italia s.r.l. non appaiono ragionevoli, eque e, soprattutto, non discriminatorie alla luce della direttiva accesso e delle richiamate disposizioni del Codice delle comunicazioni elettroniche.

Infatti, le addotte ragioni inerenti alla sicurezza, alla qualità e alla continuità nella fruizione del servizio televisivo, sempre allo stato attuale, non si presentano sufficienti a giustificare un potere di veto, o se si preferisce, di libera selezione unilaterale, da parte di Sky Italia s.r.l., dei fabbricanti di decoder ai quali rilasciare la licenza del prodotto di accesso condizionato, né, in particolare, attesa la necessità di rispettare il requisito di non discriminatorietà, il potere di imporre la produzione di decoder esclusivamente per conto della detta società.

A prescindere, pertanto, da una specifica e puntuale analisi delle obiezioni sin qui mosse da Sky Italia s.r.l. e NDS Ltd in ordine alle caratteristiche tecniche dell'apparato prodotto dalla Comex s.p.a., analisi che l'Autorità si riserva di effettuare nel prosieguo del procedimento, sin d'ora risulta, da un lato, che le predette società non hanno enunciato in modo esaustivo le condizioni in presenza delle quali sono disposte a concedere le licenze di accesso condizionato a produttori indipendenti di decoder; dall'altro lato, che le finalità esposte da Sky Italia s.r.l. nella sua memoria del 4 ottobre 2006 potrebbero essere ugualmente perseguite prevedendo, ad esempio, a carico dei produttori di decoder, delle condizioni sul rispetto di ragionevoli standard di qualità nelle attività di distribuzione e di manutenzione dei decoder: in questo modo, infatti, gli utenti sarebbero ugualmente garantiti nella qualità del servizio pur in assenza di un monopolio della piattaforma satellitare anche sul versante della commercializzazione dei decoder.

Sky Italia s.r.l. non ha, invero, dimostrato perché una distribuzione e manutenzione indipendente del decoder metterebbe inevitabilmente a rischio la sicurezza del sistema di accesso condizionato. E, d'altra parte, tale operatore non potrebbe essere certo ammesso a godere, anche solo nei fatti, di una libertà praticamente insindacabile di accettare o rifiutare ad un terzo la concessione della licenza.

Si ritiene inoltre che le argomentazioni addotte dalla richiamata società con riferimento alla presunta tutela della propria utenza (in termini di soddisfacimento di standard di qualità) siano contraddette in radice dalla considerazione dell'incontestabile giovamento che la qualità del prodotto, della sua distribuzione e della stessa manutenzione trarrebbero dalla garanzia di elementi di concorrenza, soprattutto alla luce del fatto che rimane la possibilità per l'utente di scegliere – in qualunque momento o a fronte di una eventuale insoddisfazione del servizio fornito da altri - il modello “tutto compreso” offerto da Sky Italia s.r.l.

In conclusione, va tenuto nel debito conto il fatto che l'allegato 2, parte I, del Codice delle Comunicazioni elettroniche intende espressamente assicurare la possibilità che nel mercato siano disponibili prodotti idonei a veicolare mediante lo stesso apparecchio più

prodotti e sistemi di accesso, univoco dato normativo pro-concorrenziale, questo, che non è compatibile con la pretesa di tutelare assetti a controllo monopolistico delle reti distributive, i quali del resto potrebbero dare adito a perplessità anche alla luce delle norme comunitarie a tutela della concorrenza.

Tutto ciò premesso:

RITENUTO che occorre la massima trasparenza delle condizioni richieste per la concessione delle licenze di accesso condizionato al fine di consentire all'Autorità una adeguata valutazione del rispetto degli obblighi di equità, ragionevolezza e non discriminatorietà, in conformità a quanto previsto dall'art. 43, comma 1, e dall'allegato 2, parte I, del Codice delle Comunicazioni elettroniche;

CONSIDERATE insufficienti, per la loro non esaustività, le informazioni sin qui fornite dalle società NDS Ltd e Sky Italia s.r.l. circa le condizioni da loro complessivamente poste per la concessione a produttori indipendenti di decoder della licenza relativa al sistema di accesso condizionato così come personalizzato per Sky Italia, in quanto tali informazioni non consentono, allo stato, ai fabbricanti di apparecchiature di consumo che intendono richiedere la licenza di adeguare i loro prodotti a tali condizioni;

CONSIDERATO che in carenza dell'indicato fattore di trasparenza non può darsi alcuna effettiva applicazione del disposto di cui all'articolo 43, comma 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche;

RITENUTO pertanto necessario che le società NDS Ltd e Sky Italia S.r.l. provvedano a comunicare le condizioni, di natura tecnica, di sicurezza e commerciali, richieste per la concessione della licenza relativa al sistema di accesso condizionato "Videoguard" così come personalizzato per Sky Italia s.r.l.

CONSIDERATO altresì che l'Autorità, nell'esercizio delle attività di propria competenza, si riserva di richiedere alle società NDS Ltd e Sky Italia S.r.l. l'esibizione di tutti gli accordi in qualunque forma e fino ad oggi sottoscritti con le società produttrici dei decoder;

RITENUTO che, in assenza di giustificati motivi relativi alla sicurezza delle transazioni, un'esclusione a priori della possibilità per un fabbricante di produrre, distribuire e mantenere in maniera autonoma decoder compatibili con il sistema di accesso condizionato utilizzato da Sky Italia s.r.l. non appare compatibile con il disposto dell'allegato 2, parte I, lettera c), in forza del quale i titolari di diritti di proprietà industriale relativi ai sistemi e ai prodotti di accesso condizionato debbono porre condizioni ragionevoli, eque e non discriminatorie quando concedono licenze ai fabbricanti di apparecchiature di consumo;

UDITA la relazione dei Commissari Enzo Savarese e Sebastiano Sortino, relatori ai sensi dell'art. 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento.

ORDINA

alle società NDS Ltd e Sky Italia s.r.l., entro trenta giorni dalla notifica del presente provvedimento, di comunicare tutte le condizioni, comprese quelle tecniche, di sicurezza e commerciali, richieste per la concessione della licenza relativa al sistema di accesso condizionato “Videoguard” così come personalizzato per Sky Italia s.r.l.;

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 NDS Ltd e Sky Italia S.r.l. ed è pubblicato nel Bollettino ufficiale e nel sito web dell'Autorità.

Roma 31 gennaio 2007

IL COMMISSARIO RELATORE
Enzo Savarese

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

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