

DELIBERA N. 646/06/CONS

Approvazione del regolamento recante la disciplina dei procedimenti in materia di autorizzazione ai trasferimenti di proprietà delle società radiotelevisive, dei procedimenti in materia di posizioni dominanti e dell'attività di verifica delle operazioni di concentrazione ed intese nel sistema integrato delle comunicazioni

L'AUTORITA'

NELLA sua riunione di Consiglio del 9 novembre 2006;

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";

VISTA la legge 6 agosto 1990, n. 223, recante "Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato";

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato";

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

VISTA la delibera n. 78/98 del 1 dicembre 1998, recante "Approvazione del regolamento per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata su frequenze terrestri", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 10 dicembre 1998, n. 288;

VISTA la delibera n. 26/99, recante "Approvazione del regolamento in materia di costituzione e mantenimento di posizioni dominanti nel settore delle comunicazioni", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 24 maggio 1999, n. 119;

VISTO il d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 455, recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa";

VISTA la delibera n. 127/00/CONS del 1 marzo 2000, recante "Approvazione del regolamento concernente la diffusione via satellite di programmi televisivi" e successive modificazioni, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 12 aprile 2000, n. 86;

VISTO il decreto-legge 23 gennaio 2001, n. 5, recante disposizioni urgenti per il differimento di termini in materia di trasmissioni radiotelevisive analogiche e digitali, nonché per il risanamento di impianti radiotelevisivi, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 marzo 2001, n. 66;

VISTA la delibera n. 236/01/CONS del 30 maggio 2001, recante “Regolamento per l’organizzazione e la tenuta del registro degli operatori di comunicazione”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 30 giugno 2001, n. 150, e successive modificazioni;

VISTA la delibera n. 435/01/CONS del 15 novembre 2001, recante “Approvazione del regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 6 dicembre 2001, n. 284;

VISTO il regolamento concernente l’accesso ai documenti, approvato con delibera n. 217/01/CONS, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 20 giugno 2001, n. 141, come modificato dalla delibera n. 335/03/CONS, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 15 ottobre 2003, n. 240, e come da ultimo integrato dalla delibera n. 89/06/CONS, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 17 marzo 2006, n. 64;

VISTO il regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, nel testo coordinato con le modifiche introdotte dalla delibera n. 506/05/CONS del 21 dicembre 2005 recante “Modifiche ed integrazioni al regolamento di organizzazione e di funzionamento dell’Autorità”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 14 gennaio 2006, n. 11, come successivamente integrata dalla delibera n. 40/06/CONS, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 31 gennaio 2006, n. 25;

VISTO il decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, recante “Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366”;

VISTA la delibera n. 290/03/CONS recante approvazione del regolamento concernente le autorizzazioni ai trasferimenti di proprietà di società radiotelevisive, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 23 agosto 2003, n. 195;

VISTA la legge 3 maggio 2004, n. 112, recante “Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana S.p.a., nonché delega al Governo per l’emanazione del testo unico della radiotelevisione”;

VISTO il decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, recante “Testo unico della radiotelevisione”;

VISTA la delibera n. 63/06/CONS del 2 febbraio 2006 recante “Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell’ Autorità”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 22 febbraio 2006, n. 44;

VISTO il regolamento in materia di procedure sanzionatorie approvato con delibera 136/06/CONS del 15 marzo 2006, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 31 marzo 2006, n. 76;

VISTO l’art. 1, comma 6, lett. c), n. 13, della legge 31 luglio 1997, n. 249, in materia di autorizzazione ai trasferimenti di proprietà di società radiotelevisive;

VISTO l’art. 43, comma 6, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, che prevede l’adozione da parte dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di un regolamento che disciplini i provvedimenti necessari per eliminare o impedire il formarsi di posizioni dominanti nel settore delle comunicazioni o comunque lesive del pluralismo;

VISTI l’art. 14, comma 1, della legge 3 maggio 2004, n.112, e l’art. 43, comma 1, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, che prevedono l’adozione di un apposito regolamento per definire la procedura per la notifica delle intese e delle operazioni di concentrazione al fine di verificare il rispetto dei principi, rispettivamente, di cui all’art. 15 della legge 3 maggio 2004, n.112, e di cui ai commi 7, 8, 9, 10, 11 e 12 dell’art. 43 del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177;

VISTI l’art. 14, comma 3, della legge 3 maggio 2004, n.112, e l’art. 43, comma 3, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, recante “Testo unico della radiotelevisione”, che prevedono l’adozione da parte dell’Autorità di un atto di pubblico richiamo qualora si accerti che un’impresa, o un gruppo di imprese, operanti nel sistema integrato delle comunicazioni, si trovi nella condizione di potere superare, prevedibilmente, i limiti di cui all’articolo 15, della legge 3 maggio 2004, n.112, e di cui all’art. 43, commi 7, 8, 9, 10 11 e 12 del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177;

CONSIDERATA l’opportunità di disciplinare mediante un unico regolamento i procedimenti in materia di posizioni dominanti previsti dalla normativa vigente, le procedure per la notifica e la verifica delle operazioni di concentrazione e delle intese ed il procedimento di autorizzazione ai trasferimenti di proprietà, aggiornando la disciplina di cui alle già citate delibere n. 26/99 e n. 290/03/CONS;

CONSIDERATA la necessità di coordinare le predette procedure adeguandole al nuovo assetto normativo e di dare piena e completa attuazione alle disposizioni della legge 3 maggio 2004, n.112, e del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, recante “Testo unico della radiotelevisione”;

VISTA la delibera n. 264/06/CONS, di cui al comunicato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 127 del 3 giugno 2006, con la quale, in considerazione della complessità degli adempimenti e della particolare rilevanza della materia, è stato sottoposto ad una pubblica consultazione il testo dello schema di regolamento adottato il 16 maggio 2006 dal Consiglio dell'Autorità;

Avuto riguardo ai contributi pervenuti in sede di consultazione, che hanno dato luogo, in sintesi, alle osservazioni seguenti.

Secondo uno dei partecipanti alla consultazione l'obbligo di notifica previsto dall'art. 43 del testo unico sarebbe finalizzato esclusivamente alla verifica del rispetto dei limiti indicati nei commi da 7 a 12 del medesimo articolo. Conseguentemente, nelle definizioni di intesa e di concentrazione si dovrebbe specificare che sono soggette all'obbligo di notifica le sole operazioni suscettibili di condurre alla violazione dei commi da 7 a 12 dell'art. 43 del testo unico, rimettendo, inoltre, ai diretti interessati il compito di valutare la compatibilità delle operazioni con i relativi limiti.

La lettura dell'intero art. 43 del testo unico induce l'Autorità, tuttavia, a ritenere che il divieto di costituire una posizione dominante rivesta carattere generale e non già limitato esclusivamente alle ipotesi di cui ai commi da 7 a 12. L'art. 43, comma 9, indica difatti chiaramente che, al di là dei limiti concernenti i ricavi, nei singoli mercati che compongono il SIC resta fermo il divieto di costituzione di posizioni dominanti, con ciò ribadendo la sua natura di divieto generale.

Del resto, la medesima impostazione costituisce il nucleo della previsione di cui al comma 2 (sempre dell'art. 43), ove si afferma che compito dell'Autorità è verificare che (nel SIC e nei singoli mercati) non si costituiscano posizioni dominanti e che siano rispettati i limiti di cui ai commi 7-12 (limiti che non esauriscono dunque le fattispecie vietate dal più ampio divieto di costituzione di una posizione dominante). Poiché l'obbligo di notifica non può che avere funzione servente rispetto alle competenze attribuite all'Autorità, esso non può che riguardare, allora, tutte le operazioni idonee a violare il divieto di posizioni dominanti, oltreché gli specifici principi fissati dai commi da 7 a 12 dell'art. 43.

Un'altra posizione emersa nel corso della consultazione riguarda l'astratta configurabilità di due procedimenti consequenziali ma autonomi nell'ambito dell'iter complessivo: uno volto all'accertamento dell'esistenza della posizione dominante, e l'altro, successivo, diretto alla rimozione dei suoi effetti. A tale riguardo si osserva che, al di là del significato, nient'affatto univoco, della norma invocata, l'attività procedimentale complessiva da dispiegare è unica, perché il mero accertamento non ha autonomia concettuale né di per sé produce effetti. Se il potere amministrativo è unico, la ripartizione delle attività amministrative che costituiscono esercizio di tale potere in due ambiti procedimentali distinti appare in contrasto quindi con il principio di

semplificazione di cui all'art. 97 Cost., che imporrebbe semmai di *snellire* e rendere più *celere* l'azione amministrativa.

Riguardo all'art. 3 è stato accolto il suggerimento di chiarire il meglio il carattere esemplificativo dell'elencazione di cui al comma 1.

Sul tema del procedimento autorizzatorio le associazioni di emittenti hanno sollevato spesso dubbi sull'inquadramento di alcune particolari fattispecie. Sembra allora opportuno riformulare l'originario testo dell'art. 3, comma 1, per rendere evidente che la cessione dell'(intera) azienda, anche radiofonica, è un'ipotesi autonoma soggetta ad autorizzazione, come pure l'acquisizione, da parte dello stesso soggetto che già deteneva il controllo congiunto, del controllo esclusivo.. Analogo intervento, volto a rendere più comprensibile il testo, è stato effettuato relativamente alla fattispecie del c.d. subentro nel titolo (art. 3, comma 4).

Ancora in materia di autorizzazioni, è stato riformulato l'art. 3, comma 9, del testo per garantire che il soggetto richiedente venga informato nell'ipotesi di sospensione del procedimento; si è ritenuto opportuno introdurre , inoltre, un richiamo formale e automatico alla normativa antitrust per ciò che riguarda individuazione e l'aggiornamento delle soglie di fatturato.

Relativamente all'obbligo di notifica, è stato proposto da uno dei partecipanti di limitarlo alle sole operazioni che intervengano tra soggetti operanti all'interno del SIC, e di escludere l'obbligo di comunicazione quando l'operazione sia insuscettibile di produrre effetti nel SIC o in uno dei mercati che lo compongono.

In merito, non si è inteso però discostarsi dall'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza che, sul tema dell'individuazione dei mercati interessati dalle operazioni di concentrazione, afferma che l'effetto dell'aumento o del consolidamento del potere di mercato può derivare anche da operazioni nelle quali le parti non operino tutte sul medesimo mercato, ma in mercati solo connessi (a valle o a monte) oppure contigui. Per tale motivo si è ritenuto opportuno meglio precisare che l'obbligo della notifica preventiva riguarda anche le operazioni di concentrazione nella quali anche una sola delle parti sia un soggetto operante nel sistema integrato delle comunicazioni, oltre alle intese che intervengano tra soggetti operanti nell'ambito del SIC.

E' sembrato, inoltre, opportuno chiarire, sempre per risolvere alcuni dubbi sollevati dai partecipanti, che per le varie ipotesi di operazioni "consentite" dall'art. 27 del testo unico (trasferimenti di impianti o di rami d'azienda, acquisizioni di intere emittenti) vi è il solo obbligo di notifica e la conseguente applicazione delle disposizioni di cui all'art. 4 e seguenti dello schema.

Sui termini complessivi del procedimento sono stati parzialmente accolti i rilievi di alcuni dei partecipanti e l'eventuale proroga del termine di conclusione dell'istruttoria è stata ridotta a novanta giorni.

Uno dei partecipanti ha sostenuto poi la necessità di distinguere tra procedimenti avviati su segnalazione o d'ufficio o a seguito di notifica.

Ma se si esamina attentamente la normativa vigente risulta che non vi è differenziazione del procedimento in base alla provenienza dell'iniziativa. Neppure sotto il profilo dei tempi procedurali appare ragionevole separare le due ipotesi. Se, infatti, possono riscontrarsi nella pratica tempistiche diverse, esse riguardano però la fase pre-procedimentale che segue la segnalazione, e che, risolvendosi nella necessaria acquisizione di elementi di conoscenza, potrebbe avere una durata maggiore rispetto alle verifiche da effettuare nell'ipotesi in cui sia stata ricevuta la comunicazione di un'operazione.

Con specifico riferimento ai procedimenti avviati su segnalazione, uno dei soggetti partecipanti afferma inoltre che dovrebbe esserci una motivazione circa la sua attendibilità. Si può replicare che la segnalazione non ha un rilievo autonomo, né ha valore probatorio. La sua minore o maggiore attendibilità non influisce né sul contenuto né sui tempi del procedimento. L'iniziativa, la decisione di avviare o meno il procedimento, sono poteri il cui esercizio non è subordinato o condizionato dalla segnalazione.

L'effettività dell'accertamento poggia sugli elementi acquisiti successivamente alla ricezione della segnalazione, la quale può essere al più considerata l'elemento che innesca la prima fase, preistruttoria, di acquisizione di elementi e informazioni, ma non è certo un elemento della decisione di avviare l'istruttoria, tant'è che la "*valutazione*" che deve essere svolta dalla Direzione contenuta ha ad oggetto "*gli elementi*", e non certo "*la segnalazione*" come tale.

Passando ai contenuti della comunicazione d'avvio, in sede di consultazione si è affermato che dovrebbe essere sempre prevista un'espressa contestazione degli ipotizzati profili di lesione del pluralismo. Sulla tesi che sta a fondamento della modifica così richiesta, in base alla quale il superamento dei limiti definiti dal legislatore non sarebbe sufficiente ad individuare una posizione dominante vietata, essendo necessario verificare in aggiunta anche la sussistenza di una lesione del pluralismo, si nutrono però dubbi assai seri: e questo alla luce delle costanti giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha sempre rimesso al Legislatore l'individuazione di limiti anticoncentrativi superati i quali vi è una posizione vietata (senza che occorran ulteriori verifiche sull'effettiva lesione del pluralismo).

Sulla partecipazione all'istruttoria, per rispondere ai rilievi mossi si può osservare che la formulazione proposta soddisfa l'esigenza di assicurare che la partecipazione sia subordinata all'esistenza di interessi "significativi", compresa la rappresentatività degli enti esponenziali.

Appare, invece, opportuno modificare l'art. 7 per chiarire che i soggetti che hanno partecipato, se sono in grado di fornire elementi utili, possono essere chiamati in audizione.

All'art. 8, comma 3, per evitare qualsiasi dubbio interpretativo, è stata riformulata, richiamando le norme del testo unico in materia di documentazione amministrativa, la disposizione relativa all'invio di informazioni e documenti all'Autorità

Sulla proposta di riservare al Consiglio il potere di disporre ispezioni e chiedere perizie e analisi, si osserva che tale potere è attribuito al responsabile del procedimento (art. 6 della legge n. 241 del 1990, "*il responsabile....può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali*"). Le ispezioni, le perizie attengono strettamente alla fase di approfondimento istruttorio che si svolge all'interno del procedimento e non alla fase decisoria finale. Il regolamento di organizzazione dell'Autorità, inoltre, attribuisce a ciascuna "unità organizzativa competente" il potere di chiedere l'intervento del Servizio ispettivo.

E' stata, infine, oggetto di rilievi la disposizione dello schema, art. 11, in materia di misure inibitorie. Si sostiene, innanzitutto, che l'oggetto del regolamento, ai sensi dell'art. 43, comma 6, del testo unico sarebbe limitato ai provvedimenti di cui al comma 5, tra i quali non rientrerebbe alcun provvedimento inibitorio cautelare. Si afferma ancora che nell'art. 43 del testo unico il presupposto per l'esercizio del potere inibitorio sarebbe l'accertamento di una violazione e che, inoltre, esso sarebbe limitato alla prosecuzione dell'operazione, successiva all'accertamento dell'infrazione.

PREMESSO che, ai sensi dell'art. 43, comma 6, oggetto del regolamento sono i provvedimenti e i procedimenti di cui al comma 5, norma quest'ultima che attribuisce all'Autorità il potere di adottare un atto che "inibisce la prosecuzione" di determinate attività, la posizione espressa in merito ai presupposti e ai limiti del potere inibitorio non appare condivisibile.

La stessa lettera della norma, art. 43, comma 5, prevede quale necessario antecedente logico, non l'accertamento di una violazione, bensì l'esistenza di atti od operazioni idonee "a determinare una situazione vietata", vale a dire atti o operazioni che abbiano l'astratta capacità di violare la norma. Oggetto dello specifico accertamento che conduce all'adozione della misura inibitoria non è dunque l'effettiva violazione, ma è l'attività posta in essere che deve avere la capacità, anche solo potenziale, di violare la norma. Sarebbe comunque illogico richiedere il medesimo presupposto - accertamento

della violazione - sia per il provvedimento definitivo sia per il provvedimento che ha, invece, natura inibitoria.

Inoltre, poiché l'accertamento della violazione sottende comunque il divieto di ulteriore prosecuzione dell'operazione o dell'attività, non appare ragionevole limitare la sfera di operatività delle misure inibitorie alle sole ed ulteriori attività con le quali si porterebbe a compimento un'operazione di cui è stata già accertata la contrarietà ai divieti posti dall'art. 43 del testo unico.

RITENUTO, pertanto, che, a seguito dei rilievi e delle osservazioni formulate nell'ambito della consultazione dei soggetti interessati, debbano essere introdotte, nei limiti esposti, le conseguenti modifiche ed integrazioni allo schema di regolamento adottato il 16 maggio 2006 di cui alla delibera n. 264/06/CONS, e debbano essere riformulate alcune disposizioni per assicurare maggiore certezza, con ciò rispondendo ai dubbi sollevati da alcuni partecipanti ed emersi in sede applicativa;

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

DELIBERA

Articolo 1

1. L'Autorità approva, ai sensi dell'art. 1, comma 6, lett. c), n. 13, della legge 31 luglio 1997, n. 249, dell'art. 14, comma 1, della legge 3 maggio 2004, n. 112, e dell'art. 43, commi 1 e 6, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, il regolamento allegato alla presente delibera, di cui forma parte integrante, concernente la disciplina dei procedimenti in materia di autorizzazione ai trasferimenti di proprietà delle società radiotelevisive, dei procedimenti in materia di posizioni dominanti e dell'attività di verifica delle operazioni di concentrazione ed intese nel sistema integrato delle comunicazioni.

2. Sono abrogate:

a) la delibera n. 26/99, recante "Approvazione del regolamento in materia di costituzione e mantenimento di posizioni dominanti nel settore delle comunicazioni", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 24 maggio 1999, n. 119;

b) la delibera n. 290/03/CONS, recante approvazione del regolamento concernente le autorizzazioni ai trasferimenti di proprietà di società radiotelevisive, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 23 agosto 2003, n. 195.

3. La presente delibera entra in vigore il trentesimo giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

4. Restano soggetti alla disciplina anteriore i procedimenti già formalmente avviati prima dell'entrata in vigore della presente delibera.

La presente delibera è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, nel Bollettino ufficiale e ed è resa disponibile nel sito web dell'Autorità.

Roma, 9 novembre 2006

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Enzo Savarese

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

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

