

## **Delibera n. 846/00/CONS**

### **Accertamento della sussistenza di posizioni dominanti ai sensi dell'articolo 2, comma 9, della legge n. 249/97**

#### L'AUTORITA'

NELLA riunione del Consiglio del 6 dicembre 2000;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249 di istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo e, in particolare, l'articolo 2 concernente il divieto di posizioni dominanti;

VISTO il regolamento in materia di costituzione e mantenimento di posizioni dominanti nel settore delle comunicazioni, adottato con delibera del 23 marzo 1999, n. 26/99, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 119 del 24 maggio 1999;

VISTA la delibera n. 3/00/CONS dell'11 gennaio 2000 di avvio dell'istruttoria finalizzata all'accertamento della sussistenza di posizioni dominanti;

VISTA la delibera n. 318/00/CONS di proroga del termine del procedimento sopra indicato;

VISTA la delibera n. 662/00/CONS di chiusura dell'istruttoria relativa al medesimo procedimento;

VISTA la delibera n. 663/00/CONS di fissazione dell'audizione conclusiva;

VISTA la delibera n. 669/00/CONS di proroga del procedimento e fissazione dell'audizione conclusiva;

VISTO il provvedimento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato del 14 giugno 2000, di conclusione dell'istruttoria riguardante presunti comportamenti restrittivi della concorrenza posti in essere da TELE+ nel mercato della televisione a pagamento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO

1.1. In data 4 marzo 1999, la società Stream S.p.A. (di seguito STREAM) ha inviato all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito AGCOM) un esposto nel quale denunciava, ai sensi dell'art. 2, comma 1, 4 e 7, della legge 31 luglio 1997, n. 249 (di seguito Legge), "intese nulle ed illecite ai sensi della normativa sopra richiamata" che avrebbero consentito alla società Telepiù S.p.A. e le sue società controllate (di seguito TELE+) di "rafforzare la posizione dominante di un operatore televisivo nel mercato della *Pay-Tv*".

1.2. In data 29 settembre 1999, in corso d'esame dell'esposto citato, l'AGCOM, in ragione dell'entrata in vigore di nuove norme di regolamentazione (legge 29 marzo 1999, n. 78), relative anche ad aspetti trattati nell'esposto, ha richiesto a STREAM di comunicare l'eventuale interesse a produrre integrazioni o variazioni alle argomentazioni in precedenza espresse. In data 10 dicembre 1999, STREAM ha inviato una nota integrativa nella quale si confermavano le denunce relative agli atti e comportamenti di TELE+ volti a mantenere ed accrescere la propria posizione dominante nel mercato della televisione a pagamento (*pay-tv*).

1.3. Nella riunione di Consiglio dell'11 gennaio 2000, con delibera n. 3/00/CONS (di seguito Avvio dell'Istruttoria), l'Autorità ha avviato, nel rispetto delle disposizioni del regolamento in materia di costituzione e mantenimento di posizioni dominanti nel settore delle comunicazioni, adottato con delibera del 23 marzo 1999, n. 26/99 (di seguito Regolamento), un procedimento finalizzato "all'accertamento della eventuale, effettiva sussistenza di una posizione dominante di Telepiù S.p.A. nel mercato della *pay-tv*, vietata ai sensi dell'art. 2, della legge 249/1997", e ha indicato quale responsabile del procedimento il dott. Giuseppe Corasaniti.

1.4. Il responsabile del procedimento ha provveduto a notificare alle parti l'Avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'art. 4, comma 3, del Regolamento.

1.5. Nel corso dell'istruttoria, il responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 6 del Regolamento, ha più volte richiesto informazioni e documenti alle parti. In particolare, sono stati richiesti: i bilanci delle due società relativi al triennio 1996-1999, i contratti conclusi dalle medesime società per l'acquisto di diritti sportivi e cinematografici ed i contratti stipulati per la vendita di spazi pubblicitari. Le parti, nel corso dell'istruttoria, hanno altresì depositato ed illustrato memorie sui fatti oggetto del procedimento e hanno più volte esercitato, ai sensi dell'art.11 del Regolamento, il diritto di accesso ai documenti acquisiti o formati dall'AGCOM nel corso dell'istruttoria.

1.6. In data 1° giugno, il Consiglio dell'AGCOM, su proposta del responsabile del procedimento, con delibera n. 318/00/CONS ha prorogato il termine di conclusione del procedimento di centoventi giorni, anche ai fini ed agli effetti dell'art.4 , comma 6, del Regolamento, con riferimento alle interruzioni dei termini.

1.7. In data 3 ottobre 2000, il responsabile del procedimento ha trasmesso le risultanze istruttorie al Consiglio dell'AGCOM. Il Consiglio, nella riunione del 4 ottobre 2000, con delibera n. 662/00/CONS, ha dichiarato conclusa l'istruttoria e ha autorizzato l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie alle parti. Nella medesima riunione, il Consiglio, con delibera n. 663/00/CONS, immediatamente notificata alle parti, ha fissato per il giorno 17 ottobre 2000 l'audizione conclusiva del procedimento ai sensi dell'art. 16 del Regolamento.

1.8. In data 10 ottobre 2000, STREAM, ai sensi dell'art. 15, comma 4, del Regolamento, ha presentato istanza motivata per una proroga di venti giorni del termine di conclusione del procedimento.

1.9. Il Consiglio dell'AGCOM, nella riunione dell'11 ottobre, valutata l'istanza di proroga avanzata da STREAM, con delibera n. 669/00/CONS, ha prorogato al 17 novembre 2000 il termine del procedimento e ha fissato per il giorno 14 novembre 2000 l'audizione conclusiva.

1.10. In data 14 novembre 2000, si è svolta l'audizione conclusiva alla quale hanno partecipato STREAM e TELE+.

## 2. *LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI*

### 2.1. STREAM

STREAM ha inviato, in data 4 marzo 1999, un esposto nel quale denunciava la posizione dominante di TELE+ sul mercato della televisione a pagamento e l'abuso di tale posizione, denunce confermate in una nota integrativa del 10 dicembre 1999.

STREAM ha sostenuto che il mercato rilevante ai sensi della disamina ex art. 2, della Legge, è quello della televisione a pagamento, "distinto, anche se ad esso contiguo, da quello della televisione non a pagamento, in quanto, nel primo, le principali relazioni economiche intercorrono tra emittenti televisive e telespettatori abbonati, mentre nel secondo tali relazioni intercorrono tra emittenti televisive ed imprese che acquistano spazi pubblicitari". Tale valutazione è basata sulla prassi costante sia a livello nazionale sia a livello comunitario.

STREAM ha altresì rilevato che, con l'acquisizione di diritti in forma esclusiva e di lunga durata per la trasmissione in diretta delle partite di alcune squadre di punta dei campionati di serie A e di serie B italiana, TELE+ ha limitato le possibilità di altri operatori concorrenti di entrare nel mercato della televisione a pagamento, sul quale ha rafforzato la propria posizione di dominio. Inoltre, STREAM lamenta che identici effetti negativi sul mercato si siano verificati a seguito degli accordi in forma esclusiva siglati da TELE+ con le case cinematografiche Columbia-Tristar, Paramount, 20<sup>th</sup> Century Fox, Warner Bros, Dreamworks, Disney Buena Vista e Cecchi Gori. A titolo esemplificativo, STREAM nota che le sei pellicole che hanno registrato il maggior successo nei cinema nella stagione 1998/1999 sono prodotte da case cinematografiche legate da contratto in esclusiva con TELE+. In particolare, STREAM rileva che il contratto stipulato con Disney Buena Vista (titolare anche della Touchstone Pictures) è di durata decennale, valido quindi fino al 2006, e prevede l'acquisto dei diritti per la trasmissione in esclusiva di Disney Channel anche via cavo. Secondo quanto affermato da STREAM, tale contratto sarebbe teso ad escludere dal mercato qualsivoglia altro operatore, in quanto i prodotti Disney risultano strategici per la promozione dei pacchetti di abbonamento presso le famiglie. A riprova di ciò, STREAM sottolinea che la previsione dell'esclusiva anche per la trasmissione via cavo è assolutamente non giustificata, in quanto TELE+ non si avvale di tale modalità di distribuzione dei programmi.

STREAM ha infine denunciato il comportamento posto in essere da TELE+, anche tramite società controllate, consistente nell'aver incluso nel contratto tecnico-commerciale di distribuzione via cavo di programmi e pacchetti per il calcio contraddistinti dal marchio TELE+, contratto sottoscritto con STREAM nel 1996, clausole che avrebbero vincolato in maniera consistente l'operatività di STREAM come operatore di televisione a pagamento concorrente di TELE+.

Nella successiva memoria del 15 giugno 2000, STREAM ha specificato che la definizione del mercato rilevante illustrata nell'esposto del 4 marzo 1999, basata su criteri di carattere generale di diritto della concorrenza, può essere utilizzata per un'analisi ai sensi dell'art. 2 della Legge, in quanto il comma 1 del predetto articolo 2 rimanda, ad avviso della scrivente, alla nozione generale di posizione dominante e, quindi, alle modalità di definizione del mercato impiegata dal diritto della concorrenza.

Nella stessa memoria, STREAM ha asserito che, essendo stata accertata la posizione dominante di TELE+ da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato<sup>1</sup> (di seguito AGCM), l'AGCOM non può giungere a determinazioni differenti. Inoltre, posto che TELE+ è in posizione dominante, ciò costituirebbe di per sé una violazione dell'art. 2 della Legge che, infatti, vieta qualsiasi atto o comportamento avente per oggetto o per effetto non solo "la costituzione" ma anche "il mantenimento" di una

---

<sup>1</sup> Cfr. Provvedimento A274 - STREAM/TELEPIÙ, del 14 giugno 2000, in Bollettino 23/2000, pp. 28-75.

posizione dominante. Secondo quanto esposto da STREAM il fatto che l'AGCM abbia accertato la posizione dominante di TELE+ costituisce una chiara prova che nel mercato della televisione a pagamento viene esclusa "in radice la garanzia del pluralismo delle fonti di informazione".

STREAM ha sostenuto che il proprio ingresso sul mercato della televisione a pagamento, avvenuto in presenza di un operatore *incumbent* (TELE+), ha creato le premesse per una maggiore concorrenza, per un maggior pluralismo dell'offerta e per una maggiore innovazione tecnologica, citando, a riguardo, il fatto di essere stata la prima società ad offrire canali interattivi via satellite (una decina in tutto, fra i quali sono inclusi, ad esempio, un canale di informazione meteorologica ed un canale di informazione finanziaria sull'andamento della Borsa).

Nella memoria conclusiva presentata in data 6 novembre 2000, STREAM ha sollevato, in primo luogo, rilievi in merito all'osservanza di aspetti di formalizzazione connessi al compiuto adempimento di talune previsioni regolamentari per lo svolgimento dell'istruttoria. In secondo luogo, STREAM ha sostenuto che la Legge 249/97 "non fornisce alcuna definizione preconcreta di mercato rilevante, che deve essere individuato volta per volta (...) tenendo conto dell'ambito di operatività delle Imprese, denunciante e denunciate". Ha rilevato, inoltre, in merito all'art. 2 della Legge, che: << Il comma 1° parla infatti di "settori delle comunicazioni sonore e televisive"; di "settori di cui al comma 1" parla anche il successivo comma 3°. Invece, il comma 4° recita: "L' Autorità vigila sull'andamento e sull'evoluzione dei mercati relativi ai settori di cui al comma 1...": è quindi evidente che la locuzione "settori" non è nella legge coincidente con quella di "mercati"; ne consegue che nel "settore" delle comunicazioni sonore e televisive possano esistere (ed esistono) più "mercati". >>. Ha proseguito STREAM: << Di "mercati" si torna a parlare al comma 7°: "l'Autorità, adeguandosi al mutare delle caratteristiche dei mercati ed avendo riguardo ai criteri indicati nei commi 1 e 8, ... adotta i provvedimenti necessari...". Anche questa disposizione è particolarmente significativa sul piano ermeneutico evidenziando senza tema di smentite che quelli contemplati dai commi 1° e 8° - ma segnatamente dal comma 8° - non sono mercati, ma appunto, criteri di accertamento di raggiungimento delle quote che oggettivamente la legge assume lesive del principio del pluralismo>>.

STREAM ha sostenuto inoltre che "nel sistema della Legge 249/97 può esservi lesione del pluralismo senza lesione della concorrenza, e viceversa, ed entrambi tali situazioni consentono l'intervento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni". STREAM ha affermato che sebbene il pluralismo e la disciplina della concorrenza affondino le proprie radici in libertà diverse, entrambe tutelate dalla Costituzione italiana, per giungere alla tutela del pluralismo l'AGCOM può avvalersi di tecniche o criteri tipici del diritto della concorrenza. A supporto di tale tesi STREAM ha citato non solo la

dottrina, ma anche la prassi della Commissione CE ed il Libro Verde su “Pluralismo e concentrazione nei mezzi di comunicazione di massa nel mercato interno”<sup>2</sup>.

## 2.2. TELE+

TELE+, nella propria memoria preliminare del 23 febbraio 2000, ha fortemente sottolineato la differenza che sussiste fra la qualificazione dei mercati ai sensi della vigente normativa in materia di diritto della concorrenza, da un lato, e, dall'altro, la qualificazione dei mercati conformemente a quanto stabilito dall'art. 2 della Legge.

TELE+ ha rappresentato i propri dubbi sulla legittimità di un procedimento a suo carico nel quale, per definire i mercati, non si applicassero i criteri predeterminati dalla Legge al fine di qualificare la posizione delle imprese, ma si definisse un mercato non previsto dalla Legge, ed, anzi, contrario allo spirito stesso della norma la quale non opera distinzioni fra le modalità di accesso (in codice o in chiaro), bensì fra le modalità di trasmissione (via etere e via cavo ovvero via satellite).

Infatti, ad avviso della stessa TELE+, l'art. 2 della Legge "ha preventivamente individuato, con riferimento alle posizioni dominanti: (i) i mercati di riferimento; (ii) i criteri in base ai quali valutare, su quei mercati le posizioni degli operatori; (iii) gli obblighi degli operatori e le determinazioni dell'Autorità in caso di superamento dei limiti prestabiliti dalla legge. In particolare, i mercati vengono qualificati (commi 6 e 8 dell'articolo 2) secondo la seguente classificazione. Sotto il profilo del mercato del prodotto, sono individuati i mercati delle (i) trasmissioni televisive via etere; (ii) trasmissioni televisive via cavo e via satellite; (iii) trasmissioni radiofoniche; (iv) comunicazioni radiotelevisive ed editoria quotidiana e periodica; (v) concessionarie di pubblicità".

Pertanto la medesima società ha evidenziato che, qualora non si seguisse questa interpretazione, "l'Autorità, superando l'ambito delle proprie competenze, individuerebbe un specifico mercato della tv a pagamento al fine di tutelare il pluralismo dell'informazione quando la legge non impone, alle emittenti che trasmettono a pagamento, alcun obbligo di informazione".

Nella memoria conclusiva presentata in data 6 novembre 2000, TELE+ ha evidenziato la differenza fra una disamina della posizione di un soggetto sul mercato ai fini del diritto della concorrenza e quella ai fini della tutela del pluralismo è data proprio dalle differenti modalità concettuali con cui è intervenuto il legislatore. La posizione dominante nell'ambito del diritto della concorrenza è una figura dinamica che prescinde dalle quote di mercato, ma è intimamente legata ai meccanismi concorrenziali del settore in cui opera un'impresa. Anche la Commissione e la Corte di Giustizia delle Comunità europee hanno affermato che una quota di mercato superiore al 60% detenuta

---

<sup>2</sup> Libro Verde del 23 dicembre 1992 documento COM(92) 480 Def.

da un'impresa possa essere solo considerata come un indizio di una forte posizione sul mercato.

Ad avviso di TELE+, invece, per la tutela del pluralismo il legislatore ha ritenuto necessario procedere ad una definizione di parametri precisi, quali quelli di cui al comma 8 dell'art. 2 della Legge, poiché la tutela della libertà di informazione prescinde dalle dinamiche concorrenziali. Infatti, ad avviso della medesima società il significato di "posizione dominante" nella Legge corrisponde a quello di "potere di ostacolare l'effettivo pluralismo informativo".

Nella medesima nota, conseguentemente, TELE+ ha chiarito che "il comma 1 dell'articolo 2 della Legge 249/97 non è norma *antitrust* e che pertanto Codesta Autorità non può avvalersi dei criteri formulati dagli organismi *antitrust* ai fini dell'individuazione delle ipotesi di abuso di posizione dominante".

CONSIDERATO inoltre che:

la tutela dei diritti previsti agli articoli 15 e 21 della Costituzione implica indefettibilmente il pluralismo delle fonti e l'impedimento della formazione di posizioni dominanti nei mercati di riferimento, onde favorire l'accesso nel sistema delle comunicazioni del massimo numero di voci possibile, come espresso nelle pronunce della stessa Corte Costituzionale, con particolare riferimento alla sentenza 5 dicembre 1994, n.420;

la Commissione europea, nel Libro verde "Pluralismo e concentrazione dei mezzi di comunicazione di massa nel mercato interno", ha evidenziato l'esistenza di un consenso, a livello comunitario, sui principi generali quali il pluralismo, la libertà e l'uguaglianza nell'accesso alle fonti d'informazione e sulla necessità di gestire e di affrontare i rapidi sviluppi tecnologici, al fine di garantire che l'accesso dei cittadini europei a mezzi di comunicazione pluralisti ed indipendenti non venga ostacolato;

l'AGCOM, nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti per la realizzazione delle sue finalità istituzionali, è chiamata a valutare le posizioni degli operatori di comunicazione sui mercati di riferimento attraverso una analisi delle dinamiche concorrenziali per giungere ad una valutazione dei riflessi che le stesse hanno sull'applicazione del principio del pluralismo;

per l'attuazione delle previsioni dell'art.2, comma 1, della Legge, l'AGCOM definisce i mercati di riferimento, tenendo conto, tra l'altro, del mutare delle caratteristiche degli stessi anche in ragione dell'evoluzione tecnologica e dei processi di convergenza, informandone il Parlamento ai sensi del comma 4 del citato articolo 2, attraverso apposite relazioni annuali sull'andamento e sull'evoluzione degli stessi;

i criteri di cui al menzionato articolo 2, utilizzati dall'AGCOM per verificare ed assicurare, con riferimento agli specifici mercati da sottoporre a monitoraggio, l'effettiva concorrenza ed il rispetto dei diversi aspetti caratterizzanti il pluralismo, devono rispondere a principi generali di trasparenza, proporzionalità e non discriminazione, in armonia con le previsioni espresse ai commi 1 e 8 dello stesso articolo 2;

l'AGCOM deve pronunciarsi, per quanto attiene ai criteri espressamente previsti dall'art.2, sull'adeguatezza dei limiti, ove indicati, nella relazione annuale al Parlamento di cui all'art.1, comma 6, lett.c, punto 12), sempre al fine di formulare proposte idonee e coerenti con il mutare delle caratteristiche dei mercati stessi;

la Commissione europea si è espressa più volte definendo il mercato della televisione a pagamento come mercato autonomo e contiguo a quello della televisione in chiaro.<sup>3</sup> La stessa Commissione ha, tra l'altro, stabilito che "il mercato della televisione a pagamento (...) costituisce un mercato del prodotto diverso da quello della televisione di libero accesso. Mentre nel caso di quest'ultima il rapporto commerciale si stabilisce tra il radiodiffusore ed il committente del messaggio pubblicitario, nel caso della televisione a pagamento si stabilisce tra il radiodiffusore e il telespettatore in quanto abbonato. Di conseguenza, per tali due tipi di televisione le condizioni di concorrenza sono diverse."<sup>4</sup> ;

l'AGCM, in coerenza con gli orientamenti della Commissione, identifica quale mercato autonomo quello della televisione a pagamento tenendo conto a tali fini sia della relazione economica principale intercorrente fra telespettatori e reti televisive a pagamento, sia del prodotto televisivo offerto cui si associano le aspettative di intrattenimento dei consumatori;

RILEVATO che le specificità riscontrate nel corso dell'istruttoria di cui al presente provvedimento, in coerenza con le indicazioni comunitarie e nazionali sopra enunciate, consentono allo stato di individuare peculiarità tali da definire il mercato della televisione a pagamento come mercato di riferimento autonomo;

RITENUTO che la pronuncia nel merito dell'esposto presentato dalla società STREAM non può prescindere dalla disponibilità di elementi idonei a valutare l'applicazione del principio del pluralismo nello specifico mercato della televisione a pagamento, anche in considerazione della effettiva reale consistenza degli operatori

<sup>3</sup> Cfr. decisione della Commissione del 9 novembre 1994, caso n. IV/M.469 - MSG Media Service, in GUCE del 31 dicembre 1994, L 364, p. 1 e ss.; decisione della Commissione del 27 maggio 1998, caso n. IV/M.993 - Bertelsmann/Kirch/Premiere, in GUCE del 27 febbraio 1999, L53, p. 1 e ss.; decisione della Commissione del 3 marzo 1999, caso IV/36.237 - TPS, in GUCE del 2 aprile 1999, L90, p. 6 e ss.; decisione della Commissione del 15 settembre 1999, caso n. IV/36.539 - British Interactive Broadcasting/Open, in GUCE del 6 dicembre 1999, L 312, p. 1 e ss.

<sup>4</sup> Cfr. decisione della Commissione del 3 marzo 1999, TPS, sopracitata.

presenti; e che, tuttavia, dall'indagine istruttoria, dalle memorie presentate dalle parti e dall'audizione conclusiva tali elementi non sono emersi in maniera sufficiente;

#### DELIBERA

1. In relazione all'esposto presentato dalla società STREAM ed in via pregiudiziale, ai fini dell'applicazione del disposto dell'articolo 2 della legge 31 luglio 1997, n. 249, il mercato della televisione a pagamento può, allo stato, essere identificato quale autonomo mercato di riferimento.

2. La decisione sull'esposto nel merito necessita di apposita istruttoria finalizzata alla verifica dell'applicazione del principio della tutela del pluralismo nello specifico mercato della televisione a pagamento, da aprirsi su istanza che le parti potranno presentare entro 30 giorni dalla notifica del presente provvedimento.

Napoli 6 dicembre 2000

IL COMMISSARIO RELATORE  
Antonio Pilati

IL PRESIDENTE  
Enzo Cheli

IL SEGRETARIO  
DEGLI ORGANI COLLEGIALI  
Mario Belati