

## La saga Mediaset-Vivendi e il tramonto del Sistema Integrato di Comunicazioni: quali prospettive per la regolamentazione di settore?

di Marina Roma

**Title:** The Mediaset-Vivendi saga and the sunset of the Integrated Communications System: which are the new perspectives for the sector's regulation?

**Keywords:** Electronic communications; Freedom and pluralism of the media; Freedom of establishment.

1. – Con la pronuncia in commento, la Corte di Giustizia non ha certo posto la parola fine alla nota saga Mediaset-Vivendi.

Tra la pubblicazione della sentenza e il momento in cui ci si accinge alla scrittura del presente contributo, infatti, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ("AGCOM") ha pubblicato un comunicato stampa (disponibile online: [www.agcom.it/documents/10179/19877267/Comunicato+stampa+23-09-2020/106ecd15-9726-45be-ad18-ea517f4c6f8a?version=1.0](http://www.agcom.it/documents/10179/19877267/Comunicato+stampa+23-09-2020/106ecd15-9726-45be-ad18-ea517f4c6f8a?version=1.0)), in cui ha avuto ben cura di precisare che – «*alla luce degli approfondimenti giuridici svolti*» – «*allo stato, non vi siano le condizioni per adottare decisioni di qualsivoglia natura (...) prima che sia intervenuta la pronuncia del Tar del Lazio*», derubricando la sentenza pregiudiziale a «*fase incidentale del processo pendente*», che lascerebbe ancora «*incerto quale potrà essere l'effetto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*».

Ma se è evidente che spetti al giudice del rinvio la statuizione finale (e, se del caso, al Consiglio di Stato, in un eventuale giudizio di impugnazione), altrettanto evidente è che la Corte abbia posto un punto fermo sia per quanto concerne, nello specifico, la controversia in questione, sia (per come s'illustrerà nel seguito) quanto alla regolamentazione nazionale del sistema dei servizi di media audiovisivi e radiofonici.

La sentenza lascia, infatti, un vuoto normativo che – solo temporaneamente – il legislatore italiano ha tentato di colmare con la previsione di cui all'art. 4-bis del D.L. 7 ottobre 2020, n. 125.

Proprio «*in considerazione delle difficoltà operative e gestionali derivanti dall'emergenza sanitaria in atto, in armonia con i principi di cui alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 3 settembre 2020, nella causa C-719/18*», in tale contesto si prevede che, per sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, nel caso in cui un soggetto operi contemporaneamente nei mercati delle comunicazioni elettroniche e in un mercato diverso, ricadente nel sistema integrato delle comunicazioni, l'AGCOM sia tenuta ad avviare un'istruttoria volta a verificare la sussistenza di effetti distorsivi o di posizioni comunque lesive del pluralismo, adottando, eventualmente, i provvedimenti necessari per

inibire l'operazione o rimuoverne gli effetti.

La norma, battezzata immediatamente "salva Mediaset", ha da subito scatenato l'ira della *holding* d'Oltralpe, che ha presentato un esposto alla Commissione europea, la quale ha chiesto da subito conto al Governo italiano di rendere conto.

Il muro tra Roma e Bruxelles è ormai inevitabile, ma procediamo con ordine.

2. – Prima di dedicarsi alla ricostruzione del quadro fattuale, da cui origina la pronuncia, occorre brevemente soffermarsi sulle disposizioni in rilievo nel procedimento principale.

L'esame del quadro normativo, europeo e nazionale, in materia di servizi media audiovisivi, con particolare riferimento al pluralismo dell'informazione, non può che prendere le mosse dai principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo (CEDU) ed in particolare dall'art. 10, in materia di libertà di espressione. Il perimetro di tale diritto – per espressa previsione letterale della convenzione – non include unicamente la libertà di esprimere la propria opinione, ma anche la libertà di *ricevere* informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza riguardo alla nazionalità.

La disposizione è stata interpretata in maniera estensiva dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, rimarcando l'importanza del diritto di ognuno a ricevere un'informazione il più possibile pluralistica e non condizionata dalla presenza di posizioni dominanti. Sempre secondo la Corte di Strasburgo, il principio del pluralismo assumerebbe, poi, un particolare significato e una cruciale importanza in relazione all'attività delle società che operano nel settore radiotelevisivo, considerata l'ampia diffusione dei loro programmi (Corte EDU, 23-9-994, *Jersild c. Danimarca*; ma anche Corte EDU, 27-4-1995, *Piermont c. Francia*).

Il principio del pluralismo dell'informazione – sviluppatosi in sede internazionale in seno al Consiglio d'Europa – ha ottenuto piena cittadinanza nell'ordinamento dell'Unione europea non solo quale tradizione costituzionale comune degli Stati membri, ma anche in virtù dell'espresso richiamo di cui all'art. 11, n. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dei plurimi riferimenti nei preamboli delle direttive in materia, *in primis* la direttiva 2010/13/UE sui servizi di media audiovisivi (*cf.* il considerando 16).

Muovendosi al piano nazionale, l'art. 21 della Costituzione, che pure reca una regolazione dettagliata a garanzia della libertà di espressione, nulla dispone in tema di mezzi di comunicazione di massa.

Occorre, dunque, guardare alla giurisprudenza costituzionale, che ha distinto due accezioni di pluralismo. Da una parte, un pluralismo *interno*, inteso come apertura del mezzo informativo alle diverse tendenze politiche e culturali presenti nel Paese, dall'altra un pluralismo *esterno* incentrato non tanto sul contenuto del messaggio trasmesso, quanto sulla necessità di garantire una pluralità di voci in tutti i media e, così, di evitare che la preminenza di una singola impresa possa comprimere l'attività degli altri operatori, con conseguente riduzione dell'esercizio delle libertà di questi ultimi (per tutte, si rinvia a Corte Cost., n. 826/1988).

È proprio a quest'ultima nozione di pluralismo *esterno* che fa riferimento la disposizione oggetto del procedimento principale. La controversia si inserisce, infatti, nell'ambito di applicazione del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177 – Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici ("TUSMAR"), e in particolare dell'art. 43 intitolato «*Posizioni dominanti nel [SIC]*», per cui le imprese, anche attraverso società controllate o collegate, i cui ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche ("SIC"), sono superiori al 40 per cento dei ricavi complessivi di quel settore, non possono conseguire nel [SIC] ricavi superiori al 10 per cento del sistema medesimo, comprendendo il SIC – ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera s), dell'articolo 18 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 – Codice delle comunicazioni elettroniche – «*le seguenti attività: stampa quotidiana e periodica; editoria annuaristica ed elettronica anche per il tramite di Internet; radio e servizi di media audiovisivi; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni*».

3. – Le parti in causa sono più che note. Da una parte, Vivendi S.A. (“Vivendi”) è la celebre *holding* francese al vertice di un gruppo di società operanti nel settore dei media e nella creazione e distribuzione di contenuti audiovisivi, che – all’epoca dei fatti di causa – deteneva anche il controllo di TIM S.p.A., con una partecipazione del 23,94% nel capitale della società. Dall’altra, Mediaset Italia S.p.A. (“Mediaset”) non ha certo bisogno di presentazioni.

In seguito ad alcuni contrasti sorti nell’ambito di un contratto di *partnership* strategica tra Vivendi, Mediaset e Reti Televisive Italiane SpA, il gruppo francese ha avviato una campagna ostile di acquisizione delle azioni di Mediaset, arrivando a detenere il 28,8% del capitale sociale di Mediaset, pari al 29,94% dei suoi diritti di voto. Tuttavia, tale partecipazione minoritaria qualificata non le consentiva di esercitare il controllo su Mediaset, che continuava ad essere controllata dal gruppo Fininvest.

Il 20 dicembre 2016, Mediaset ha presentato allora una denuncia all’AGCOM, rilevando che Vivendi avrebbe conseguito ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche, da un lato, e nel SIC, dall’altro, superiori alle soglie previste nel sopracitato articolo 43, comma 11, del TUSMAR.

La sentenza in commento origina, allora – in estrema sintesi – dal rinvio pregiudiziale proposto dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma (“TAR Roma”), chiamato da parte di Vivendi a giudicare in merito alla legittimità della delibera n.178/17/CONS del 18 aprile 2017, con cui l’AGCOM ha dichiarato che il gruppo societario francese, acquisendo il 28,8% del capitale sociale di Mediaset, avrebbe violato il citato art. 43, comma 11, del TUSMAR.

Le domande pregiudiziali formulate sono tre, sostanzialmente raggruppabili nella richiesta di una pronuncia in merito alla compatibilità della suddetta disposizione del TUSMAR con le libertà fondamentali previste dai Trattati.

4. – Le tre questioni vengono affrontate, perciò, congiuntamente, partendo dall’individuazione delle disposizioni dei Trattati in base alle quali raffrontare la legittimità della normativa italiana.

La Corte riprende, qui, i suoi precedenti punti fermi (*cf.* Corte giust., sent 13-11-2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, causa C-35/11, p.ti 90-91 e giurisprudenza ivi citata), per cui ricadrebbero nella sfera di applicazione della libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) le normative nazionali indirizzate alle acquisizioni di partecipazioni che consentono di esercitare una sicura influenza sulle decisioni di una società, mentre rientrerebbero nell’ambito di applicazione della libera circolazione dei capitali (art. 63 TFUE) disposizioni nazionali indirizzate ad acquisizioni di partecipazioni effettuate, invece, al solo scopo di realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influire sulla gestione e sul controllo dell’impresa interessata, devono essere esaminate esclusivamente alla luce.

Rilevato, allora, che scopo della disposizione del TUSMAR sarebbe quello di evitare l’emergere di quelle che sono definite come «*posizioni dominanti*», fissando dei limiti al controllo sulle società attive nel SIC, e che l’obiettivo perseguito da Vivendi era proprio quello di incidere sulla gestione di Mediaset (non di realizzare un semplice investimento), la Corte prosegue con l’esame delle questioni pregiudiziali con riferimento alle disposizioni in materia di libertà di stabilimento.

Fatto tale inquadramento preliminare, si rileva che la disposizione oggetto delle domande pregiudiziali indubitabilmente costituisca un ostacolo alla libertà di Vivendi di stabilirsi in Italia al fine di influire maggiormente sulla gestione di Mediaset, così l’intera argomentazione in diritto è dedicata a stabilire *se* ed, eventualmente, *in quale misura* la disposizione del TUSMAR ecceda il margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri dalle direttive europee sui servizi di media audiovisivi.

La Corte ripercorre, allora, il ragionamento per fasi con cui abitualmente giudica la legittimità di eventuali deroghe alle libertà fondamentali previste dai Trattati, per cui (i)

dapprima, occorre valutare se le misure restrittive siano giustificate da motivi imperativi di interesse generale; e successivamente (ii) analizzarne la relativa proporzionalità, verificando l'idoneità delle misure ovvero se l'obiettivo perseguito avrebbe potuto essere raggiunto attraverso mezzi di minore portata.

La prima fase della verifica di compatibilità viene, in questa sede, affrontata abbastanza brevemente, laddove la Corte – facendo riferimento alle libertà protette dalla Carta dei diritti fondamentali (articolo 11, paragrafo 2) e al protocollo n. 29 sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri, allegato al TUE e al TFUE – conclude che la tutela della libertà e del pluralismo dei media, cui mira la normativa italiana, costituiscono «*incontestabilmente un obiettivo di interesse generale, di cui occorre sottolineare, in particolare, l'importanza in una società democratica e pluralista, idoneo a giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento*».

Maggiore attenzione viene dedicata, invece, alla seconda fase.

Dapprima la Corte rileva come la normativa europea in materia di servizi di comunicazione elettronica distingue tra attività di *produzione* di contenuti, implicanti un controllo editoriale, e attività di mera trasmissione, che, pertanto, escluderebbero qualsiasi forma di controllo editoriale: imprese che esercitano un controllo sulla trasmissione dei contenuti, non esercitano, perciò, necessariamente un controllo anche sulla produzione di tali contenuti. Fatta tale specificazione, la Corte censura, allora, il fatto che la normativa italiana non tenga in considerazione la sussistenza o la non sussistenza di eventuali collegamenti tra produzione e trasmissione di contenuti, ma vieti in maniera assoluta ai soggetti i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai fini di tale disposizione, siano superiori al 40% dei ricavi complessivi di tale settore, di conseguire nel SIC ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo.

A riguardo, si evidenzia come il legislatore italiano abbia adottato una nozione restrittiva del settore delle comunicazioni elettroniche, circoscrivendolo unicamente ai mercati suscettibili di regolamentazione *ex ante*, ed escludendo così mercati concorrenziali di importanza crescente per la trasmissione delle informazioni come il mercato dei servizi al dettaglio di telefonia mobile, i servizi di comunicazioni elettroniche collegati a Internet, nonché i servizi di radiodiffusione satellitare.

Anche alla luce di quest'ultimo rilievo, i giudici europei constatano, dunque, che la sola circostanza di conseguire o meno ricavi equivalenti al 10 per cento dei ricavi complessivi del sistema integrato delle comunicazioni (SIC) non sia di per sé indicativa di un rischio di influenza sul pluralismo dei media, dal momento che il SIC comprende mercati diversi e vari.

In altre parole – se i ricavi complessivi realizzati da un'impresa nel SIC dovessero essere concentrati in uno solo dei mercati che lo compongono in modo tale che la quota raggiunta in tale mercato sia nettamente superiore al 10% ma, qualora venga preso in considerazione l'insieme dei mercati che compongono il SIC, rimanga inferiore al 10 per cento – il fatto che la soglia del 10 per cento dei ricavi complessivi del SIC non venga raggiunta non potrebbe escludere qualsiasi rischio per il pluralismo dei media. Allo stesso modo, nel caso in cui la soglia del 10 per cento dei ricavi complessivi del SIC fosse sì raggiunta, ma tale 10 per cento di ricavi si ripartisse tra ciascuno dei mercati che compongono il SIC, né il raggiungimento né lo sfioramento di tale soglia del 10 per cento costituirebbero necessariamente un pericolo per il pluralismo dei media.

Infine, i giudici si soffermano sull'estensione dell'ambito di applicazione della norma anche ai ricavi conseguiti per il tramite di società meramente “collegate” ai sensi dell'art. 2359, comma 3, del Codice Civile, estensione che esporrebbe le imprese al rischio che gli stessi ricavi vengano conteggiati due volte.

Tali elementi sarebbero – a giudizio della Corte – sì critici, da rendere la limitazione alla libertà di stabilimento in questione – pur concepita a tutela di motivi di interesse generale – né proporzionata né, comunque, idonea a garantire un'effettiva salvaguardia del pluralismo dell'informazione e, perciò, incompatibile con il diritto dell'Unione europea.

5. – L'argomentazione pare ripercorrere pedissequamente il ragionamento seguito dall'Avvocato Generale assegnato alla causa nelle proprie conclusioni, il quale – proprio come la Corte – ha ritenuto che l'incompatibilità della normativa italiana con le norme dei Trattati in materia di libertà di stabilimento fosse da ricollegarsi a tre principali fattori.

Anzitutto, anche in tal sede, si fa riferimento all'utilizzo di una definizione restrittiva del settore delle comunicazioni elettroniche; poi al computo dei ricavi delle società collegate per calcolare le quote di mercato nel settore delle comunicazioni elettroniche e nel SIC ed, infine alla determinazione di soglie diverse (il 20% e il 10%) per l'acquisizione di partecipazione nel SIC i soggetti tenuti all'iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione rispetto alle imprese operanti nel settore delle comunicazioni elettroniche, come in precedenza definite.

In maniera probabilmente anche più severa rispetto alla Corte, l'Avvocato Generale – pur non disconoscendo il fatto che le restrizioni previste dalla normativa italiana potessero, almeno in astratto, ritenersi idonee a conseguire l'obiettivo di tutela del pluralismo delle informazioni – ha rilevato che la delimitazione dei mercati delle comunicazioni elettroniche non presenta «alcun nesso» con l'obiettivo di garantire il pluralismo del settore dei media. Con ciò, anche in tal sede, si è sottolineato come, sebbene esista un collegamento tra i due settori, ciò non significa che le imprese attive nei servizi di comunicazione elettronica possiedano necessariamente la capacità intrinseca di influire nel settore dei media.

6. – In tal modo, pare possibile tracciare una linea di collegamento che unisce le conclusioni e ciò che si legge tra le righe dell'ordinanza del T.A.R. Roma, laddove quest'ultimo riprende il considerando 26 della direttiva 2002/211/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (la c.d. direttiva quadro), per cui non si potrebbe ritenere che due o più imprese godano congiuntamente di una posizione dominante soltanto in ragione di alcune interconnessioni tra di loro ma solo nel caso in cui la struttura del pertinente mercato sia tale da comportare effetti coordinati, ossia da incoraggiare comportamenti anticoncorrenziali di parallelismo o allineamento sul mercato. O ancora il considerando 27 – cui parimenti accenna il provvedimento di rinvio – per cui si qualifica come «essenziale» che gli obblighi *ex ante* siano imposti solamente nel caso in cui venga a mancare una concorrenza effettiva e gli ordinari mezzi di diritto della concorrenza non siano in grado di porre rimedio al fatto che una o più imprese detengano un significativo potere di mercato.

La sentenza che qui si commenta non fa altro, quindi, che raccogliere la sollecitazione non solo dell'avvocato generale, ma anche (a ben vedere) dei giudici romani. Entrambi avevano, infatti, già posto in evidenza la maggiore criticità alla base dell'incompatibilità con il diritto europeo della normativa italiana: il meccanismo delineato dal più volte citato art. 43, comma 11 del TUSMAR, per cui al superamento delle soglie di ricavi ivi previste si *presume* automaticamente che si determini un problema quanto alla pluralità dell'informazione, è inidoneo a garantire lo scopo che si prefigge e, al contempo, sproporzionato.

Tale meccanismo lascerebbe, infatti, scoperte eventuali situazioni critiche, mentre ne sanzionerebbe altre di non problematiche.

7. – Nonostante le frenate dell'AGCOM evocate in premessa, è allora chiaro che – dalla sentenza della Corte, ancor più se letta congiuntamente alle conclusioni dell'Avvocato Generale – al TAR Lazio rimanga ben poco margine di apprezzamento nello scegliere se disapplicare la disposizione contestata e, per conseguenza, dichiarare l'illegittimità del provvedimento che in tale disposizione trovava il proprio fondamento.

Ma a prescindere dall'esito che avrà il giudizio *a quo*, la pronuncia della Corte ha inferto un colpo mortale al sistema delle soglie previsto dal TUSMAR, già spesse volte

criticato dai commentatori della materia. Seppur (come si è illustrato in precedenza) la normativa italiana sia stata censurata sotto diversi profili, è proprio tale meccanismo delle soglie a sollevare, a parere dei giudici europei, le maggiori criticità.

Come constatato anche dal TAR Roma, l'art. 43 citato fa, infatti, riferimento a nozioni mutuata dal diritto della concorrenza, richiamando ad esempio la posizione dominante. Lo stesso articolo 43 – si osserva sempre in sede di rinvio – è collocato nel capo VI, rubricato «*Norme a tutela della concorrenza e del mercato*».

Il legislatore del TUSMAR ha mancato, però, di adattare tali nozioni allo scopo che la disciplina si prefigge.

*In primis*, il concetto di dominanza che ne emerge è un concetto ibrido rispetto a quello tipico della normativa antitrust. Ibrido poiché individuato con riguardo non certo ad un singolo mercato rilevante, ma ad un fascio di mercati, la cui latitudine viene, peraltro, determinata in modo arbitrario, escludendo i mercati dei servizi al dettaglio di telefonia mobile, i servizi di comunicazioni elettroniche collegati a Internet, nonché i servizi di radiodiffusione satellitare.

D'altro canto, seppur il principio della tutela della concorrenza sia citato nel precedente art. 5, comma 1, lett. a) tra i principi fondamentali del settore insieme a quello del pluralismo, occorre fare un distinguo.

Se è vero che la disciplina antitrust mira a sanzionare l'abuso di posizione dominante, in quanto lesiva della concorrenza in un determinato mercato, il TUSMAR vieta l'acquisizione di una posizione dominante, in quanto ritenuta idonea di per sé a ledere il pluralismo dell'informazione. Il concetto di dominanza del TUSMAR non viene, tuttavia, adattato alla differente *ratio* della normativa, ma si basa unicamente sul mero dato numerico della percentuale di ricavi detenuta dai soggetti interessati e non sull'effettiva capacità degli stessi di controllare i contenuti editoriali delle informazioni trasmesse.

Il legislatore italiano non è certo noto per la tempestività con cui abitualmente si conforma alle pronunce della Corte, ma in questo caso il vuoto normativo creatosi rende necessario un rapido ripensamento complessivo dei meccanismi volti a tutelare la pluralità nel settore delle comunicazioni radiotelevisive.

A riguardo (come, peraltro, prevedibile) la Corte manca di fornire puntuali indicazioni, ma la direzione segnata per il legislatore italiano appare comunque chiara e non potrà discostarsi dalle direttive europee specificamente applicabili ai servizi audiovisivi, per cui la disciplina volta alla salvaguardia del pluralismo dell'informazione – affiancando la tutela generale apprestata dal diritto della concorrenza – deve disporre di strumenti specifici attivabili nei casi in un cui vi sia un'effettiva minaccia.

Solo in tal modo lo Stato italiano potrà ottemperare ai propri obblighi nascenti non solo dall'ordinamento europeo, ma anche da quello internazionale rendendosi – per utilizzare le parole della Corte europea dei diritti dell'uomo (*cf.* Corte EDU, 24-11-1993, *Informationsverein Lentia c. Austria*) – «*ultimate guarantor*» del pluralismo dell'informazione.