

Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia



Direttore Scientifico
Alberto Maria Gambino

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa
Vincenzo Di Cataldo
Giusella Finocchiaro
Giorgio Florida
Gianpiero Gamaleri
Alberto M. Gambino
Gustavo Ghidini
Andrea Guaccero
Mario Libertini
Francesco Macario
Roberto Mastroianni
Giorgio Meo

Cesare Mirabelli
Enrico Moscati
Alberto Musso
Luca Nivarra
Gustavo Olivieri
Cristoforo Osti
Roberto Pardolesi
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Sena
Salvatore Sica
Vincenzo Zeno-Zencovich
Andrea Zoppini

Rivista Scientifica

ISSN (Online edition): 2239-7442

QUADERNI DI

diritto mercato tecnologia



Ministero
dei beni e delle
attività culturali
e del turismo



CREDA
Centro di Ricerca
di Eccellenza per
il Diritto d'Autore



IAIC
ITALIAN ACADEMY OF
THE INTERNET CODE

Numero 2
Anno V
Aprile/Giugno 2015

CON CONTRIBUTI DI:

Fabrizio Calisai, Francesca Corrado, Claudio Ghidini,
Gaetano Marino, Giovanni Maria Nori, Rosaria Petti

L'Informativa Economica di Sistema: quale perimetro? L'assenza di responsabilità editoriale non esime dalla comunicazione all'Agcom

di
Rosaria Petti

Abstract:

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 582 depositata il 5 febbraio 2015, pare aver finalmente posto fine alla *querelle* tra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, Agcom) e la società Sky Italia s.r.l. in merito all'ascrivibilità dei ricavi da abbonamenti *pay tv* realizzati dalla stessa società entro il perimetro delineato dalla Informativa Economica di Sistema (c.d. IES). La vicenda trae origine dal rifiuto opposto da Sky alla comunicazione dei dati relativi ai ricavi riferibili agli abbonamenti *pay tv* e non riconducibili alla diretta responsabilità editoriale dell'emittente. Il Consiglio di Stato, annullando la sentenza del Tar Lazio n. 5863, depositata il 3 giugno 2014, ha rilevato la fondatezza delle richieste formulate dall'Autorità attraverso la IES. In particolare, il quadro giuridico di riferimento – secondo il Supremo Consesso – consentirebbe all'Agcom di richiedere i dati contestati da Sky, a prescindere dalla riferibilità alla responsabilità editoriale diretta di Sky in merito ai programmi trasmessi nella relativa piattaforma. Il Consiglio di Stato, dunque, disattendendo le conclusioni dei giudici di prima istanza, ha rilevato che l'oggetto della IES va esteso a tutti i dati economici astrattamente e genericamente riconducibili all'attività televisiva, ivi compresi quelli derivanti dalla commercializzazione di contenuti editi da terzi e non riferibili alla responsabilità editoriale diretta dell'operatore. Il presente contributo, dopo una breve esegesi della normativa di riferimento, proverà ad analizzare le motivazioni esposte dalle parti in causa e le dirimenti conclusioni del Supremo Consesso.

The Council of State, with the judgement no. 582 filed on February 5th 2015, seems to have finally put an end to the controversy between the Authority for Communications Guarantees (hereinafter, AGCOM) and Sky Italia srl about the possibility of ascribing the revenues derived from pay tv subscriptions made by the same company within the perimeter outlined by the Informativa Economica di Sistema (so-called IES). The case stems from the refusal of Sky to communicate data relating to the revenues derived from pay tv subscriptions and not connected to direct editorial responsibility of the issuer. The Council of State, revoking the judgement no. 5863 of the Regional Administrative Court in Lazio, filed June 3rd 2014, pointed out the validity of the requests made by

the Authority through the IES. In particular, the legal framework – according to the Supreme Assembly – would allow AGCOM to request the data contested by Sky, regardless of allusion to the direct editorial responsibility of Sky for the programmes broadcast in its platform. The Council of State, therefore, disregarding the findings of the courts of first instance, found that the object of the IES must be extended to all the economic data abstractly and generically attributable to television, including those arising from the commercialization of content published by third parties and not related to the direct editorial responsibility of the operator. This paper, after a brief exegesis of the relevant legislation, will try to analyse the reason given by the interested parties and the decisive conclusions of the Supreme Assembly.

Sommario: 1. L'Informativa Economica di Sistema: la *ratio* dello strumento. Cenni – 2. La controversia – 3. Brevi cenni sulla normativa di riferimento e sulla disciplina positiva relativa all'attività conoscitiva dell'Agcom in virtù delle censure opposte da Sky – 4. L'iter giurisprudenziale: la decisione del Tar Lazio – 5. La decisione del Consiglio di Stato – 6. Conclusioni

1. L'Informativa Economica di Sistema: la *ratio* dello strumento. Cenni.

La IES è una dichiarazione annuale cui sono obbligati gli operatori dei settori dei media, la quale ricomprende oltre ai dati anagrafici, anche i dati economici sull'attività svolta dagli operatori interessati. Lo strumento si prefigge di raccogliere gli elementi necessari per adempiere a precisi obblighi di legge affidati all'Agcom – in particolare, la verifica delle posizioni dominanti nel settore indagato – e consente l'aggiornamento della base statistica degli operatori di comunicazione [1].

Tra i soggetti obbligati alla dichiarazione vi sono operatori di rete [2], i fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici [3], i fornitori di servizi interattivi associati e/o di servizi di accesso condizionato [4], i soggetti esercenti l'attività di radiodiffusione [5], le imprese concessionarie di pubblicità [6], le agenzie di stampa a carattere nazionale [7] e gli editori [8]. La IES riguarda, pertanto, l'offerta di pubblicità e di prodotti e servizi nei due versanti dei mercati media [9] e contiene i dati anagrafici, economici e di volume sull'attività svolta dagli operatori interessati. Il sistema di valorizzazione e analisi dei mercati media viene, dunque, alimentato annualmente dalle comunicazioni dei soggetti indicati.

La funzione conoscitiva svolta dall'Autorità attraverso le rilevazioni degli aspetti economici dell'attività realizzata dai soggetti operanti nel settore dei media si pone nella direzione di una maggiore tutela del pluralismo, in quanto consente di rilevare la consistenza del mercato e le posizioni dei diversi

soggetti al suo interno, permettendo una visione d'insieme circa il grado di sviluppo di un sano regime concorrenziale, in diretta rispondenza ai principi generali che governano il settore. [10]

Tra le finalità della Informativa Economica di Sistema vi è anche quella di acquisire dati e informazioni per la valutazione delle dimensioni economiche del Sistema Integrato delle Comunicazioni (c.d. SIC). La *ratio* posta alla base dell'Informativa è, quindi, l'acquisizione dei dati necessari alla ricostruzione della dimensione economica dei diversi mercati di riferimento e delle posizioni degli operatori che agiscono negli stessi. In termini pratici lo strumento consente di contrastare il peso economico di ogni singolo operatore al fine di evitare che questo possa costituire un limite all'effettiva pluralità dei contenuti informativi e audiovisivi fruibili dagli utenti e, quindi, sia idoneo a determinare una potenziale lesione dei diritti e degli interessi pubblici. [11]

Il monitoraggio dei mercati affidati all'Autorità acquista rilievo ai fini dell'espletamento delle funzioni istituzionali affidate alla Stessa. In particolare, ai sensi dell'art. 1, commi 28 e 29 del decreto legge 23 ottobre 1996, n. 545, al Garante per la radiodiffusione e l'editoria, prima, e all'Agcom poi, è stato attribuito, tra gli altri, il compito di determinare e acquisire dagli operatori di settore dei mercati monitorati i dati contabili ed extracontabili ritenuti rilevanti ai fini dell'espletamento delle funzioni istituzionali dell'Autorità.

2. La controversia.

L'Agcom al fine di espletare correttamente le funzioni attribuite dal dettato normativo aveva richiesto alla società Sky, in qualità di soggetto obbligato alla dichiarazione, i dati economici relativi alla IES per gli anni 2010, 2011 e 2012. Tuttavia, la società, ritenendosi obbligata alla comunicazione solo dei dati relativi ai ricavi che la stessa percepisce in quanto fornitore di servizi, forniva un valore dei ricavi da abbonamento *pay tv* non coerente con quanto dichiarato nella medesima voce presente nei bilanci di esercizio di riferimento. Il valore dichiarato da Sky era calcolato scomputando dal valore dei ricavi derivanti da abbonamento del fornitore di servizi di media audiovisivi i ricavi derivanti dalla commercializzazione di pacchetti di contenuti editi da terzi. La motivazione fornita dall'operatore era basata sulla considerazione che i ricavi afferenti all'attività di "piattaforma a pagamento", sarebbero stati riconducibili a un'attività di commercializzazione di SMA non ricadenti sotto la propria responsabilità editoriale, anche se aggregati in pacchetti e offerti su abbonamento da Sky. Il convincimento dell'operatore era fondato su una interpretazione letterale dell'art. 2, comma 1, lett. b) del TUSMAR, secondo cui l'elemento caratterizzante dell'attività del fornitore di SMA sarebbe la responsabilità editoriale dei contenuti trasmessi. Pertanto, sulla scorta di tale

esegesi la società aveva conseguentemente scomputato dalla voce “ricavi da abbonamento” come da bilancio, i ricavi afferenti all’attività di “piattaforma a pagamento”. La reiterata condotta di Sky per gli anni 2010, 2011, 2012, aveva indotto l’Autorità a rivolgere alla società diversi ordini volti all’acquisizione del valore dei ricavi da abbonamento *pay tv* coerente con il bilancio di esercizio. [12] La mancata comunicazione da parte della società di un valore dei ricavi coerente con la corrispondente voce “Canoni di abbonamento” di cui ai “Ricavi delle vendite e prestazioni di servizi” dei bilanci civilistici di riferimento non consentiva all’Autorità, nell’esercizio delle proprie funzioni istituzionali, di rilevare l’operatività di scala di Sky nel mercato della televisione a pagamento.

3. Brevi cenni sulla normativa di riferimento e sulla disciplina positiva relativa all’attività conoscitiva dell’Agcom in virtù delle censure opposte da Sky.

L’attività di fornitura di un servizi di media audiovisivo, come noto, è soggetta a specifica autorizzazione, nonché al rispetto delle disposizioni in materia di tutela del pluralismo e della concorrenza nei media di cui al Titolo VI del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177 recante “*Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*” (di seguito, Tusmar). Il medesimo decreto demanda all’Autorità precise competenze a tutela del pluralismo del settore dei media, quali le garanzie dell’accesso dei fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici alle piattaforme trasmissive, la valutazione delle intese e delle concentrazioni nel settore delle comunicazioni, ivi compresa l’adozione delle misure volte a rimuovere le posizioni lesive del pluralismo, e l’autorizzazione ai trasferimenti e le cessioni di proprietà di aziende radiotelevisive, per la diffusione delle trasmissioni via satellite, per i servizi di media audiovisivi lineari su altri mezzi di comunicazione e per i servizi a richiesta. In tale sede, tuttavia, non è possibile richiamare in dettaglio la disciplina che regola il settore audiovisivo. Pertanto – preliminarmente precisato che la questione in esame concerne il rifiuto opposto da Sky all’ordine rivolto dall’Autorità di comunicare il valore complessivo dei ricavi da abbonamento *pay tv* non riconducibili alla diretta responsabilità editoriale dell’emittente – si proverà a effettuare una breve analisi della normativa che regola l’attività conoscitiva dell’Autorità, evidenziando le previsioni che maggiormente rilevano nel caso sottoposto al vaglio del Consiglio di Stato. Posto che i poteri di monitoraggio affidati all’Autorità nel settore audiovisivo consentono alla Stessa di acquisire i dati contabili rilevanti per l’espletamento delle sue funzioni istituzionali, occorre rilevare come concretamente tali poteri si esplicano. In primo luogo, è opportuno richiamare l’art. 2, comma 20, lett. a), legge 481/95 [13], ai sensi del quale, per lo svolgimento delle proprie

funzioni, l'Autorità può richiedere, ai soggetti esercenti il servizio, informazioni e documenti sulle loro attività. I compiti affidati all'Autorità, pertanto, consentirebbero e giustificerebbero una richiesta d'informazioni agli operatori. Tuttavia, la delicatezza dei dati richiesti attraverso la IES non sembra prestarsi a giustificazione del rifiuto opposto dall'operatore in questione. In particolare, l'art.1, comma 6, lett. c), n. 7 della legge 249/1997 [14] ha espressamente stabilito una «[...] *verifica dei bilanci e dei dati relativi alle attività e alle proprietà dei soggetti autorizzati o concessionari del servizio radiotelevisivo* [...]», tale da consentire l'accesso da parte dell'Autorità anche a questi documenti. Conseguentemente, il rifiuto opposto alle richieste informative dell'Autorità determinerebbe l'adozione di adeguate sanzioni nei confronti degli operatori inottemperanti, secondo quanto previsto dai commi 29, 30 e 31 del medesimo articolo. [15]

Brevemente analizzato l'aspetto puramente formale e la piena legittimazione dell'Autorità alla richiesta dei dati di bilancio, occorre esaminare l'aspetto sostanziale della richiesta. A tal proposito, in virtù della strumentalità della IES all'attività di valorizzazione del SIC, rileva il richiamo all'art. 43 del Tusmar. La norma ha affidato all'Agcom il compito di verificare l'esistenza di posizioni dominanti nel SIC e conseguentemente di adottare le azioni necessarie a eliminarle e/o impedirne la formazione. In particolare, il comma 10 del richiamato articolo, nell'elencare le tipologie di ricavo che l'Autorità deve considerare nell'ambito dei tale attività di valorizzazione, menziona tra queste i ricavi da "*offerte televisive a pagamento*" [16]. Anche se dal testo della norma non sussiste alcuna limitazione con riferimento ai detti ricavi, l'operatore, ha invece opposto una diversa interpretazione della disciplina.

In particolare, Sky fondando la propria tesi sul combinato disposto del comma 10 dell'art. 43 e dell'art. 2, comma 1, lett. b) del Tusmar, ha ritenuto legittimo scomputare i ricavi derivanti dalla commercializzazione di pacchetti di contenuti editi da terzi. L'art. 2, comma 1, lett. b) del Tusmar definisce quale «[f]ornitore di servizi di media, la persona fisica o giuridica cui è riconducibile la responsabilità editoriale della scelta del contenuto audiovisivo del servizio di media audiovisivo[...]». L'interpretazione letterale dell'art. 2, comma 1, lett. b) del Tusmar – secondo cui l'elemento caratterizzante dell'attività del fornitore di SMA sarebbe la responsabilità editoriale dei contenuti trasmessi – ha portato la società a scomputare dalla voce "ricavi da abbonamento" come da bilancio, i ricavi afferenti all'attività di "piattaforma a pagamento".

Tuttavia, accanto a tali richiami, occorre effettuare un ulteriore riferimento normativo. La lettera s) del menzionato articolo [17], appare dirimente nella questione in esame, giacché nel fornire la definizione del SIC ricomprende anche i "*servizi media audiovisivi*", senza operare alcuna limitazione relativa alla responsabilità editoriale. Pertanto, ai fini di una corretta valorizzazione

dell'attività economica relativa ai servizi media audiovisivi la norma sembrerebbe richiedere la conoscenza dei ricavi derivanti dalla loro vendita al dettaglio, in qualunque forma essa avvenga.

4. L'iter giurisprudenziale: la decisione del Tar Lazio

La decisione in commento del Consiglio di Stato ha fornito un'esegesi normativa differente rispetto a quella che era stata fornita dai giudici di prima istanza. Il Tar aveva, invero, negato la fondatezza della pretesa conoscitiva dell'Autorità, considerando parzialmente legittime le censure mosse da Sky nei confronti degli *“ordini volti all'acquisizione del valore dei ricavi da abbonamento pay tv coerente con il bilancio di esercizio”*. I giudici di prime cure avevano considerato valida la comunicazione da parte di Sky dei soli ricavi riconducibili alla commercializzazione dei programmi editi dall'operatore, stante la configurabilità della responsabilità editoriale diretta della stessa società.

Il Tar aveva, infatti, rilevato l'invalidità della pretesa espressa dall'Autorità di ottenere la corrispondenza tra i dati forniti in sede di IES e quelli derivanti dai canoni di abbonamento riportati nei bilanci civilistici. La decisione dei giudici amministrativi di primo grado si fondava sulla considerazione che nella voce di bilancio afferente i ricavi da canoni di abbonamento non potrebbero rientrare solo proventi relativi all'attività di *“servizi di media audiovisivi”*. Pertanto, i contenuti commercializzati ma non editi dall'operatore, in assenza di responsabilità editoriale di quest'ultimo, non sarebbero soggetti ad alcun obbligo di comunicazione. In altri termini, l'esegesi della normativa di riferimento fornita dal Tar aveva circoscritto l'oggetto della IES ai soli contenuti editi direttamente da Sky.

Contestando la correttezza di tale interpretazione, l'Autorità, quindi, aveva proposto appello, sostenendo la riconducibilità alla IES di tutti i ricavi riferibili agli abbonamenti *pay tv* della piattaforma Sky a prescindere dalla responsabilità editoriale dei programmi ivi contenuti.

5. La decisione del Consiglio di Stato

Il Supremo Consesso ha rilevato inaccettabile l'esegesi della normativa preferita dai giudici di prime cure, in quanto confliggente con le disposizioni attributive del potere esercitato dall'Agcom. In particolare, la confliggenza, rilevata dal Consiglio di Stato, è stata riscontrata in termini applicativi considerandone gli aspetti soggettivi e oggettivi.

Il novero dei soggetti tenuti alla IES sembra non essere soggetto alle limitazioni rilevate in primo grado. I giudici, nella decisione in commento, hanno

richiamato l'art. 1, comma 28, d.l. n. 545/1996, che in quanto fonte attributiva del potere conferito all'Autorità legittima le richieste della Stessa e, in combinato con i regolamenti con cui l'Autorità ha disciplinato la IES, rileva l'univoca volontà di assoggettare agli obblighi di comunicazione in questione tutte le imprese operanti nel settore dei media. Il comma richiamato svolge un ruolo di identificazione dei soggetti sui quali ricadono gli obblighi di comunicazione di cui alla IES attraverso un'elencazione delle tipologie di imprese obbligate che termina includendo tutte le società che «[...] *comunque esercitano in qualsiasi forma e con qualsiasi tecnologia, attività di radiodiffusione sonora o televisiva*» [18]. L'estensione degli obblighi informativi alla totalità degli operatori televisivi manifesta il chiaro intento del legislatore di non operare una preclusione interpretativa riduttiva della portata applicativa della norma [19]. Non rileva, pertanto, secondo il Supremo Consesso la qualificazione dell'operatore – nella specie, fornitore di servizi media audiovisivi – considerando che la normativa di riferimento comprende tutte le imprese che operano nel mercato in questione. In altri termini, la stessa lettera della norma risulta idonea a comprendere, nel suo campo di applicazione soggettivo, anche i fornitori di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato, in quanto l'asserita tassatività e analiticità della norma richiamata è palesemente smentita dal tenore letterale della stessa. L'inciso del testo normativo sopra richiamato opera, infatti, un ampliamento soggettivo purché di fatto il soggetto svolga attività di radiodiffusione sonora o televisiva.

Riconosciuta l'ascrivibilità soggettiva di Sky agli obblighi comunicativi imposti attraverso la IES, i giudici hanno, altresì, rilevato l'ascrivibilità anche oggettiva. In altri termini, non essendo rilevabile nella normativa applicabile alcuna eccezione testuale dell'oggetto degli obblighi di comunicazione, questi non potrebbero essere soggetti a un'esegesi limitativa. Per tali ragioni, i giudici hanno rilevato l'illegittimità di una eventuale perimetrazione dell'oggetto della IES, la quale va riferita «*a tutti i dati economici astrattamente e genericamente riconducibili all'attività televisiva*».

In tale sede, tuttavia, non può non effettuarsi un breve cenno a una recente fattispecie posta al vaglio della Corte di giustizia UE [20]. Seppur, in una fattispecie parzialmente diversa [21], la Corte ha stabilito che la fornitura a titolo oneroso di un *bouquet* di servizi di diffusione radiofonica e audiovisiva ricevibili via satellite e ad accesso condizionato costituisca un servizio di comunicazione elettronica [22]. Tale classificazione subordina la prestazione del servizio a talune specifiche condizioni del settore delle comunicazioni elettroniche. [23] Se ne conclude che, le autorità nazionali sono legittimate a richiedere alle imprese che forniscono il servizio di comunicazioni elettronica

le informazioni necessarie per verificare l'osservanza delle condizioni relative alla tutela dei consumatori.

6. Conclusioni

La decisione del Consiglio di Stato sembra finalmente porre fine alla agognata vicenda in tema di ascrivibilità dell'intero volume dei ricavi da abbonamenti *pay tv* di Sky entro il perimetro della IES.

La soluzione adottata dal Supremo Consesso amministrativo appare pienamente condivisibile se si considera che l'operatore satellitare – che nell'ambito della vendita delle offerte televisive a pagamento, propone la commercializzazione di pacchetti i cui contenuti sono editi anche da terzi – riceve a fronte dei servizi erogati un corrispettivo, indipendentemente dalle dinamiche e dalle relazioni negoziali che si collocano nei mercati *wholesale* (e cioè a monte rispetto a quello *retail* della televisione a pagamento). In ragione di tale considerazione appare evidente che Sky, quale fornitore di pacchetti di contenuti, sia propri, sia editi da soggetti terzi, sia tenuto a fornire il valore dei ricavi derivanti dalla vendita al dettaglio di tali pacchetti, per la relativa valorizzazione dei servizi media audiovisivi. L'opposta soluzione determinerebbe, invece, serie ripercussioni per l'analisi dell'assetto concorrenziale del mercato della televisione a pagamento. I dati forniti dall'operatore, infatti, non sarebbero rappresentativi dell'operatività di scala dei Sky nel mercato della televisione a pagamento e, inoltre – non potendo essere in altro modo calcolati – creerebbero una palese divergenza tra i ricavi effettivamente ottenuti per la commercializzazione di siffatti pacchetti e i costi sostenuti dall'utente finale.

In altri termini, l'assenza di tali dati si ripercuoterebbe sulle finalità della IES che ne sarebbero compromesse. Se, invero, lo strumento dell'Informativa consente di acquisire i dati necessari alla ricostruzione della dimensione economica dei diversi mercati di riferimento e delle posizioni degli operatori che agiscono negli stessi, il dato relativo ai ricavi derivanti dalla vendita delle offerte televisive a pagamento risulta indispensabile per il calcolo delle quote dei diversi operatori presenti nel mercato della televisione a pagamento, e quindi per l'analisi concorrenziale di tale mercato.

La decisione del Supremo Consesso, rilevando la legittimità di includere i fornitori di servizi interattivi associati o di accesso condizionato tra i soggetti obbligati, alla stregua di altri operatori che sono presenti nel mercato in questione, ha finalmente determinato un'importante vittoria volta a garantire una maggior efficacia in termini di tutela del pluralismo e sviluppo di un sano regime concorrenziale.

Note

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Per un inquadramento generale dello strumento si rinvia a G. Cassano; I.P. Cimino, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, 2009; F. Bassan; E. Tosi, *Diritto degli audiovisivi*, Milano, 2012, pp. 55 e ss.; G. Cassano; A. Contaldo, *Internet e tutela della libertà di espressione*, Milano, 2009; M. Quaranta; M. Modugno, *Il livello di semplificazione degli adempimenti amministrativi a carico degli operatori della comunicazione: tempistiche e procedure*, in A. Di Amato (a cura di), *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, Napoli, 2011. Per una trattazione aggiornata alle novità introdotte dalla delibera Agcom n. 397/13/CONS, si rinvia a A. Preto, *In principio è la rete: suggestioni comunicative per una società connessa*, Venezia, 2014. Per gli aspetti sanzionatori in caso di violazione dell'obbligo di comunicazione, si rinvia a M. Fratini, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Milano, 2009, p. 897 e ss.

[2] La delibera n. 397/13/CONS, recante "*Informativa Economica di Sistema*" definisce all'art. 2, n. 1, lett. a), gli operatori di rete come «*i soggetti titolari del diritto di installazione, esercizio e fornitura di una rete di comunicazione elettronica su frequenze terrestri in tecnica digitale, via cavo o via satellite, e di impianti di messa in onda, multiplazione, distribuzione e diffusione delle risorse frequenziali che consentono la trasmissione dei programmi agli utenti*».

[3] La lettera b), n. 1, del medesimo articolo, già precedentemente richiamato alla nota n. 2, definisce i fornitori di servizi media audiovisivi (o SMA) o radiofonici lineari, intesi quali «*soggetti che hanno la responsabilità editoriale nella predisposizione di programmi televisivi o radiofonici destinati alla diffusione anche ad accesso condizionato su frequenze terrestri in tecnica digitale, nonché alla diffusione via cavo, via satellite o su altri mezzi di comunicazione elettronica e che sono legittimati a svolgere le attività commerciali ed editoriali connesse alla diffusione delle immagini o dei suoni e dei relativi dati*»; e fornitori di sma o radiofonici non lineari, ossia «*i soggetti che hanno la responsabilità editoriale nella predisposizione di un catalogo di programmi destinati alla diffusione anche ad accesso condizionato su frequenze terrestri in tecnica digitale, nonché alla diffusione via cavo, via satellite o su altri mezzi di comunicazione elettronica che possono essere fruiti al momento scelto dall'utente e che sono legittimati a svolgere le attività*

commerciali ed editoriali connesse alla diffusione delle immagini o dei suoni e dei relativi dati».

[4] La stessa delibera al medesimo articolo lett. c) definisce i fornitori di servizi interattivi associati e/o di servizi di accesso condizionato come *«i soggetti che forniscono, al pubblico o a terzi operatori, servizi di accesso condizionato, compresa la pay per view, mediante distribuzione di chiavi numeriche per l'abilitazione alla visione dei programmi, alla fatturazione dei servizi ed eventualmente alla fornitura di apparati, ovvero che forniscono servizi della c.d. "società dell'informazione" ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, ovvero forniscono una guida elettronica ai programmi».*

[5] La definizione di tali soggetti è fornita dalla medesima delibera, art. 1, lett. d), che ricomprende in tale categoria *«la società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo e i soggetti titolari di concessione, autorizzazione, o di altro provvedimento abilitativo, rilasciato dal Ministero dello Sviluppo Economico - Dipartimento per le Comunicazioni, per l'esercizio della radiodiffusione sonora o televisiva, via etere terrestre, con qualsiasi tecnica e modalità, ad accesso libero o condizionato, e per l'installazione e l'esercizio di impianti ripetitori via etere di programmi sonori e televisivi esteri e nazionali, nonché i soggetti a cui la legge impone gli stessi obblighi dei concessionari».*

[6] Analogamente la delibera definisce anche le concessionarie di pubblicità alla lett. e), considerandole come *«i soggetti che esercitano, direttamente o per conto di terzi, attività di negoziazione e conclusione di contratti di vendita di spazi pubblicitari da trasmettere mediante impianti radiofonici o televisivi o da diffondere su giornali quotidiani, periodici, sul web e altre piattaforme digitali fisse o mobili, sugli annuari, al cinema e attraverso agenzie di stampa».*

[7] Si ricomprendono nella classificazione *«le agenzie di stampa a carattere nazionale ex art. 27 della legge 416/81, i cui notiziari siano distribuiti in abbonamento a titolo oneroso, qualunque sia il mezzo di trasmissione utilizzato, ad almeno quindici testate quotidiane in cinque regioni, che abbiano alle loro dipendenze a norma del contratto nazionale di lavoro più di dieci giornalisti professionisti con rapporto a tempo pieno, indeterminato ed esclusivo, ed effettuino un minimo di dodici ore di trasmissione al giorno per almeno cinque giorni alla settimana»;* nonché *«le altre agenzie di stampa a rilevanza nazionale, i cui notiziari siano distribuiti in abbonamento, a titolo oneroso, qualunque sia il mezzo di trasmissione utilizzato, ad almeno un editore a carattere nazionale che realizzi un prodotto ai sensi della legge n. 62 del 2001, compresi i soggetti di cui alle lettere b), c), d) e g) del presente comma»* (lett. f), art. 1, n. 1 della delibera richiamata alle note precedenti).

[8] Nella categoria sono ricompresi dalla delibera alla lettera g) *«[g]li editori, anche in formato elettronico, di giornali quotidiani, periodici o riviste, altre pubblicazioni periodiche ed annuaristiche e altri prodotti editoriali»* In

particolare si tratta dei «[...] *soggetti editori di cui all'articolo 1, comma 1, e quelli equiparati di cui all'articolo 18, comma 1, della legge n. 416 del 1981, che pubblicano, anche in formato elettronico, testate diffuse al pubblico con periodicità quotidiana, o altri prodotti editoriali in misura superiore a dodici numeri l'anno; [nonché] gli altri soggetti editori, anche ad azionariato diffuso, che pubblicano, anche in formato elettronico, una o più testate giornalistiche diffuse al pubblico con regolare periodicità, ovvero prodotti realizzati su supporto informatico, destinati alla diffusione di informazioni presso il pubblico (con esclusione dei prodotti discografici o cinematografici), purché sotto la direzione di un giornalista o di un pubblicitario (art. 46, legge n. 69 del 1963; C. cost., sent. n. 98 del 1968); [e ancora] i soggetti editori di annuari*».

[9] Il settore dei mezzi di comunicazione si compone di una serie di mercati, distinti ma collegati fra di loro, che presentano una struttura a due versanti. Nel primo versante, i consumatori o utenti soddisfano attraverso il mezzo le proprie esigenze di informazione, comunicazione e intrattenimento. Nel secondo versante, gli inserzionisti di pubblicità domandano spazi pubblicitari all'editore del mezzo di comunicazione per promuovere i propri prodotti ai consumatori finali in cambio di un numero di contatti pubblicitari realizzati dal mezzo.

[10] In tal senso la delibera n. 397/13/CONS, recante "*Informativa Economica di Sistema*", in rispondenza dei principi espressi all'art. 21 Cost., all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e agli artt. 1 e 4, del d.lgs. n. 177/2005, recante "*Testo unico della radiotelevisione*".

[11] In questi termini anche A.M. Basso, *Informativa di sistema, tutela del mercato e delle comunicazioni*, in *Il Quotidiano Giuridico*, Milano, 2014.

[12] Cfr. gli ordini rivolti alla società con la delibera n. 48/12/CONS in data 25 gennaio 2012, in relazione al valore dei ricavi da abbonamento *pay tv* per l'anno 2010; con la delibera n. 536/12/CONS in data 8 novembre 2012, in relazione al valore dei ricavi da abbonamento *pay tv* relativi all'anno 2011; nonché con la delibera n. 665/13/CONS in data 28 novembre 2013, in relazione al valore dei ricavi da abbonamento *pay tv* per l'anno 2012.

[13] Si tratta della 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*".

[14] Si tratta della legge 31 luglio 1997, n. 249, recante "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*".

[15] Il comma 29 del richiamato articolo prevede che «[i] *soggetti che nelle comunicazioni richieste dall'Autorità espongono dati contabili o fatti*

concernenti l'esercizio della propria attività non rispondenti al vero, sono puniti con le pene previste dall'articolo 2621 del codice civile».

Il successivo comma 30 prevede che «[i] soggetti che non provvedono, nei termini e con le modalità prescritti, alla comunicazione dei documenti, dei dati e delle notizie richiesti dall'Autorità sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire un milione a lire duecento milioni irrogata dalla stessa Autorità».

Infine, il comma 31 prevede che « [i] soggetti che non ottemperano agli ordini e alle diffide dell'Autorità, impartiti ai sensi della presente legge, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire venti milioni a lire cinquecento milioni. Se l'inottemperanza riguarda provvedimenti adottati in ordine alla violazione delle norme sulle posizioni dominanti, si applica a ciascun soggetto interessato una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore al 2 per cento e non superiore al 5 per cento del fatturato realizzato dallo stesso soggetto nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della contestazione. Le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente comma sono irrogate dall'Autorità».

[16] Il comma 10 dispone che «[i] ricavi di cui al comma 9 sono quelli derivanti dal finanziamento del servizio pubblico radiotelevisivo al netto dei diritti dell'erario, da pubblicità nazionale e locale anche in forma diretta, da televendite, da sponsorizzazioni, da attività di diffusione del prodotto realizzata al punto vendita con esclusione di azioni sui prezzi, da convenzioni con soggetti pubblici a carattere continuativo e da provvidenze pubbliche erogate direttamente ai soggetti esercenti le attività indicate all'articolo 2, comma 1, lettera s) da offerte televisive a pagamento, dagli abbonamenti e dalla vendita di quotidiani e periodici inclusi i prodotti librari e fonografici commercializzati in allegato, nonché dalle agenzie di stampa a carattere nazionale, dall'editoria elettronica e annuaristica anche per il tramite di internet, da pubblicità on line e sulle diverse piattaforme anche in forma diretta, incluse le risorse raccolte da motori di ricerca, da piattaforme sociali e di condivisione, e dalla utilizzazione delle opere cinematografiche nelle diverse forme di fruizione del pubblico».

[17] La lettera s), comma 1, dell'art. 2 del Tusmar fornisce la definizione del "Sistema Integrato delle Comunicazioni". Il SIC è «[...] il settore economico che comprende 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».

[18] L'articolo prevede che il Garante per la radiodiffusione e l'editoria - oggi l'Autorità - «determina con propri provvedimenti da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, stabilendo altresì le modalità e i termini di comunicazione e con un

anticipo di almeno novanta giorni rispetto ai termini fissati, i dati contabili ed extra-contabili, nonché le notizie che i soggetti di cui agli articoli 11, commi secondo e quarto, 12, 18, commi primo, secondo e terzo, e 19, comma primo, della legge 5 agosto, 1981, n. 416, all'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 250, e successive modificazioni e integrazioni, agli articoli 12 e 21 della legge 6 agosto 1990, n. 223, e all'articolo 6, comma 3, del decreto-legge 27 agosto 1993, n. 323, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 ottobre 1993, n. 422, o che comunque esercitano, in qualsiasi forma e con qualsiasi tecnologia, attività di radiodiffusione sonora o televisiva, sono tenuti a trasmettere al suo ufficio, nonché i dati che devono formare oggetto di comunicazione da parte dei soggetti di cui agli articoli 5 della legge 25 febbraio 1987, n. 67, e 11 -bis del decreto-legge 27 agosto 1993, n. 323, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 ottobre 1993, n. 422».

[19] Diversamente, seguendo una forzata interpretazione letterale – fornita dall’operatore – si giungerebbe a escludere dal novero dei soggetti contemplati dalla norma i fornitori di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato. Tali soggetti, invece, secondo la ricostruzione offerta dal Supremo Consesso, sarebbero inclusi tra i soggetti obbligati all’invio della IES.

[20] Si veda la sentenza 30 aprile 2014, causa C-475/12, *UPC DTH Sàrl / Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnökhelyettese*.

[21] Il caso coinvolgeva una società commerciale registrata in Lussemburgo – UPC DTH Sàrl – fornitrice, agli abbonati residenti in alcuni Stati membri e, in particolare, in Ungheria, di *bouquet* di servizi di diffusione radiofonica e audiovisiva ad accesso condizionato ricevibili via satellite. Tuttavia, non essendo proprietaria di impianti satellitari, la UPC si avvaleva a tal fine dei servizi di terzi, non effettuando nel contempo alcun controllo editoriale sui programmi e calcolando il prezzo finale sulla base dei costi di trasmissione e dei diritti d’uso corrisposti agli organismi di radiodiffusione e alle società di gestione collettiva per la diffusione dei loro contenuti. La domanda pregiudiziale alla Corte veniva presentata nell’ambito di una controversia tra la UPC e il *Nemzeti Média - és Hírközlési Hatóság Elnökhelyettese* (vicepresidente dell’Autorità nazionale delle comunicazioni e dei media), in merito a un procedimento di vigilanza del mercato ungherese delle comunicazioni elettroniche promosso contro la UPC. Anche in tale fattispecie, seppur per vicende parzialmente differenti da quelle intercorrenti tra Agcom e Sky (nella fattispecie veniva opposta la mancata legittimazione delle richieste dell’Autorità per difetto di competenza internazionale e sostanziale), l’operatore contestava all’Autorità l’obbligo di fornire la documentazione e le informazioni richieste nell’ambito di un procedimento di vigilanza del mercato.

[22] Tali servizi, ai sensi della direttiva quadro – n. 98/84/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 1998, sulla tutela dei servizi ad

accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato – sono definiti come «servizi forniti di norma a pagamento consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ma ad esclusione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti; sono inoltre esclusi i servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 1 della direttiva 98/34/CE non consistenti interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica [...]».

[23] Per una disamina approfondita della normativa in materia di comunicazioni elettroniche si rinvia a M. Siragusa; S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002; R. Bell, N. Ray, *EU electronic communications law*, Oxford, 2004; G. De Minico, *Le direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*, in P. Costanzo; G. De Minico; R. Zaccaria (a cura di), *I tre codici della società dell'informazione*, Torino, 2006; F. Donati, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007; R. Mastroianni, *L'influenza del diritto comunitario nel settore dell'audiovisivo*, in A. Tizzano (a cura di), *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Torino, 2008. Per un approfondimento in merito alla revisione delle direttive in materia di comunicazioni elettroniche operata dalla direttiva n. 2009/140/CE si rinvia a G. Morbidelli; F. Donati, *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2009 e F. Bassan, *Diritto delle comunicazioni elettroniche, telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010. Per una visione d'insieme si rinvia a R. Mastroianni, *La direttiva sui servizi di media*, Torino, 2011.