



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

SENATO DELLA REPUBBLICA – IV COMMISSIONE PERMANENTE (POLITICHE
DELL'UNIONE EUROPEA)

**AUDIZIONE DEL PRESIDENTE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA
CONCORRENZA E DEL MERCATO DR. ROBERTO RUSTICHELLI,
IN MERITO ALLA
PROPOSTA DI REGOLAMENTO (UE) COM (2022) 457 (QUADRO COMUNE PER I
SERVIZI DI MEDIA NELL'AMBITO DEL MERCATO INTERNO).**

10 GENNAIO 2023

Signor Presidente, onorevoli Senatrici e Senatori,

Vi ringrazio per aver offerto all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato l'opportunità di esprimere il proprio parere in merito a un provvedimento che appare caratterizzarsi per una forte impronta innovativa.

Per la prima volta, infatti, l'Unione Europea decide di intervenire su una materia tradizionalmente lasciata all'autonomia degli Stati membri, ossia il pluralismo dei media, settore nel quale risulta essenziale garantire l'equilibrio tra libertà economiche e diritti fondamentali.

Al riguardo, osservo sin d'ora che la proposta di Regolamento in esame pone l'Europa in una condizione avanzata nel perseguire un obiettivo di grande rilievo valoriale e nel definire un quadro di regole omogenee per tutti gli Stati membri.

Fino ad oggi infatti le uniche norme che consentivano un intervento dell'Unione europea su questa materia erano l'articolo 7 del Trattato (TUE), che la autorizza a intraprendere iniziative allorché vi sia un chiaro rischio di violazione del pluralismo, come noto tra i valori fondanti dell'Unione, nonché l'articolo 21, paragrafo quarto, del Regolamento (CE) n. 139 del 2004 sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, che consente agli Stati membri di adottare misure appropriate per preservare il pluralismo nel caso di operazioni che siano state approvate dalla Commissione.

In nessuno dei due casi, tuttavia, le citate norme hanno espresso le loro potenzialità.

Con la proposta di Regolamento, la Commissione persegue l'obiettivo di migliorare il

funzionamento del mercato interno dei media ed assume il ruolo di tutore del pluralismo in Europa.

Il riferimento in questa sede alla veste di “tutore” e non già a quella di legislatore trova giustificazione nella circostanza che la Commissione con la proposta in esame non si spinge fino a uniformare le norme interne sulla tutela del pluralismo nei singoli Stati.

Per fare un esempio che ci riguarda da vicino, le norme contenute nel Testo unico italiano sui media, che ereditano dalla c.d. legge Gasparri il controllo sulle posizioni dominanti lesive del pluralismo, mantengono la loro efficacia.

Ciò nondimeno, la proposta non lascia più piena discrezionalità agli Stati membri nel dettare la disciplina a tutela del pluralismo.

Nel progetto legislativo si afferma, infatti, che tutte le misure che incidono sul funzionamento del mercato interno dei media devono essere proporzionate e, nel merito, soggette allo scrutinio della Commissione e del Comitato europeo per i servizi di media che sostituisce l'ERGA¹, dando nuovo slancio alla cooperazione interistituzionale tra le autorità.

Nessuno Stato, pertanto, potrà d'ora in poi adottare misure non proporzionate, ossia che non considerino adeguatamente l'impatto delle concentrazioni nel mercato dei media sul pluralismo informativo e sull'indipendenza editoriale.

Del resto, emblematica in questo senso risulta la valutazione del principio di proporzionalità compiuta dalla Corte di Giustizia in ordine all'articolo 43 del d. lgs. 177/2005, così come applicato da AGCOM nel noto caso “Vivendi”, laddove ha ravvisato una compressione del diritto di stabilimento sancito dall'articolo 49 del Trattato (TFUE) non giustificata dall'obiettivo di tutela del pluralismo².

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva peraltro avuto occasione di segnalare al Parlamento, con un parere adottato l'8 settembre 2021³, il rischio che il testo dell'articolo 51 del d. lgs. 208 del 2021⁴, che modificava la disposizione normativa previgente, determinasse l'insorgere di alcune criticità.

Si era in quella sede evidenziato come la scarsa chiarezza della definizione dei rapporti tra l'intervento a tutela della concorrenza e quello a protezione del pluralismo, potesse dare luogo ad un'innaturale commistione di fattispecie proprie della regolamentazione a tutela del pluralismo stesso con quelle tipiche della tutela *antitrust*.

¹Il Gruppo dei regolatori europei per i servizi di media audiovisivi.

²Corte di Giustizia, sentenza 3 settembre 2020, causa C-719/18. Nel caso citato, il Giudice europeo ha in particolare ritenuto che “l'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro che ha l'effetto di impedire ad una società registrata in un altro Stato membro, i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai fini di tale normativa, siano superiori al 40% dei ricavi complessivi di tale settore, di conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo”.

³AS1789 - Recepimento della direttiva UE 2018/1808 (SMAV).

⁴Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208 recante “Attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato”.

Si era altresì sottolineato come da ciò potessero determinarsi sovrapposizioni di competenze e inefficienti duplicazioni di procedimenti amministrativi, che rischiano di prodursi allorché gli strumenti tipici dell'analisi *antitrust* vengono impiegati per il perseguimento di obiettivi non sempre coincidenti con la salvaguardia della concorrenza, quali nel caso di specie quelli di protezione del pluralismo informativo.

A sostegno di tale tesi può peraltro rammentarsi che la legge n. 287 del 1990, che ha introdotto nel nostro ordinamento le norme di tutela della concorrenza e istituito l'Autorità, inizialmente incardinava nell'allora Garante per l'Editoria il potere di adottare provvedimenti in applicazione delle stesse norme laddove fossero coinvolte imprese operanti nel settore dei media, dietro parere non vincolante dell'AGCM.

Successivamente il legislatore, resosi conto che la concentrazione in capo ad un unico ente dei compiti di tutela della concorrenza e del pluralismo nei media poteva essere fonte di distorsioni e commistioni dell'applicazione delle norme antitrust, ha capovolto l'assetto delle competenze, conferendo all'AGCM il potere di intervento in materia di tutela della concorrenza anche nel settore dei media, sentito il parere del regolatore (l'AGCOM).

Venendo al merito del provvedimento, evidenzio che, nelle parti che più da vicino interessano l'Autorità, esso annovera disposizioni che si iscrivono apprezzabilmente in un più ampio disegno di buon funzionamento dei mercati.

Mi riferisco alle previsioni sul corretto funzionamento del servizio pubblico, cominciando dalla sua organizzazione - ispirata a criteri trasparenti, aperti e di non discriminazione - per passare all'allocazione dei fondi pubblici, sottoposti a garanzie di pluriennalità, per finire con la distribuzione equa della pubblicità istituzionale⁵.

Non vi è dubbio, tuttavia, che le disposizioni più significative dal punto di vista concorrenziale sono contenute all'articolo 21, rubricato "*Valutazione delle concentrazioni del mercato dei media*".

Condivisibilmente, la norma prevede a tal proposito che la valutazione all'insegna del pluralismo rimanga distinta da quella effettuata ai fini antitrust⁶ e, per dare sostanza a questa partizione, indica tre elementi fondamentali per soppesare l'impatto di una concentrazione sul pluralismo dei media. In primo luogo, vengono in rilievo gli effetti sulla formazione della pubblica opinione, tenuto conto anche dell'ambiente *online*; in secondo luogo, le garanzie per l'indipendenza editoriale; in terzo luogo, la probabilità che, in assenza di concentrazione, l'entità acquirente e l'entità acquisita rimangano economicamente sostenibili⁷.

La portata autenticamente innovativa del citato articolo 21 risiede nel fatto che, per la prima volta nella storia dell'Unione europea, viene definito in modo puntuale il significato di impatto sul pluralismo.

⁵ V. articoli 5 e 24 della proposta di Regolamento.

⁶ V. articolo 21, par. 1, della proposta di Regolamento ai sensi del quale "*La valutazione di cui al presente paragrafo è distinta da quella a norma del diritto della concorrenza, comprese quelle previste dalle norme sul controllo delle concentrazioni. Essa non pregiudica l'articolo 21, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 139/2004 ove applicabile*".

⁷ V. art. 21, par. 2, della proposta di Regolamento.

Ed è ancor più apprezzabile che la Commissione non si sia limitata ad introdurre specifiche disposizioni in materia, ma abbia annunciato la pubblicazione di linee guida sui fattori da prendere in considerazione per l'applicazione dei criteri di valutazione dell'impatto delle concentrazioni sul pluralismo.

Se questa è la previsione più importante in ottica concorrenziale, non mancano altre disposizioni meritevoli di attenzione, atteso che incidono su profili che in passato sono stati oggetto di scrutinio da parte dell'Autorità sia in materia di tutela della concorrenza che di tutela del consumatore.

Mi riferisco, in particolare, alla trasparenza dei sistemi di misurazione dell'*audience* ad oggi piuttosto opachi nel mondo *online*, eppure essenziali per consentire una allocazione della pubblicità che non sia distorta a favore di pochi operatori, nonché al diritto dell'utente di modificare facilmente le impostazioni predefinite di qualsiasi dispositivo o interfaccia per personalizzare l'offerta.

Sotto il primo profilo, viene in rilievo l'articolo 23 della proposta di Regolamento.

I commi 1 e 2 correttamente introducono principi di trasparenza, imparzialità, inclusività, proporzionalità, non discriminazione e verificabilità, nonché obblighi, in capo ai fornitori di sistemi di misurazione dell'*audience*, di fornire gratuitamente informazioni complete e precise sulla metodologia utilizzata.

Si tratta di un requisito essenziale per il corretto funzionamento del mercato della raccolta pubblicitaria, fonte di finanziamento per varie tipologie di media.

Al riguardo, ancorché si tratti di un intervento risalente nel tempo, è opportuno citare l'istruttoria conclusa dall'Autorità nel 2011 (caso A422 - *Sky Italia/Auditel*) e concernente un abuso di posizione dominante di Auditel, soggetto incaricato della misurazione dell'*audience* e controllato congiuntamente da RAI e Mediaset; la condotta restrittiva della concorrenza si era sostanziata, in particolare, nel rifiuto di fornire ad un'emittente televisiva dati precisi e dettagliati sugli ascolti, nonché nell'adozione di una metodologia di misurazione errata che distorceva i dati raccolti a favore degli *incumbent*.

Tale precedente è tuttora significativo nel sottolineare l'esigenza che la misurazione dell'*audience*, effettuata da soggetti privati, sia svolta con criteri trasparenti e non discriminatori.

Se l'impostazione del citato articolo 23 pare conformarsi a questa logica, è utile comunque evidenziare una criticità, laddove il comma 3 prevede che le autorità e gli organismi di regolazione nazionale incoraggino l'elaborazione di codici di condotta da parte dei fornitori di sistemi di misurazione dell'*audience*, insieme a fornitori di servizi di media ed organizzazioni che li rappresentino.

Se in linea di principio tale previsione è da apprezzare, poiché contribuisce alla trasparenza del mercato e alla determinazione di condizioni di base uguali per tutti, è indispensabile che nella fase di concreta attuazione, tali codici di condotta si limitino a disciplinare i principi di *audit*

trasparenti e indipendenti senza investire, né direttamente né indirettamente, aspetti concernenti le politiche commerciali degli operatori interessati con il conseguente rischio di favorire collusioni anche tacite a danno della concorrenza.

Inoltre, come ben esplicitato al considerando 9, nonché ai considerando 45 e seguenti della proposta di Regolamento, l'approccio di autoregolamentazione utilizzato da vari operatori *online* nella misurazione dell'*audience* può risultare problematico in quanto i sistemi proprietari possono divergere dalle norme settoriali.

Il possesso, da parte dei soggetti che la proposta definisce “fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi” - concetto che rimanda alle previsioni del *Digital Markets Act* (DMA) - di dati che possono essere essenziali per l'attività di altri operatori è una criticità su cui le autorità antitrust hanno iniziato ad intervenire.

L'Autorità italiana aveva ben percepito questa esigenza, avviando tempestivamente il procedimento A542 - *Google nel mercato del display advertising*, e successivamente assunto, data la rilevanza anche europea della condotta, dalla Commissione⁸.

Al centro delle verifiche dell'Autorità erano le condotte consistenti nella cessazione, da parte della piattaforma *online* verticalmente integrata, della fornitura agli operatori di *digital advertising* di informazioni rilevanti ai fini della c.d. “*targhetizzazione*” delle campagne pubblicitarie nel *display advertising*, sul presupposto che potessero restringere la concorrenza a danno degli operatori non verticalmente integrati, consolidando la posizione dominante dell'operatore principale.

Proprio tale caso evidenzia come sia essenziale che la previsione dell'articolo 23 della proposta di Regolamento sia applicata anche agli operatori *online*, non solo per la tutela del pluralismo, ma anche per garantire una concorrenza non distorta tra tutti gli operatori: concorrenza che, in ultima analisi, può avere effetti benefici anche in termini di pluralismo.

Per altro verso, viene in rilievo la previsione contenuta nell'articolo 19 della proposta di Regolamento, che prevede il diritto per gli utenti di modificare facilmente le impostazioni predefinite di qualsiasi dispositivo ed interfaccia utente, che gestisce l'accesso ai servizi di media audiovisivi, sì da consentire una personalizzazione dell'offerta in base alle preferenze o agli interessi degli utenti stessi.

Tale previsione assegna al consumatore la sovranità nel gestire le offerte commerciali, in modo da non essere indotto ad effettuare scelte di tipo economico “forzate” dalle impostazioni predefinite.

Ciò presenta analogie con una consolidata linea di intervento adottata dall'Autorità nell'applicazione delle norme euro-unitarie in materia di pratiche commerciali scorrette, così come recepite nel Codice del Consumo.

Sono numerosi i casi in cui l'Autorità, successivamente confortata anche dalla giurisprudenza amministrativa, ha stabilito il diritto del consumatore all'*opt-in*, ossia alla scelta se aderire o meno

⁸ Il caso dinanzi alla Commissione è tuttora in corso.

alle opzioni di “arricchimento” dell’offerta commerciale presentata *online*, rispetto all’*opt-out* ossia alla automatica pre-impostazione da parte del professionista di tali scelte, che il consumatore deve disattivare di sua iniziativa, finendo spesso, per inerzia o inconsapevolezza, per pagare prodotti o servizi che altrimenti non avrebbe acquistato.

Si può citare, tra tutti, il caso degli acquisti *in-app*, chiuso nel 2015 (PS8754 – *Applicazioni apparentemente gratuite sul web*), con cui l’Autorità, in coordinamento con altre autorità europee, ha reso obbligatori degli impegni di Google oltre che di Amazon che prevedevano la possibilità per il consumatore di modificare le impostazioni di base delle applicazioni *online*, così da impedire che l’utilizzo delle stesse *app* conducesse in automatico all’acquisto inconsapevole di ulteriori servizi.

Questo caso ha rappresentato una pietra miliare nell’affermare il principio, utilizzato anche in numerosi successivi procedimenti istruttori⁹, secondo il quale il consumatore ha diritto a configurare le modalità di fruizione e di acquisto dei servizi *online* in base alle proprie preferenze.

Per tale motivo l’Autorità accoglie con favore la previsione dell’articolo 19 della proposta di Regolamento.

Infine, sotto altro profilo assai pregevole deve considerarsi la circostanza che la Commissione abbia preferito affidarsi nel nuovo contesto dei media digitali ad una calibrata sintesi di autoregolazione, co-regolazione e supervisione *top down*.

E’ questa senz’altro la scelta più appropriata per responsabilizzare il mondo delle imprese che non devono percepire le regole di condotta come fastidiosi oneri burocratici, bensì come le coordinate entro cui poter correttamente operare, in piena coerenza con il DSA, di recente approvazione.

Ragguardevole è a tal proposito l’aver espressamente previsto¹⁰ per le piattaforme digitali di grandi dimensioni una procedura da esse stesse gestita per i reclami dei fornitori di servizi di media che siano stati espulsi dalle stesse piattaforme, con la conseguenza che le parti sono tenute ad avviare tra di loro - per riprendere le parole stesse della Commissione - “un dialogo significativo ed efficace”.

Vi ringrazio per l’attenzione.

⁹ Si veda, ad esempio, il procedimento PS11147 - *Google Drive Sweep 2017*, all’esito del quale la società Google è stata sanzionata per avere applicato un sistema di preselezione delle opzioni di scelta sul trasferimento dei dati degli utenti in violazione degli articoli 24 e 25 del Codice del Consumo, in quanto limitativo della libertà di scelta del consumatore nella misura in cui era stato indotto ad assumere decisioni di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

¹⁰ V. articolo 17 della proposta di Regolamento.