

# La sentenza della Corte di giustizia Ue nel caso Vivendi e la revisione della disciplina italiana in materia di pluralismo\*

*di Ernesto Apa e Marana Avvisati\*\**

## 1. *L'espansione di Vivendi in Italia*<sup>1</sup>

Vivendi S.A. è una società di diritto francese, al vertice di un importante gruppo industriale attivo nel settore dei media in ambito internazionale. Tra giugno 2015 e dicembre 2016, Vivendi ha progressivamente acquisito il 23,94% nel capitale di Telecom Italia S.p.A., divenendone il principale azionista e conquistando la maggioranza dei seggi nel consiglio di amministrazione a seguito dell'assemblea degli azionisti tenuta il 4 maggio 2017. Parallelamente, Vivendi stringeva un accordo di partnership con il gruppo Mediaset, ma tra i due partner sorgevano presto dei contrasti che inducevano Vivendi a condurre una campagna ostile

\*E' il testo del capitolo XII di ASTRID, *La televisione del futuro. Le prospettive del mercato televisivo nella transizione digitale*, a cura di F. Bruno, V.Lobianco, A. Perrucci e A. Preta, Bologna il Mulino, giugno 2023

\*\*Pur essendo questo articolo il prodotto di una riflessione comune, i paragrafi 1-4 sono da attribuirsi ad Ernesto Apa, il paragrafo 5 con i relativi sottoparagrafi è stato redatto da Marana Avvisati.

<sup>1</sup> I primi paragrafi riprendono, con opportuni rimaneggiamenti, E. Apa, *Sic et non: nel caso Vivendi la Corte di giustizia censura le incongruenze della disciplina italiana a tutela del pluralismo dell'informazione*, in «Rivista di diritto dei media», 2021.

nell'ambito della quale acquisiva a dicembre 2016 il 28,8% del capitale sociale di Mediaset S.p.A., pari al 29,94% dei diritti di voto. Il controllo di Mediaset restava comunque saldamente in mano al suo storico azionista di maggioranza, Fininvest S.p.A.<sup>2</sup>.

Il 20 dicembre 2016 Mediaset presentava un esposto all'Agcom, segnalando la violazione, da parte di Vivendi, dell'art. 43, comma 11, del TUSMAR - Testo unico sui servizi media audiovisivi e radiofonici<sup>3</sup>, a mente del quale

[I]e imprese, anche attraverso società controllate o collegate, i cui ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai sensi dell'articolo 18 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, sono superiori al 40 per cento dei ricavi complessivi di quel settore, non possono conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni ricavi superiori al 10 per cento del sistema medesimo.

Il Sistema integrato delle comunicazioni (Sic), contro-verso istituito introdotto dalla legge 3 maggio 2004, n. 112, c.d. legge Gasparri, è definito come

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 media audiovisivi; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni<sup>4</sup>.

## 2. *Il provvedimento di Agcom*

In primo luogo, l'Autorità ha proceduto ad accertare quale fosse la quota di ricavi detenuta da Telecom nel settore delle comunicazioni elettroniche. Presupposto per l'applicazione del limite ridotto del 10% del Sic fissato al comma

<sup>2</sup> Per reagire alla scalata, Fininvest acquistava altre azioni Mediaset, incrementando il proprio pacchetto dal 34% al 39,53%, pari al 41,09% dei diritti di voto esercitabili.

<sup>3</sup> D.lgs. 31 luglio 2005, n. 177.

<sup>4</sup> Art. 2, comma 1, lett. s) del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, TUSMAR.

11 dell'art. 43 TUSMAR è infatti il conseguimento di ricavi superiori al 40% dei ricavi complessivi del settore delle comunicazioni elettroniche «come definito ai sensi dell'articolo 18 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259»; qualora tale condizione non fosse soddisfatta, si applicherebbe il limite generale del 20% del Sic previsto al comma 9 del medesimo articolo, soglia che certamente non era stata oltrepassata da alcuno. Ad avviso dell'Autorità, il perimetro che delimita il settore delle comunicazioni elettroniche va individuato tenendo conto esclusivamente dei mercati rilevanti suscettibili di regolamentazione *ex ante*. Pertanto, il settore delle comunicazioni elettroniche comprende i seguenti mercati: *i*) servizi al dettaglio da rete fissa, *ii*) servizi all'ingrosso da rete fissa, *iii*) servizi all'ingrosso da rete mobile e *iv*) servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali. Secondo la rilevazione annuale condotta dall'Agcom ai fini dell'elaborazione della *Relazione annuale* presentata al Parlamento nel luglio 2016, nel 2015 le risorse del settore delle comunicazioni elettroniche, così sagomato, ammontavano a più di 15 miliardi di euro (15.361 milioni di euro) e nel medesimo periodo i ricavi conseguiti da Telecom in tale settore risultavano essere pari a circa 8 miliardi e mezzo, corrispondenti al 55,9% dei ricavi totali del settore. L'Agcom ha poi richiamato i dati asseverati con delibera n. 10/17/CONS del 12 gennaio 2017, secondo cui il valore complessivo del Sic nel 2015 risultava essere pari a poco più di 17 miliardi di euro, i ricavi di Mediaset e delle proprie controllate, pari a 2.275 milioni di euro, corrispondevano al 13,3% del Sic, mentre i ricavi conseguiti da Telecom nel Sic erano pari allo 0,17% del medesimo.

Stabilito che Telecom conseguiva nel settore delle comunicazioni elettroniche ricavi superiori al 40% di quel settore e che Mediaset, attraverso le proprie controllate, conseguiva ricavi superiori al 10% del Sic, occorre indagare i rapporti che intercorrevano fra Vivendi e le predette società. Vivendi poteva esprimere più di un decimo dei voti nell'ambito dell'assemblea ordinaria di Mediaset; essendo quest'ultima una società quotata in borsa, risultava integrata la condizione al ricorrere della quale opera la pre-

sunzione di sussistenza di influenza notevole contemplata dall'art. 2359, comma 3 c.c. L'Agcom ha ritenuto che «nel corso delle verifiche svolte non [fossero] tuttavia emersi elementi che, allo stato, consent[issero] di qualificare la posizione di Vivendi come socio di controllo di Telecom», fermo restando che Vivendi era «sicuramente in grado di esercitare un'influenza notevole in Telecom» e pertanto sussistevano «le condizioni previste dall'articolo 2359 comma 3 [del codice civile], per qualificare Vivendi come società collegata a Telecom»<sup>5</sup>. A tal riguardo, è degno di nota che successivamente all'adozione della delibera 178/17/CONS, il 4 maggio 2017 si tenne l'assemblea dei soci di Telecom, nel corso della quale Vivendi nominò la maggioranza dei consiglieri di amministrazione, circostanza sulla scorta della quale sia la Consob-Commissione nazionale per le società e la borsa che la Commissione europea hanno ritenuto che «almeno» a far data da quell'assemblea Vivendi avesse assunto il controllo di Telecom<sup>6</sup>.

L'Agcom era infine chiamata a valutare se i ricavi conseguiti rispettivamente da Telecom e da Mediaset (*rectius*, dalle società controllate da Mediaset) fossero imputabili a Vivendi. La risposta dell'Autorità è stata affermativa. Nel corso del procedimento Vivendi aveva sostenuto che fossero riferibili a Vivendi solo i ricavi delle società da questa controllate, esponendo che:

[L]e società che detengono una partecipazione minoritaria in un'altra società, per quanto rilevante ai sensi dell'articolo 2359, comma 3, del codice civile, non conseguono «ricavi» tramite la partecipata, ma solo dividendi (per la quota parte loro spettante) qualora ne sia deliberata la distribuzione. [...] Solo in presenza di una relazione di controllo o «influenza dominante» è possibile sostenere che una società «consegua» determinati ricavi<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Così Agcom, delibera n. 178/17/CONS, pp. 40 s.

<sup>6</sup> Cfr. Commissione europea, decisione del 30 maggio 2017 nel caso M.8465, *Vivendi/Telecom Italia*; Consob, comunicazione n. 0106341 del 13 settembre 2017.

<sup>7</sup> Agcom, delibera n. 178/17/CONS, p. 7.

L'Agcom rifiutava la tesi di Vivendi per vari ordini di ragioni, tra l'altro evidenziando che, alla luce del tenore letterale della disposizione, «anche i ricavi delle società collegate devono venire in rilievo e, in questo senso, devono essere considerati come interamente riconducibili all'impresa che detiene la relativa partecipazione»<sup>8</sup>; quindi a Vivendi dovevano essere imputati non solo i ricavi delle società da questa controllate, ma anche quelli delle società a esse collegate, con la conseguenza che la soglia fissata dall'art. 43, comma 11 del TUSMAR risultava essere stata valicata.

All'esito di un'istruttoria durata poco meno di quattro mesi, con delibera n. 178/17/CONS del 18 aprile 2017 l'Agcom accertava che la posizione detenuta da Vivendi integrava la violazione segnalata da Mediaset e ne ordinava a Vivendi la rimozione entro dodici mesi. Vivendi da un lato ottemperava all'ordine impartito dall'Autorità e il 6 aprile 2018 trasferiva a una società indipendente, la Simon Fiduciaria S.p.A., il 19,19% delle azioni Mediaset, pari al 19,95% dei diritti di voto, mantenendo la titolarità di un pacchetto di azioni inferiore al 10% dei voti esercitabili nell'assemblea degli azionisti; dall'altro, con ricorso notificato il 16 giugno 2017, impugnava dinanzi al Tar Lazio il provvedimento dell'Agcom.

### *3. La sentenza della Corte di giustizia*

Nel corso del giudizio, il Tar Lazio ha sottoposto alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziali<sup>9</sup>, trattate congiuntamente dai giudici di Lussemburgo. Con la sentenza del 3 settembre 2020 (causa C-719/18), la Corte di giustizia dell'Unione europea, ha dichiarato che:

[l']articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro che ha l'effetto di

<sup>8</sup> Agcom, delibera n. 178/17/CONS, p. 38.

<sup>9</sup> Tar Lazio, Sezione Terza, ordinanza n. 10654/2018, depositata il 5 novembre 2018.

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.

La statuizione della Corte è coerente con le conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona il 18 dicembre 2019.

3.1. *Il parametro del giudizio: la libertà di stabilimento (art. 49 Tfu)*

La Corte di giustizia identifica il parametro del giudizio nella libertà di stabilimento garantita dall'art. 49 Tfu.

Il Tar chiedeva alla Corte di esprimersi sulla legittimità della disciplina italiana alla stregua di tre libertà sancite dal trattato: libera circolazione dei capitali (art. 63 Tfu), libera circolazione dei servizi (art. 56 Tfu) e libertà di stabilimento (art. 49 Tfu). La Corte rapidamente sgombra il campo dall'art. 56, rilevando che il caso pendente dinanzi al Tar non verte sulla prestazione transfrontaliera di servizi. Quanto alla libera circolazione di capitali, essa viene in considerazione rispetto a disposizioni nazionali applicabili al caso in cui un'impresa acquisisca partecipazioni in un'altra impresa a mero scopo di investimento, senza l'intenzione di ingerirsi nella gestione. Ricadono invece nella sfera di applicazione dell'art. 49 Tfu le norme destinate ad applicarsi alle acquisizioni di partecipazioni che consentono di esercitare una sicura influenza sulle decisioni di una società e di determinare le attività di quest'ultima. L'art. 43 TUSMAR mira a contrastare l'acquisizione di posizioni lesive del pluralismo, limitando il controllo che può essere esercitato sulle imprese attive nel Sic. Inoltre, la posizione di Vivendi in Telecom certamente costituisce esercizio del diritto di stabilimento e anche l'obiettivo perseguito da Vivendi rastrellando azioni Mediaset appare essere quello di assumere

un ruolo gestionale nell'ambito della società (pur essendo astrattamente compatibile anche con quello di realizzare una partecipazione finanziaria). Alla luce di tali considerazioni, la Corte decide di concentrarsi esclusivamente sulla libertà di stabilimento, in quanto più pertinente. L'Avvocato generale, al riguardo, ha avuto cura di precisare che comunque l'esito della valutazione non sarebbe sensibilmente differente ove si tenesse conto delle esigenze della libera circolazione di capitali, attesa la convergenza della giurisprudenza relativa alle due libertà in discorso.

La Corte non considera quale parametro di giudizio neanche la direttiva sui servizi media audiovisivi e la direttiva quadro sui servizi di comunicazione elettronica, pure invocate dal giudice del rinvio. In primo luogo, la Corte ritiene che *prima facie* la normativa italiana non contrasti con dette direttive; inoltre, rileva che entrambe le direttive non procedono a un'armonizzazione esaustiva delle normative nazionali, ma lasciano agli Stati membri un margine di discrezionalità, per cui l'eventualità che la normativa italiana ecceda tale discrezionalità deve essere valutata alla luce del solo diritto primario, ossia, nel caso di specie, dell'art. 49 Tfeue.

### 3.2. *La tutela del pluralismo può giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento*

L'art. 43, comma 11, del TUSMAR non dà luogo ad alcuna discriminazione sulla base della nazionalità: si applica indifferentemente tanto alle imprese italiane quanto a quelle straniere. L'assenza di discriminazione, però, non basta a renderlo compatibile con l'art. 49 Tfeue: quest'ultimo risulta violato da qualunque disciplina nazionale che ponga ostacoli o remore all'esercizio del diritto di stabilimento. La norma italiana in parola costituisce quindi una restrizione alla libertà di stabilimento in quanto, sia pure senza accedere a meccanismi discriminatori, comunque ha limitato il diritto di Vivendi di stabilirsi in Italia, impedendole di attuare i propri piani.

Nondimeno, per costante giurisprudenza una compressione della libertà di stabilimento è ammissibile ove giustificata da motivi imperativi di interesse generale. La Corte, nel solco di un consolidato orientamento, afferma con nettezza che il pluralismo dei media costituisce «incontestabilmente» un obiettivo di interesse generale a fronte del quale la libertà di stabilimento è recessiva<sup>10</sup>.

3.3. *L'art. 43, comma 11, del TUSMAR non è conforme al principio di proporzionalità*

Che una normativa nazionale sia diretta a tutelare il pluralismo dell'informazione non è però sufficiente: qualunque deroga al principio della libertà di stabilimento, per essere legittima, deve anche essere idonea al conseguimento dell'obiettivo perseguito e proporzionale. Quindi, deve essere dimostrato che la restrizione non eccede la misura necessaria al raggiungimento dello scopo, ossia che tale obiettivo non potrebbe essere raggiunto mediante limitazioni che comportino un minor sacrificio della libertà di stabilimento.

L'art. 43, comma 11, del TUSMAR non ha superato questo test, sotto tre distinti profili.

3.4. *La definizione del settore delle comunicazioni elettroniche è eccessivamente restrittiva*

La disciplina italiana fissa dei limiti a tutela del pluralismo, tra cui il divieto, per qualsiasi impresa, di conseguire più del 20% dei ricavi del Sic. Un limite sensibilmente più

<sup>10</sup> Su pluralismo dell'informazione nel diritto dell'Unione europea e come motivo imperativo di interesse generale, si vedano R. Mastroianni, *La dimension européenne de la régulation audiovisuelle: vers une nouvelle directive sur le pluralisme de l'information?*, in «Astrid-Rassegna», n. 17, 2013, pp. 1 ss. e P. Caretti, *Pluralismo informativo e diritto comunitario*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 415 ss.

severo, pari al 10% dei ricavi del Sic (ovvero la metà del limite ordinario), si applica agli operatori i cui ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche superino il 40% del totale dei ricavi di tale settore.

È evidente che l'applicazione di tale norma richiede l'identificazione della base di calcolo sulla quale valutare il superamento o meno della soglia del 40%. Come si è visto sopra, in assenza di una definizione normativa univoca di «settore delle comunicazioni elettroniche», l'Agcom ha interpretato il TUSMAR nel senso che non tutti i mercati delle comunicazioni elettroniche concorrono a comporre tale settore, escludendo i mercati emergenti e quelli che, all'esito di analisi, sono risultati concorrenziali.

Il Governo italiano ha eccepito il carattere meramente ipotetico della questione sollevata dal Tar relativa alla definizione del settore delle comunicazioni elettroniche, in quanto, ove anche fosse stata adottata la nozione più ampia di settore delle comunicazioni elettroniche, ricomprendendovi tutti i mercati, in ogni caso la quota di ricavi conseguita da Telecom (e quindi di Vivendi) sarebbe stata di gran lunga superiore al 40% del totale dei ricavi dell'intero settore (più precisamente, tale quota si sarebbe attestata al 45,9%). La Corte invece considera la questione ricevibile, in quanto a suo avviso il giudice del rinvio chiede se l'esistenza stessa della soglia del 40% sia compatibile con il diritto dell'Unione.

Nel merito, la Corte fa proprie le considerazioni dell'Avvocato generale, secondo cui la normativa italiana, come interpretata dall'Agcom, nell'adottare una definizione restrittiva di settore delle comunicazioni elettroniche, che ne circoscrive l'ambito ai mercati suscettibili di regolamentazione *ex ante*, si rivela inidonea a perseguire lo scopo della tutela del pluralismo. Una siffatta definizione, infatti, esclude ingiustificatamente dal settore delle comunicazioni elettroniche mercati di sicura rilevanza ai fini della diffusione delle informazioni, quali i mercati dei servizi al dettaglio di telefonia mobile, dei servizi di comunicazione elettronica collegati a Internet e dei servizi di radiodiffusione satellitare.

A tal riguardo, secondo un commentatore della sentenza:

bisogna riconoscere che l'interpretazione «restrittiva» di Agcom ha una sua ragion d'essere nel fatto che la direttiva 21/2002 richiede con molta chiarezza che non vengano sottoposti a misure regolamentari i mercati concorrenziali. Per cui Agcom potrebbe essersi legittimamente chiesta se il calcolo dei ricavi esteso ai mercati non regolamentati avrebbe potuto determinare una violazione delle regole europee in materia di comunicazioni elettroniche<sup>11</sup>.

La giurisprudenza della Corte di giustizia è finora stata assai rigorosa nel preservare i fornitori di servizi di comunicazione elettronica da qualunque forma di imposizione che non fosse saldamente radicata nel pacchetto delle direttive che disciplinano la materia. Non è escluso che la stessa Corte che oggi – «solo ai fini però del presente giudizio»<sup>12</sup> – ritiene l'inclusione di altri mercati una soluzione obbligata, avrebbe fornito un'indicazione diametralmente opposta qualora Agcom avesse adottato una nozione ampia di settore delle comunicazioni elettroniche, così assoggettando anche imprese di telecomunicazioni che operano in mercati concorrenziali a più stringenti limiti da rispettare nel Sic.

### 3.5. *L'equiparazione tra società «collegate» e società «controllate» è disfunzionale*

Ai fini del computo dei ricavi conseguiti nel Sic e nel settore delle comunicazioni elettroniche, la legge italiana prende in considerazione non solo i ricavi realizzati tramite società «controllate», ma anche quelli realizzati tramite società «collegate», sulle quali l'impresa interessata esercita un'«influenza notevole».

<sup>11</sup> Così M. Orofino, *SIC... transit gloria mundi. La Corte di giustizia dichiara le soglie asimmetriche del sistema integrato delle comunicazioni incompatibili con la libertà di stabilimento*, in «Osservatorio costituzionale», n. 6, 2020, p. 216, disponibile all'indirizzo Internet [https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020\\_6\\_24\\_Orofino.pdf](https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020_6_24_Orofino.pdf).

<sup>12</sup> *Ibidem*.

La Corte di giustizia, anche qui riprendendo uno spunto dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, ritiene che tale approccio sia inadeguato, in quanto consente duplicazioni di calcolo:

i medesimi ricavi di una società attiva nel Sic potrebbero essere presi in considerazione sia per il calcolo dei ricavi di un'impresa che è sua azionista di minoranza, sia per il calcolo dei ricavi di un'impresa che è suo azionista di maggioranza ed esercita su di essa un controllo effettivo (par. 76).

Inoltre, ai sensi dell'art. 2359, comma 3, del codice civile l'influenza notevole si presume quando una società può esercitare un quinto dei voti nell'assemblea ordinaria di un'altra società (un decimo, in caso di società quotate). Secondo la Corte, le circostanze poste a fondamento di tale presunzione non sono idonee a dimostrare che la prima società possa esercitare sulla seconda un'influenza tale da pregiudicare il pluralismo dei media. Ciò risulta evidente nel caso di Vivendi, che ai fini del calcolo della posizione nel Sic si è vista imputare tutti i ricavi di Mediaset, sebbene quest'ultima fosse controllata da Fininvest (le cui posizioni erano in contrasto con quelle di Vivendi) e quindi l'influenza esercitabile dalla società francese fosse assai limitata<sup>13</sup>.

### *3.6. Il superamento delle soglie del Sic non è indicativo di un rischio per il pluralismo*

Il settore dei servizi di comunicazione elettronica e il settore dei media sono contigui; quindi, secondo la Corte

<sup>13</sup> Ancor prima della sentenza della Corte di giustizia e delle conclusioni dell'Avvocato generale, dottrina di matrice privatistica aveva sottoposto a severo scrutinio le argomentazioni dell'Agcom: cfr. G. Guizzi, *Gli incerti confini del «collegamento societario»: l'AGCOM e il caso Vivendi/Mediaset*, in «Il Corriere giuridico», 2017, pp. 1033 ss. Per la verità, l'Agcom, nell'escludere un'ontologica incompatibilità tra controllo e collegamento, ha adottato una posizione coerente con gli IAS - *International Accounting Standards* e gli orientamenti della Consob.

si può in linea di principio accettare che vengano posti limiti alla possibilità per le imprese che già occupano una «posizione dominante» nel primo di tali settori di approfittare di tale posizione per rafforzare la loro posizione nel secondo (par. 65).

Le imprese che detengono una posizione qualificata nel settore delle telecomunicazioni possono quindi essere assoggettate a limiti più stringenti a tutela del pluralismo dei media, secondo l'impostazione dell'art. 43, comma 11, del TUSMAR.

Tuttavia, la Corte ritiene che un profilo critico di detto articolo risieda nel fatto che esso trascura il ruolo dell'impresa che supera le soglie: risulta irrilevante, ai fini della disciplina italiana, se l'impresa eserciti un controllo editoriale sui contenuti. Le soglie fissate dalla legge italiana sono rigide: si «vieta in maniera assoluta» (par. 69) a chi detenga il 40% dei ricavi del settore delle comunicazioni elettroniche, di conseguire più del 10% dei ricavi del Sic, indipendentemente dalle attività concretamente svolte dall'impresa in questione e dalle sinergie tra dette attività<sup>14</sup> e, in ultima istanza, senza avere riguardo all'effettivo prodursi di conseguenze pregiudizievoli per il pluralismo.

Soprattutto, a giudizio della Corte il Sic, a causa della sua ampiezza e dell'eterogeneità dei mercati che lo compongono<sup>15</sup>, è inidoneo a garantire un assetto pluralistico dei media:

il fatto di conseguire o meno ricavi equivalenti al 10% dei ricavi complessivi del Sic non è di per sé indicativo di un rischio di influenza sul pluralismo dei media. Infatti, [...] nel caso in cui la soglia del 10% dei ricavi complessivi del Sic fosse sì raggiunta, ma tale 10% di ricavi si ripartisse tra ciascuno dei mercati che compongono il Sic, né il raggiungimento né lo sfioramento di tale

<sup>14</sup> Va però segnalato che, sia pure sinteticamente, l'Agcom, nel proprio provvedimento, aveva evidenziato la concreta possibilità che si determinassero sinergie tra le attività di Telecom e di Mediaset: vedi delibera n. 178/17/CONS, pp 37 e 43.

<sup>15</sup> Nello stesso senso, sia consentito rinviare a E. Apa, voce *Radiotelevisione [dir. cost]*, in *Enciclopedia Treccani «Diritto OnLine»*, 2014, disponibile all'indirizzo [https://www.treccani.it/enciclopedia/radiotelevisione-dir-cost\\_\(Diritto-on-line\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/radiotelevisione-dir-cost_(Diritto-on-line)/).

soglia del 10% costituirebbero necessariamente un pericolo per il pluralismo dei media (par. 75).

Viceversa, qualora un'impresa si collocasse ben al di sotto del 10% del Sic, ma concentrasse i propri ricavi in un unico mercato, essa potrebbe costituire una ben più seria minaccia al pluralismo, eppure sfuggirebbe alle maglie della legge<sup>16</sup>.

#### 4. *La sentenza del Tar Lazio*

Con sentenza n. 13958 del 16 dicembre 2020, depositata il 23 dicembre 2020, il Tar Lazio ha accolto il ricorso di Vivendi e ha annullato la delibera n. 178/17/CONS dell'Agcom.

Sia l'Avvocatura di Stato, in difesa dell'Agcom, sia Mediaset avevano sollecitato il Tar ad adottare un'interpretazione conforme del diritto interno rispetto alla normativa eurounitaria. Il Tar ritiene che la strada dell'interpretazione conforme non sia percorribile, essendo preclusa dalla motivazione stringente della sentenza della Corte di giustizia. Pertanto, il collegio giudicante conviene con Vivendi circa la necessità di operare una piena disapplicazione dell'art. 43, comma 11 del TUSMAR, senza possibilità di «svicolare» o attardarsi in alchimie ermeneutiche, alla luce della «inidoneità della norma interna a costituire un proporzionale contemperamento tra la libertà di stabilimento e il principio del pluralismo nel settore dell'informazione» asseverata dai giudici di Lussemburgo.

Abbracciata questa opzione e quindi disapplicata retroattivamente la norma che attribuiva all'Agcom il potere di emettere il provvedimento impugnato, l'annullamento di quest'ultimo è una conseguenza ovvia.

<sup>16</sup> Quest'ultima osservazione è in realtà macroscopicamente erronea, in quanto trascura di considerare che l'art. 43, comma 9, del TUSMAR esordisce con un chiaro «[f]ermo restando il divieto di costituzione di posizioni dominanti nei singoli mercati che compongono il sistema integrato delle comunicazioni».

## 5. *Dalla Corte di giustizia al nuovo TUSMA. Un dialogo complesso*

### 5.1. *L'iter di approvazione del TUSMA*

La decisione della Corte di giustizia Ue sul caso Vivendi ha avuto, com'è noto, conseguenze di non poco conto: la pronuncia ha orientato, infatti, non solo il giudice del rinvio, ma anche il legislatore interno che, in poco più di un anno, ha adottato nuove e rilevanti misure normative, nell'ottica di un ripensamento complessivo dell'ordinamento dei media. Invero, il nuovo Testo unico sui servizi media audiovisivi, c.d. TUSMA, rappresenta la riforma organica di sistema derivante dal recepimento della direttiva Ue n. 2018/1808 sui servizi media audiovisivi<sup>17</sup>, tenuto conto non solo delle ultime indicazioni della Corte europea in tema di pluralismo, ma anche dei più recenti sviluppi del contesto tecnologico e di mercato.

L'iter di approvazione del Testo unico è stato celere, ma intenso. Dapprima, in un'ottica precauzionale, e al fine di garantire continuità e certezza normativa<sup>18</sup>, il decisore politico è intervenuto con una norma di carattere urgente e provvisorio, vale a dire l'art. 4-*bis*, comma 1, d.l. n. 125/2020<sup>19</sup>,

<sup>17</sup> Direttiva (Ue) n. 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva n. 2010/13/Ue (di seguito Smav).

<sup>18</sup> Esula dall'economia di questo discorso la complessa questione relativa agli effetti della decisione della Corte di giustizia: ovvero se, a seguito della pronuncia, l'art. 43, comma 11, dovesse essere disapplicato *sic et simpliciter*, oppure se l'interprete avesse potuto procedere con un'applicazione dell'articolo medesimo conforme alle indicazioni della Corte. Invero, la Cassazione ha più volte ribadito che l'interpretazione qualificata offerta dalla Corte di giustizia ha efficacia *ultra partes*, sicché alle sentenze dalla stessa rese va attribuito «il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino *ex novo* norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes*», cfr. in tal senso, Cass., sez. 5, n. 22577 dell'11 dicembre 2012, ma anche Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 13 e Ad. Plen., 3 gennaio 2019, n. 2).

<sup>19</sup> Cfr. d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito, con modificazioni, dalla l. 27 novembre 2020, n. 159, in particolare art. 4-*bis* (*Disposizioni in materia di poteri di istruttoria dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*).

a tutela del principio del «pluralismo esterno». La norma, temporalmente vincolata alla durata di sei mesi, riguardava la fattispecie già oggetto della decisione Vivendi, ovvero il caso in cui un soggetto operasse contemporaneamente nei mercati delle comunicazioni elettroniche e in un mercato diverso, ricadente nel Sic, anche attraverso partecipazioni in grado di determinare un'influenza notevole. In tal caso, la norma disponeva che l'Autorità fosse tenuta ad avviare un'istruttoria per verificare la sussistenza di effetti distorsivi o di posizioni comunque lesive del pluralismo adottando, eventualmente, i provvedimenti per inibire l'operazione o rimuovere gli effetti.

Con questa novella «ponte» il legislatore ha inteso evitare che un'impresa attiva nei mercati delle comunicazioni elettroniche e in quelli rientranti nel Sic potesse raggiungere una posizione tale da beneficiare di un particolare vantaggio competitivo, determinando, attraverso sinergie e processi di concentrazione nell'accesso alle risorse tecniche ed economiche, effetti negativi sul grado di pluralismo esterno. Inoltre, rispetto al precedente art. 43, comma 11, la novella prevedeva che le posizioni delle imprese operanti contemporaneamente nei suddetti settori, e la relativa eventuale lesività, dovessero essere valutate non più sulla base del superamento di rigide soglie anti-concentrative, ma di volta in volta accertate a seguito di un processo di analisi dei mercati interessati e della relativa posizione delle società coinvolte, condotto alla luce di criteri elastici, alcuni dei quali indicati dalla medesima norma.

In coerenza con le disposizioni introdotte dalla delibera 662/20/CONS, l'Autorità ha quindi avviato un procedimento finalizzato alle verifiche di cui al citato articolo 4-*bis*, – in ragione delle partecipazioni azionarie detenute dalla società Vivendi S.A. nelle società Telecom Italia S.p.A. e Mediaset S.p.A. – ipotizzando anche un'eventuale adozione di provvedimenti di cui all'art. 43, comma 5, del TUSMAR. In particolare, nella delibera in commento il regolatore ha richiamato i criteri individuati dalla norma, precisando

che gli stessi verranno presi in considerazione in maniera congiunta, stante la loro capacità di incidere l'uno sull'altro e che i

riferimenti al diritto della concorrenza devono essere comunque considerati come «strumento» per il conseguimento della tutela del principio del «pluralismo esterno»<sup>20</sup>.

In uno scenario così complesso, nel quale decisore politico e regolatore interno coordinavano le rispettive azioni secondo le indicazioni della Corte di giustizia, si inseriva, infine, la genesi del TUSMA<sup>21</sup>. Invero, la traduzione sul piano delle fonti interne delle norme introdotte dalla direttiva Smav rappresentava un passaggio obbligatorio, in quanto la c.d. Opzione 0, consistente nel lasciare inalterato l'assetto normativo vigente, avrebbe comportato una diversità di regime normativo nazionale in materia di servizi media audiovisivi rispetto a quanto previsto a livello unionale, il che avrebbe reso lo Stato italiano passibile di procedura di infrazione<sup>22</sup>.

In proposito, l'art. 3 della legge di delegazione europea 2019-2020<sup>23</sup> ha indicato i criteri e i principi generali per la definizione del nuovo quadro regolatorio, nonché orientati alle esigenze di riordino, semplificazione normativa, e di adeguamento alla direttiva Smav, tramite l'adozione del d.lgs. n. 208 del 2021. Quest'ultimo, a sua volta, ha conferito una «delega» ai regolamenti dell'Autorità, investendola del compito di dare attuazione sostanziale a parte rilevante delle disposizioni in esso contenute<sup>24</sup>. In aggiunta, esso ha

<sup>20</sup> Oltre a tale procedimento, l'Autorità ha avviato istruttorie anche per valutare le situazioni relative a Sky Italian Holding (delibera 663/20/CONS del 15 dicembre 2020); Vivendi S.A. – Telecom Italia S.p.A. – Mediaset S.p.A. (delibera 662/20/CONS del 15 dicembre 2020 e 209/21/CONS del 24 giugno 2021); Fininvest S.p.A. – Mediaset S.p.A. (delibera 107/21/CONS del 31 marzo 2021) e Telecom Italia S.p.A. (delibera 108/21/CONS del 31 marzo 2021).

<sup>21</sup> D.lgs. 8 novembre 2021, n. 208. Per un commento, cfr. gli atti del Convegno nazionale Corecom Puglia, *Il riordino del TUSMAR e le nuove regole del digitale*, Bari, 3 dicembre 2021.

<sup>22</sup> Sul punto, cfr. *Relazione* illustrativa di accompagnamento alla bozza di decreto.

<sup>23</sup> Legge 22 aprile 2021, n. 53.

<sup>24</sup> Per alcune riflessioni sulla delega normativa operata a mezzo di decreto delegato e regolamenti secondari, sia consentito il rinvio a M. Avvisati, *Note minime su delega legislativa e regolamenti di delegificazione*.

previsto l'impiego di strumenti di co-regolamentazione e autoregolamentazione per l'individuazione di misure che, in compartecipazione con i privati futuri destinatari delle medesime, completassero il discorso normativo in origine avviato. Il Testo unico è, dunque, per sua natura fonte non recettizia, cioè opera un rinvio formale (o mobile) a norme prodotte da altre fonti a esso esterne: in altri termini, qui la fonte delegata non esaurisce la disciplina di riferimento, piuttosto la rimette a nuove fonti esterne, con l'effetto di auto-integrarsi con le norme che di volta in volta sono da quest'ultima prodotte.

Sicché, il nuovo Testo unico rappresenta la risultante della stratificazione fra fonti provenienti da soggetti diversi: a seguito delle indicazioni di livello europeo, sono intervenuti, rispettivamente, Parlamento nazionale, esecutivo centrale, regolatore, *stakeholder*. Si tratta di una fattispecie normativa a formazione progressiva, destinata a evolversi in ragione dei mutamenti dello scenario tecnologico e di mercato. Proprio con riferimento ai regolamenti dell'Autorità, chiamati a specificare numerosi precetti normativi del TUSMA, si è espresso il Consiglio di Stato<sup>25</sup> che, pronunciandosi sulla bozza di decreto delegato, ha confermato la legittimità della prassi di conferire l'attuazione normativa del decreto medesimo

pressoché integralmente, a regolamenti dell'AGCOM [...] che sono destinati a disciplinare fattispecie che incidono direttamente su posizioni soggettive e sovente daranno consistenza normativa a proposizioni che nella direttiva europea e nel decreto legislativo riservano margini cospicui di adattamento e d'interpretazione, rimettendo di fatto l'effettivo rispetto della delega a tale livello di regolazione<sup>26</sup>.

*Il caso della legge delega su minori e audiovisivo*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 1, 2019.

<sup>25</sup> Parere Consiglio di Stato, Adunanza di Sezione del 21 settembre 2021, numero affare 00944/2021.

<sup>26</sup> Esula dall'economia di questo scritto il discorso intorno alle modalità di attuazione dell'istituto della delega legislativa in coerenza con la norma di cui all'art. 76 Cost., su cui, peraltro, ebbe modo di esprimersi la Corte costituzionale con sentenza n. 104 del 2017.

## 5.2. *Il nuovo art. 51 TUSMA a presidio del pluralismo esterno*

Esaminate le tappe del processo di approvazione del TUSMA, vedremo ora le disposizioni quivi poste a salvaguardia del principio del pluralismo esterno. Segnatamente, il Testo unico sancisce il divieto di «costituzione di posizioni di significativo potere di mercato lesive del pluralismo, nel mercato e nei servizi di informazione», con ciò tutelando il principio del pluralismo esterno<sup>27</sup> che, come è noto, già nelle risalenti, ancorché sempre attuali pronunce della Corte costituzionale<sup>28</sup>, rappresenta lo strumento volto a «evitare l'accentramento dell'attività radiotelevisiva in situazioni di monopolio ed oligopolio privati», al fine di evitare ai privati medesimi «di esercitare, in una posizione di preminenza, una influenza sulla collettività incompatibile con le regole del sistema democratico»<sup>29</sup>.

Non è un caso che, già allora, la Corte funzionalizzava concetti fondamentali del diritto *antitrust* alla tutela del diverso e fondamentale principio pluralistico, considerando i primi serventi, una volta calati nel mercato dei media, all'obiettivo della tenuta democratica dell'ordinamento. La differenza è che oggi è radicalmente mutato il concetto di «mezzo radiotelevisivo», sostituito da quello di «servizio di media audiovisivo»: quest'ultimo, indipendente dal supporto e dalla tecnologia di trasmissione, personalizzato nel palinsesto e, infine, declinato in ragione della *mission* (informazione e intrattenimento), nonché della responsabilità editoriale sottesa alla programmazione.

Il compito definitorio è assolto dallo stesso art. 3 del TUSMA, il quale, in proposito, stabilisce una dicotomia testuale. Il comma 1, lett. *a*), definisce «servizio di media audiovisivo» un servizio ove l'obiettivo principale del servizio

<sup>27</sup> Richiamato nell'art. 5, nelle rubriche del titolo VI e dall'art. 51.

<sup>28</sup> Per una ricostruzione, in chiave critica, dei numerosi interventi della Corte costituzionale sul fondamentale principio del pluralismo interno ed esterno, vedi E. Cheli, *Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, *passim*, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>29</sup> Corte cost., n. 826 del 1988.

stesso o di una sua sezione distinguibile sia la fornitura di programmi al grande pubblico sotto la responsabilità editoriale di un fornitore, al fine di informare, intrattenere o istruire. L'art. 3, comma 1, lett. c) del Testo unico medesimo definisce un «servizio di piattaforma per la condivisione di video» il servizio ove l'obiettivo principale – del servizio stesso, di una sua sezione distinguibile o di una sua funzionalità essenziale – sia la fornitura di programmi, video generati dagli utenti o entrambi destinati al grande pubblico, per i quali il fornitore della piattaforma per la condivisione di video non ha responsabilità editoriale, al fine di informare, intrattenere e istruire<sup>30</sup>.

Eppure, alla luce di una lettura coerente con le evoluzioni tecnologiche e di mercato, questa dicotomia sembra rivelare due poli che, più che opposti e distanti, presentano zone di sovrapposizione reciproca sempre più vaste e indeterminate. Il Testo unico fonda la suddetta distinzione sul concetto di «responsabilità editoriale», ancorché non declini tale accezione. Non si tratta, tuttavia, di un vero vuoto normativo. È noto che il dibattito sulle forme di responsabilità in rete e, in particolare, sulla responsabilità delle piattaforme per i contenuti veicolati, oggetto del nuovo Regolamento europeo *Digital Service Act*<sup>31</sup>, è orientato verso un'ottica di ripensamento (ma non di superamento) della vecchia concezione dell'«intermediario», inteso quale soggetto in posizione di mera «neutralità» rispetto ai contenuti pubblicati da soggetti terzi<sup>32</sup>. Con timide aperture, il Regolamento prevede oneri

<sup>30</sup> In merito, si veda anche Commissione europea, Comunicazione recante *Orientamenti relativi all'applicazione pratica del criterio di funzionalità essenziale della definizione di «servizio di piattaforma per la condivisione di video» a norma della direttiva sui servizi di media audiovisivi* (2020/C 223/02).

<sup>31</sup> Commissione europea, *Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 (Regolamento sui servizi digitali)*, 27 ottobre 2022, in particolare Capo III.

<sup>32</sup> In riferimento alla dicotomia tra *hosting provider attivo* e *hosting provider passivo*, e agli sviluppi giurisprudenziali in tema di correlata responsabilità imputabile al primo, vedi, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 13 settembre 2022, n. 7949, nonché Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2019 n. 7708 e 7709, secondo cui, al fine di indivi-

procedurali a carico delle piattaforme digitali, nel segno della trasparenza e dell'*accountability*, in particolare, come si è illustrato nel capitolo 1, tramite strumenti di moderazione dei contenuti e di gestione dei reclami.

Questa tendenza verso l'individuazione di un qualche «terreno comune» fra servizi media audiovisivi e piattaforme in rete trova conferma nel fatto che entrambi sono soggetti all'obbligo di iscrizione al Registro degli Operatori di Comunicazione (Roc), e al versamento del contributo annuale all'Autorità<sup>33</sup>. L'Autorità ha ritenuto anche di «estendere» ai servizi di intermediazione online e ai motori di ricerca online l'obbligo annuale di comunicazione della Informativa economica di sistema (Ies)<sup>34</sup>. Obblighi comuni sono altresì previsti proprio dal nuovo TUSMA, con specifico riferimento alle trasmissioni transfrontaliere<sup>35</sup> e alle procedure alternative e stragiudiziali di risoluzione delle controversie<sup>36</sup>.

Questo lento, ma progressivo, avvicinamento del quadro regolamentare riguardante i diversi attori attivi nei mercati che compongono il Sic si manifesta, inoltre, sul piano della tutela dei diritti. In coerenza con la direttiva Smav, il nuovo Testo unico è volto infatti a definire un *level playing field*, a livello di obblighi, tra i soggetti titolari della responsabilità editoriale e le c.d. *video sharing platform*. Sicché, alla diversificazione definitoria fondata sul diverso regime della responsabilità editoriale corrisponde un quadro tendenzialmente convergente in tema di valori fondamentali a presidio della persona: tutela dei minori,

duare la responsabilità dei contenuti trasmessi occorre l'esercizio di «condotte che abbiano in sostanza l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte degli utenti, il cui accertamento in concreto non può che essere rimesso al giudice di merito. Quando tali caratteristiche non si rinvergono nell'attività del soggetto agente e dunque quest'ultima assume un carattere maggiormente "neutro", ci si trova al cospetto della figura del c.d. *hosting provider* passivo».

<sup>33</sup> V. delibera Agcom n. 200/21/CONS e delibera n. 379/21/CONS.

<sup>34</sup> V. delibera Agcom n. 161/21/CONS, che modifica la delibera n. 397/13/CONS relativa alla «Informativa economica di sistema (Ies)».

<sup>35</sup> Cfr. artt. 7 e 41.7 del TUSMA.

<sup>36</sup> Cfr. art. 42 del TUSMA.

contrasto alle forme di odio, difesa della dignità umana, tutela dei consumatori<sup>37</sup>.

Questa sorta di filo rosso che unisce il pacchetto normativo e regolamentare posto a garanzia dei diritti fondamentali sembra intravedersi anche con specifico riferimento alla difesa del pluralismo esterno. In proposito, il nuovo art. 51 del TUSMA<sup>38</sup> sostituisce integralmente il precedente art. 43 TUSMAR, e stabilisce che l'Autorità vigili sull'andamento e sull'evoluzione del sistema integrato delle comunicazioni nonché ne accerti, con cadenza almeno annuale, il valore economico globale e quello dei mercati che lo compongono, dando altresì evidenza delle posizioni di mercato dei soggetti ivi operanti e dei rischi potenziali per il pluralismo.

In particolare, alla luce della pronuncia della Corte di giustizia, la nuova norma prevede l'abolizione delle rigide soglie anticoncentrative riguardo alla proprietà dei media, ora trasformate in semplici «indicatori» non vincolanti, ma strumentali alla valutazione, caso per caso, di potenziali violazioni al pluralismo esterno. Come argomentato dal Consiglio di Stato nel già citato parere, la disciplina in esame è

passata [...] da un meccanismo sostanzialmente rigido, ancorato a soglie percentuali predefinite, con conseguente caratterizzazione in senso tendenzialmente vincolato del potere di accertamento e di sanzione dell'Autorità competente, a un sistema più duttile, declinato su indici rivelatori descritti (inevitabilmente) con termini introduttivi di concetti giuridici flessibili, con conseguente connotazione in chiave discrezionale o tecnico-discrezionale del connesso potere di accertamento e di sanzione dell'Autorità competente.

<sup>37</sup> Cfr. artt. 41 ss. TUSMA. In merito, L. Aria, *L'attività delle piattaforme tra DSA e direttiva SMAV. La frontiera di una nuova regolazione?*, in «Media Laws – Rivista di diritto dei media», n. 1, 2021. Sul tema della tutela dei diritti fondamentali nell'ecosistema digitale vedi, da ultimo, la dichiarazione comune di Parlamento europeo, Consiglio e Commissione europea, Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, 23 gennaio 2023.

<sup>38</sup> Cfr. Titolo VI, Norme a tutela del pluralismo, art. 51, *Posizioni di significativo potere di mercato lesive del pluralismo nel sistema integrato delle comunicazioni*, su cui cfr. O. Grandinetti, *La tutela del pluralismo nel nuovo Testo unico sui servizi di media audiovisivi*, in «Media Laws – Rivista di diritto dei media», n. 1, 2022, *passim*.

La norma di cui all'art. 51 sembra manifestare, nondimeno, un aspetto *prima facie* incoerente con le evoluzioni del mercato e dei relativi modelli di business. Ai sensi del comma 2, infatti, ai fini delle valutazioni dell'Autorità sulle dimensioni del Sic, sul potere di mercato dei soggetti ivi operanti e sui rischi potenziali che ne derivano, si considerano, fra l'altro, i ricavi da pubblicità online e sulle diverse piattaforme anche in forma diretta, incluse le risorse raccolte da motori di ricerca, da piattaforme sociali e di condivisione. Resta da chiedersi, allora, il motivo per cui, ai fini della tutela del pluralismo, con specifico riferimento ai motori di ricerca, alle piattaforme sociali e di condivisione, assuma rilievo il solo dato quantitativo (i ricavi da pubblicità), e non anche quegli indicatori suscettibili di rivelare disfunzioni di sistema e lesioni del principio pluralistico da parte degli intermediari in rete<sup>39</sup>.

In particolare, il pluralismo informativo appare oggi strettamente correlato ai cambiamenti delle modalità di fruizione dei contenuti, accelerati anche dai ritmi imposti dall'emergenza pandemica. L'utente medio si emancipa sempre più dalla condizione passiva, tipica dell'offerta televisiva di tipo lineare, per costruire un palinsesto personalizzato nei contenuti e destrutturato rispetto al mezzo di trasmissione. Gli utenti/fruitori della rete hanno imparato a modulare le rispettive preferenze di contenuto, non solo scegliendo tra i diversi contenuti e canali disponibili, ma anche tra una moltitudine di dispositivi fissi e mobili. La disintermediazione incide quindi sulle informazioni disponibili perché la medesima «voce informativa» è in grado di avvantaggiarsi di una pluralità di mezzi per diffondersi, raggiungendo una forza pervasiva e una potenziale platea di ascolto un tempo impensabili.

Alla tendenza verso l'organizzazione di un palinsesto personalizzato e la disintermediazione dei *device* si affianca quella dell'ibridazione dei contenuti. Si tratta di un aspetto che rivela il carattere «proteiforme» dei generi trasmessi dalle

<sup>39</sup> E. Giomi, *Pluralismo informativo, come tutelarlo nell'era digitale*, pubblicato in «[agendadigitale.eu](https://www.agendadigitale.eu)», 12 febbraio 2022, <https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/giomi-agcom-pluralismo-informativo-come-tutelarlo-nellera-digitale/>.

piattaforme e che, in ragione delle evoluzioni del mercato e del contesto tecnologico, potrebbe imprimere un'accelerazione verso il superamento del concetto di servizi media, secondo la definizione adottata dal Testo unico, dando luogo a inedite modalità di informazione e intrattenimento.

Ad esempio, accanto alla funzione di supporto per le attività di condivisione di contenuti creati da terzi, le piattaforme potrebbero diffondere veri e propri programmi. Una piattaforma potrebbe limitarsi a ritrasmettere contenuti prodotti da terzi oppure, accanto a questi, potrebbe divulgare, programmi di natura informativa sotto la propria responsabilità editoriale. Questi ultimi, a loro volta, potrebbero rientrare nel *genus* dei programmi di informazione, o addirittura, assumere consistenza tipica dei programmi di comunicazione politica.

Inoltre, un operatore di rete, o anche una piattaforma, in ragione di accordi commerciali a monte potrebbe instaurare forme di barriere all'ingresso, impedendo l'accesso a determinate voci, a scapito della varietà e della completezza. A sua volta, un motore di ricerca potrebbe influenzare i risultati della ricerca medesima, dando priorità a determinati contenuti rispetto ad altri, incidendo in tal modo sulla qualità e quantità delle informazioni rese disponibili.

In ultima istanza, le evoluzioni tecnologiche e di mercato appaiono avanzare così rapidamente che gli stessi attori chiamati in gioco dall'art. 51 del nuovo TUSMA, tra cui le piattaforme per la condivisione dei contenuti, i social e i motori di ricerca, potrebbero dare adito a forme di lesione del pluralismo esterno, a loro volta suscettibili di essere identificate dal regolatore attraverso l'utilizzo di un ampio *set* di strumenti, compresi quelli tipici del diritto *antitrust*<sup>40</sup>, già utilizzati per i media tradizionali.

<sup>40</sup> Centre for Media Pluralism and Media Freedom (Cmpf) *et al.*, *Study on Media Plurality and Diversity Online*, maggio 2022, p. I: «These other actors in the media ecosystem, such as, among others, online platforms and social media, are increasingly influential over the production, distribution and consumption of media which is why they ought to be considered in conjunction with media plurality online». In tema vedi anche Proposta di Regolamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell'ambito del mercato interno (legge europea per la libertà dei media) (*European Media Freedom Act*), 16 settembre 2022.

### 5.3. Conclusioni. Gli interventi del regolatore in uno scenario in evoluzione

A seguito di consultazione pubblica<sup>41</sup>, l'Autorità, come è noto, ha approvato il nuovo *Regolamento recante la disciplina dei procedimenti in materia di autorizzazione ai trasferimenti di proprietà delle società radiotelevisive e dei procedimenti in materia di tutela del pluralismo di cui all'articolo 51, commi 3, 4, 5, 6 e 7, del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208*<sup>42</sup>. Inoltre, al momento in cui si scrive, è in corso il procedimento per l'adozione delle relative Linee guida<sup>43</sup>.

Come emerso in corso di consultazione, Regolamento e Linee guida sono provvedimenti regolamentari che si integrano a vicenda, in quanto funzionalmente orientati verso obiettivi complementari: nel primo, l'Autorità delinea le diverse fasi del procedimento (autorizzazione ai trasferimenti di proprietà, notifica delle intese e delle operazioni di concentrazione, accertamento delle posizioni di significativo potere di mercato lesive del pluralismo). In via correlata, nelle Linee guida, oggetto di revisione periodica con cadenza almeno triennale, l'Autorità identifica la «metodologia» per la verifica dell'esistenza di posizioni vietate, specificando i criteri e gli indici sintomatici che di volta in volta sorreggeranno l'impianto motivazionale dei provvedimenti dell'Autorità.

Appare chiaro che l'art. 51 del TUSMA, letto in combinato disposto con il nuovo Regolamento attuativo, da un punto di vista strettamente procedimentale conferisca al regolatore ampi poteri di azione e di valutazione. L'Autorità

<sup>41</sup> Delibera n. 71/22/CONS, recante «Consultazione pubblica sul nuovo regolamento recante la disciplina dei procedimenti in materia di autorizzazione ai trasferimenti di proprietà delle società radiotelevisive e dei procedimenti di cui all'articolo 51, commi 3, 4, 5, 6 e 7, del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208».

<sup>42</sup> Cfr. allegato A alla delibera n. 265/22/CONS.

<sup>43</sup> Cfr. delibera n. 72/22/CONS, recante «Avvio del procedimento per l'adozione delle linee guida volte a definire la metodologia specifica per la verifica dell'esistenza di posizioni di significativo potere di mercato lesive del pluralismo di cui all'articolo 51, comma 5, del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208».

dispone di poteri istruttori (a seguito di notifica, segnalazione o d'ufficio) in grado di rilevare nella singola fattispecie esaminata i fattori di criticità potenzialmente lesivi del pluralismo, dipendenti dall'evoluzione dei modelli di business e dell'offerta dei contenuti, e ha il potere di agire per rimuoverli. Nell'ambito del procedimento, ai sensi dell'art. 13 del Regolamento, l'Autorità può adottare specifiche misure rimediali o, ai sensi dell'art. 14, accogliere una proposta di impegni, finalizzata a rimuovere la posizione potenzialmente lesiva del pluralismo oggetto dell'istruttoria.

D'altro canto, da un punto di vista strettamente sostanziale, resta il nodo relativo agli indici elastici (accanto a quelli rigidi basati su soglie percentuali) utilizzati nel corso dell'istruttoria per l'identificazione di una posizione di significativo potere di mercato lesiva del pluralismo nel mercato e nei servizi di informazione (*ex art. 51, comma 1*). In altri termini, occorre stabilire se l'elenco degli indicatori sintomatici di cui all'art. 51, comma 5, debba ritenersi tassativo o, piuttosto, una clausola aperta, mutevole rispetto alle concrete dinamiche del mercato. Tale soluzione sembra essere più coerente col dato letterale del comma 5, che fa precedere l'elenco degli indici con un «fra l'altro», nonché con lo spirito complessivo della riforma che, proprio al fine di consentire l'adattamento costante ai repentini mutamenti delle condizioni tecnologiche e di mercato, sottopone le stesse Linee guida attuative a un obbligo di revisione triennale.

In questo senso, è stato suggerito che fra i possibili criteri da includere per l'individuazione di significative posizioni di mercato lesive del pluralismo potrebbe esservi anche quello dell'audience, inteso quale strumento utile nel considerare l'eventuale formazione di una c.d. «opinione dominante»<sup>44</sup>, anch'essa potenzialmente indicativa di distorsioni del pluralismo.

Sotto altro profilo, occorre valutare se gli indici rivelatori previsti per i servizi media audiovisivi di tipo tradizionale

<sup>44</sup> Cfr. O. Grandinetti, *La tutela del pluralismo nel nuovo Testo unico sui servizi di media audiovisivi*, cit., p. 8; vedi anche la proposta di cui al *Media Freedom Act*, artt. 23 e 24.

possano applicarsi anche nelle fattispecie di potenziale lesione del pluralismo a opera delle piattaforme e dei siti social, ormai in grado di incidere pesantemente sulla circolazione delle notizie e delle opinioni<sup>45</sup>. Tale lettura evolutiva potrebbe trovare conforto nell'interpretazione sistematica del TUSMA che, come già sottolineato, propende verso un quadro regolamentare comune in tema di diritti fondamentali, nonché nello stesso art. 51, comma 5, lì dove dispone che l'Autorità tenga conto, oltre che dei ricavi e delle quote, degli ulteriori indici sintomatici<sup>46</sup>, senza operare, pertanto, alcuna distinzione netta fra i diversi soggetti operanti nel mercato considerato, ma rivolgendosi indifferentemente a tutti i soggetti attivi nel Sic.

Altro aspetto rilevante consiste nel venir meno dei limiti automatici *ex ante* fissati per legge, e dunque nella fine di ogni automatismo tra accertamento di un indicatore rilevante e conseguente lesione del pluralismo esterno, con ogni conclusione rimessa piuttosto di volta in volta al filtro valutativo del regolatore a valle del procedimento istruttorio.

<sup>45</sup> Sul dibattito tema riguardante le piattaforme digitali e la tutela del pluralismo, si veda M. Bassini, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, Aracne, 2019; R. Niro, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolazione: note ricostruttive*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 3, 2021; O. Grandinetti, *Le piattaforme digitali come «poteri privati» e la censura online*, in «Rivista italiana di informatica e diritto», n. 2, 2022; Agcom, *Indagine conoscitiva su Piattaforme digitali e sistema dell'informazione*, avviata con delibera n. 309/16/CONS, del 21 giugno 2016 e conclusasi con delibera n. 79/20/CONS, del 27 febbraio 2020.

<sup>46</sup> La norma richiama testualmente, fra gli indici: livello di concorrenza statica e dinamica all'interno del sistema, barriere all'ingresso nello stesso, convergenza fra i settori e mercati, sinergie derivanti dalle attività svolte in mercati differenti ma contigui, integrazione verticale e conglomerale delle società, della disponibilità e del controllo di dati, del controllo diretto o indiretto di risorse scarse necessarie, quali le frequenze trasmissive, delle dimensioni di efficienza economica dell'impresa, anche in termini di economie di scala, gamma e rete, nonché degli indici quantitativi di diffusione dei programmi radiotelevisivi, anche con riferimento ai programmi di informazione, delle opere cinematografiche, dei prodotti e servizi editoriali e online.

A conclusione di queste brevi riflessioni, può ritenersi che l'art. 51 TUSMA, nuovo strumento posto a presidio dell'antico, ma più che mai attuale, principio del pluralismo esterno, rappresenti la complessa risultante di un dialogo fra più soggetti e a più livelli ordinamentali. A ben riflettere, la sua portata innovativa sta nell'aver adottato una via mediana tra l'assenza di regolazione e una regolamentazione ancorata a rigide soglie anticoncentrative<sup>47</sup>. Il TUSMA rinuncia a ingessare una realtà mutevole entro rigide categorie predeterminate, preferendo optare a monte per una scelta di metodo: operare un rinvio «dinamico» a provvedimenti di natura regolamentare che, a loro volta, tengano conto di concetti elastici, capaci di adeguarsi all'evoluzione del quadro tecnologico di riferimento. La norma primaria è attributiva di un potere regolamentare in grado di adattarsi allo scenario considerato, secondo un processo osmotico, permeabile, duttile, plasmabile. Al regolatore spetta l'arduo compito di esercitare il potere normativo secondario, intervenendo alla luce di un fitto ordito normativo di livello unionale e interno<sup>48</sup>, oggi già destinatario delle nuove proposte regolamentari di cui al *Media Freedom Act*.

<sup>47</sup> Per una posizione critica ma, al contempo, propositiva sul vasto tema della regolamentazione della rete, cfr. G. De Minico, *Diritti Regole Internet*, in «Costituzionalismo.it», novembre 2011, <https://www.costituzionalismo.it/diritti-regole-internet/>.

<sup>48</sup> Per uno sguardo trasversale sui nuovi ambiti di intervento dell'Autorità, sulla scia del più recente quadro normativo europeo, vedi G. Lasorella, *La nuova riforma europea sul digitale e ricadute sul locale*, in «MediaLaws», 21 giugno 2021.