



Munich Personal RePEc Archive

**European Commission Decision
Newscorp/Telepiù (Comp/M.2876).
Flexibility of the dominance test in a
situation of near-monopoly: final
consumer interest and undertakings
offered by the acquiring company**

Pierluigi Congedo

Université Libre de Bruxelles - European Law Institute

September 2003

Online at <http://mpa.ub.uni-muenchen.de/3707/>
MPRA Paper No. 3707, posted 28. June 2007

1. La decisione della Commissione *Newscorp/Telepiù* (COMP/M. 2876). Flessibilità nell'applicazione del concetto di *dominance* nella creazione di un quasi-monopolio, in considerazione degli interessi del consumatore finale e degli impegni assunti dall'acquirente.

© **Pierluigi Congedo** - *European Law Institute*, Bruxelles – Foro di Roma, luglio 2003

Il 2 aprile 2003 la Commissione europea ha annunciato di aver autorizzato l'operazione di concentrazione in base alla quale l'australiana The News Corporation Limited ("Newscorp") acquisisce il controllo, in base all'articolo 3 del Regolamento (CEE) n. 4064/89¹, attraverso una società "veicolo" *ad hoc*, della totalità delle Pay-TV italiane Telepiù e Stream tramite acquisto di azioni, autorizzazione concessa anche a fronte del rispetto di alcune obbligazioni da parte della impresa acquirente². L'operazione autorizzata riguarda la proposta di acquisizione formulata dal gruppo australiano Newscorp di Rupert Murdoch, specializzato in broadcasting, della pay-TV italiana Telepiù S.p.A. ("Telepiù") controllata dalla società Vivendi Universal S.A., attraverso una società "veicolo" costituita *ad hoc* e controllata al 100% da Stream, anche al fine di permettere alle due società di fondere le loro rispettive attività di trasmissione in un'unica piattaforma satellitare per pay-TV "*Direct-to-Home*" ("DTH")³.

Stream, al momento della notifica, era controllata al 50% da Newscorp e al 50% da Telecom Italia. A seguito dell'operazione di concentrazione, il controllo di maggioranza spetterà a Newscorp con l'81,1%, mentre la presenza di Telecom Italia scenderà al 19,9%.

Dal momento che Stream e Telepiù rappresentano i due soggetti oligopolisti della pay-TV in Italia, tale operazione di concentrazione determina la nascita di un quasi-monopolio in capo a Newscorp. Tuttavia, la Commissione ha ritenuto che una simile operazione dovesse comunque essere autorizzata, a fronte di determinati impegni assunti dalla società acquirente, e soprattutto considerando i benefici per i consumatori finali, che sarebbero particolarmente danneggiati dalla considerata inevitabile scomparsa dal mercato dell'operatore minoritario Stream.

In altri termini, consapevoli che comunque si sarebbe generata una situazione di quasi-monopolio data la difficile situazione in cui la società Stream si trova da alcuni anni, la Commissione ha ritenuto possibile autorizzare una operazione che senz'altro determina un rafforzamento della posizione dominante, ai sensi dell'articolo 8, comma 2⁴, del

¹ Regolamento (CEE) n. 4069/1989, in GUCE L 385 del 21 dicembre 1989 e GUCE L 257 del 21 settembre 1990. Sito web: <http://europa.eu.int/en/comm/dg04/lawmerg/en/4064.htm>.

² *Newscorp/Telepiù*, COMP/M. 2876, decisione della Commissione del 2 aprile 2003, C (2003) 1082 finale, non ancora pubblicata in GUCE. Sito web:

http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/index/by_nr_m_57.html#m_2876

³ L'11 aprile 2003, a seguito dell'autorizzazione della concentrazione, è stata costituita Sky TV Italia S.r.l., con sede a Milano, che avvierà la sua offerta commerciale durante l'estate 2003.

⁴ Il comma 2 dell'articolo 8 relativo ai "Poteri di decisione della Commissione", emendato dal Regolamento (CE) n. 1310/97, recita: "Se la Commissione accerta che un'operazione di concentrazione notificata, se del caso, dopo che le imprese interessate vi abbiano apportato modifiche, soddisfa al criterio di cui all'articolo 2, paragrafo 2, e, nei casi contemplati dall'articolo 2, paragrafo 4, i criteri di cui all'articolo 85, paragrafo 3 del trattato essa, mediante decisione, dichiara un'operazione compatibile con il mercato comune. La decisione può essere subordinata a condizioni e oneri destinati a garantire che le imprese interessate adempiano agli impegni assunti nei confronti della Commissione per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune. La decisione che dichiara la concentrazione compatibile riguarda anche le restrizioni direttamente connesse alla realizzazione della concentrazione e ad essa necessarie".

Regolamento (CEE) n. 4064/89, come modificato dal Regolamento (CE) n. 1310/97 del Consiglio⁵.

La fusione autorizzata dalla Commissione segue a distanza di circa un anno l'autorizzazione già espressa dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana, che il 13 maggio 2002 aveva ritenuto possibile autorizzare l'acquisizione da parte di Telepiù (controllata al 100 % dal gruppo Vivendi) di Stream. Date le soglie di fatturato inferiori, la operazione di concentrazione era stata notificata infatti alla sola autorità della concorrenza italiana. Tuttavia, il 16 maggio 2002 il management delle due società aveva dichiarato di non essere più interessato a proseguire nel programma di concentrazione.

Venendo all'esame della decisione, il 16 ottobre 2002, la società Newscorp notificava alla Commissione, ai sensi dell'articolo 4 del Regolamento (CEE) n. 4064/89, la sua intenzione di acquisire il controllo dell'insieme delle televisioni a pagamento italiane Telepiù e Stream attraverso l'acquisto di azioni⁶.

In effetti il 1° ottobre 2002, Newscorp e Telecom Italia avevano già raggiunto un accordo di acquisto delle azioni con il Gruppo Vivendi, in base al quale attraverso una società "veicolo" interamente controllata da Stream, Newscorp avrebbe acquisito il 100% delle azioni di Telepiù ("*share purchase agreement*"). Al tempo stesso Newscorp e Telecom Italia hanno raggiunto un "*framework agreement*" volto a stabilire le condizioni per finanziare Stream, ridefinire i loro interessi e rispettivi ruoli in Stream, su come, attraverso Stream, creare una nuova società controllata al 100% da Stream al fine di acquisire Telepiù, oltre al fatto di stabilire il nuovo assetto di controllo e la partecipazione azionaria. Si stabilisce altresì di creare una piattaforma congiunta per pay-TV DTH, fondendo le attività di Stream e Telepiù. A questo, infatti, si aggiunge un "*shareholder agreement*" che regola i rapporti tra Newscorp e Telecom Italia in relazione a Stream.

La decisione adottata dalla Commissione è particolarmente interessante per motivi giuridici e tecnici. Da un lato, infatti, la Commissione non ha potuto non rilevare che la fusione notificata riguardava società che detenevano una posizione di oligopolio assoluto in Italia, e che le condizioni previste a favore dell'impresa in stato di insolvenza, peraltro, non si potevano considerare verificate (tali condizioni avrebbero permesso, eccezionalmente, l'autorizzazione ad una cosiddetta "*rescue merger*", fusione di salvataggio). Tuttavia la Commissione ha ritenuto di dover dare comunque un peso alle condizioni effettive di entrambe le società (entrambe in stato di insolvenza), di dover tenere in considerazione gli impegni assunti dalla società acquirente e di dover venire incontro alle esigenze del pubblico degli abbonati italiani, oltre al fatto di tener presente le caratteristiche del tutto peculiari del mercato della televisione satellitare a pagamento italiana, costretta a fronteggiare un mercato di ben dodici emittenti televisive nazionali in chiaro, oltre ad una miriade di emittenti locali.

Da un punto di vista tecnico, peraltro, la decisione ha affrontato il complesso quadro delle forniture di servizi e di infrastrutture di comunicazioni, la gestione dei contenuti, la gestione della piattaforma digitale, delle trasmissioni in chiaro e condizionate (criptate),

⁵ Regolamento (CE) n. 1310/97 del Consiglio del 30 giugno 1997, emendante il Regolamento (CEE) n. 4064/89 sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, in GUCE L 180 del 9 luglio 1997. Sito web: <http://europa.eu.int/en/comm/dg04/lawmerg/en/131097.htm>.

⁶ Operazione soggetta a notificazione presso la Commissione in quanto risultavano superate le soglie previste dall'articolo 1 del Regolamento (CEE) n. 4064/89 (il fatturato mondiale aggregato eccede i 5 miliardi di Euro, così come il fatturato comunitario aggregato di ognuna di almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di Euro).

nonché della fornitura mediante comunicazioni elettroniche a banda larga (Internet) dei contenuti medesimi.

Per quanto riguarda gli aspetti relativi alla valutazione dell'impatto anti-concorrenziale dell'operazione di concentrazione nel mercato italiano, la Commissione è giunta senz'altro a concludere che l'operazione porterà alla creazione di un "quasi-monopolio" nel mercato della pay-TV italiana⁷ ed ha, altresì, individuato quattro mercati "pay-TV" e in particolare 1. il mercato pay-TV in senso stretto, 2. il mercato "pay-per-view", 3. il mercato "video on demand" e, 4. il mercato "near-video on demand". I servizi possono essere forniti via cavo, attraverso la trasmissione digitale terrestre (DTT), o via satellite (DTH), mentre il mercato analogico terrestre della televisione non può essere assimilato alla trasmissione digitale in quanto è poco adeguato a fornire la trasmissione simultanea di un alto numero di canali. In particolare, il mercato della pay-TV italiana è essenzialmente limitato alla trasmissione satellitare (DTH), in cui Stream e Telepiù sono attive.

Per quanto riguarda la trasmissione via cavo, la Commissione⁸ afferma che Telepiù è senz'altro l'operatore dominante in questo settore, con una quota di mercato pari al 65/75% in termini di abbonati al servizio e pari al 70/80% in termini di fatturato. Un concorrente potrebbe essere e.Biscom che fornisce "video on demand" e servizi di TV interattiva ad appena 10/20.000 abbonati. Ma, da un lato e.Biscom fornisce i servizi Pay-TV di Stream e Telepiù, dall'altro tutti i diritti sulla clientela, le condizioni di vendita e i servizi di assistenza ai clienti restano in capo a Stream e a Telepiù. Nel mercato specifico della TV via cavo, dunque, la Commissione ha riconosciuto che la fusione comporta senz'altro la creazione di un posizione di quasi-monopolio in capo a Newscorp.

Per quanto riguarda il servizio di trasmissione digitale terrestre (DTT), anch'esso non sembra avere la possibilità di svilupparsi prima del 31 dicembre 2006, termine fissato dal governo italiano per passare dalla TV analogica a quella digitale terrestre. Anche per questo servizio la Commissione ha escluso che possa derivare una "pressione competitiva" da parte della piattaforma DTT nei confronti dell'entità giuridica nascente dalla fusione.

Simili considerazioni possono essere svolte per quanto riguarda i servizi DTH, in quanto la regolamentazione italiana richiede che l'accesso avvenga mediante un sistema di accesso condizionato (CAS⁹) in chiaro a condizioni ragionevoli e non discriminatorie per i terzi e prevede, altresì, l'obbligo di trasmettere mediante tecnologia "simulcrypt". Tuttavia, dal momento che un potenziale concorrente di Newscorp deve acquisire la tecnologia CAS da Newscorp stessa, così come i diritti per accedere alla piattaforma digitale DTH, la Commissione, anche in questo mercato specifico, ha ritenuto che non ci si possa aspettare una effettiva concorrenza nella fornitura del servizio.

Newscorp, al contrario, obietta che la larga penetrazione nel mercato televisivo in generale della TV in chiaro rappresenta un forte disincentivo per gli operatori pay-TV in Italia. A parte i dodici operatori nazionali, si calcola che vi siano 50 canali di TV DTH e circa 700 operatori a livello locale. La Commissione, tuttavia, ha ritenuto che non si possa paragonare il mercato "generalista" offerto dalla TV in chiaro con quello cosiddetto "premium" relativo ai film di prima visione o delle partite di calcio, per il quale esiste un mercato specifico che appunto appartiene alle pay-TV, e che per tale mercato i consumatori sono comunque disposti a pagare somme considerevoli di abbonamento.

⁷ COMP/M. 2876, paragrafo 114.

⁸ COMP/M. 2876, paragrafi 101 e segg.

⁹ "Conditional Access System"

Simili considerazioni sono state ulteriormente svolte dalla Commissione per quanto riguarda gli effetti verticali dell'operazione di concentrazione per quanto riguarda i servizi tecnici per la pay-TV come ad esempio la concentrazione della titolarità della fornitura della tecnologia di criptazione CAS e la titolarità e la gestione della piattaforma digitale.

Per quanto riguarda la prima, occorre considerare che per criptare/decriptare il messaggio televisivo occorre una speciale infrastruttura tecnica costituita dall'uso combinato del sistema di accesso condizionato CAS e del "decoder" (anche detto *Set Top Box* - STB¹⁰). Anche in questi mercati Newscorp detiene dal lato dell'offerta una posizione assolutamente dominante, controllando circa l'80% della società NDS, fornitore della tecnologia e dei prodotti e servizi correlati alla tecnologia CAS. La Commissione ha affermato che era consapevole che anche in questo settore la piattaforma digitale combinata probabilmente avrebbe adottato la tecnologia CAS, e in particolare quella fornita da NDS¹¹. Le maggiori preoccupazioni, in questo campo, possono essere sintetizzate come segue:

1. da un lato, si teme che vi sia la probabilità che la nuova entità giuridica possa garantire l'accesso alla tecnologia NDS per CAS a potenziali nuovi entranti nel mercato a fronte di termini e condizioni non concorrenziali;
2. si teme che la nuova entità possa ostacolare l'ingresso di piattaforme pay-TV alternative con un sistema CAS diverso dal quello fornito da NSD, generando un virtuale monopolio in quanto il CAS di NSD sarebbe l'unico usato in Italia.

Sul primo punto la Commissione ha rilevato che la recente direttiva (CE) 2202/19 (da trasporre entro il 24 luglio 2003)¹² ha stabilito che l'accesso alla tecnologia CAS deve essere garantito in termini equi, ragionevoli e non discriminatori. Nel secondo caso, si deve tener presente che è possibile che i nuovi entranti possano usare un CAS diverso da quello fornito da NDS, mentre Newscorp dovrà venire incontro ai nuovi entranti fornendogli una tecnologia CAS compatibile con il CAS degli altri operatori, rispettando gli obblighi "simulcrypt" volti a garantire la interoperabilità tra i due sistemi¹³. Tuttavia riguardo questo secondo punto occorre segnalare che nel frattempo Stream e Telepiù sono state multate ben due volte per il ritardo nell'adempimento delle obbligazioni di adeguamento alla tecnologia "simulcrypt", e ciò lascia intravedere difficoltà nella predisposizione delle condizioni necessarie ad un equo e paritario accesso al mercato da parte dei consumatori finali e degli operatori concorrenti.

Da un punto di vista giuridico, è interessante sottolineare che durante l'istruttoria condotta nel mercato molti interlocutori hanno considerato l'utilizzo della tecnologia fornita da NDS come una sorta di "essential facility" per il mercato pay-TV italiano (con quello che il riferimento alla dottrina delle *essential facilities* comporta in termini di obblighi di apertura dell'accesso ad una risorsa necessaria per garantire la piena fruizione e fornitura di un dato servizio sia per i consumatori che da parte degli operatori concorrenti).

¹⁰ Scatola di ricezione che contiene il 90% degli elementi standard DVD/Mpeg-2, più un sistema operativo e un sistema di accesso condizionato (G. Beretta, *Televisione dello spazio*, Eutelsat-II Sole24Ore, Milano, 1998).

¹¹ Le stesse Stream e Telepiù peraltro dopo un primo utilizzo di prodotti IRDETO, hanno preferito servizi di prodotti CAS, consolidando pertanto questo secondo mercato.

¹² Direttiva (CE) 2002/19 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro).

¹³ L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha emanato la decisione n. 216/00/CONS proprio con riferimento a questo ostacolo. Si veda il sito: <http://www.agcom.it>

La Commissione pertanto ha concluso, con riguardo anche alla integrazione verticale di NDS con la nuova entità nascente dalla fusione, e alla titolarità della tecnologia CAS in capo allo stesso operatore, che vi sia una alta possibilità che “l’operazione condurrà all’uso di un solo CAS da parte delle due entità combinate (Stream e Telepiù) [...]. In Italia esisterà un solo CAS e l’accesso a questo CAS dipenderà interamente da Newscorp [così come] lo sviluppo di un CAS alternativo dipenderà dalla cooperazione di Newscorp nel porre in essere una [tecnologia] *simulcrypt*”¹⁴.

Anche in considerazione di questi fattori tecnici la Commissione ha ritenuto che potranno sussistere barriere all’ingresso nel mercato della pay-tv italiana “rafforzando ulteriormente la posizione dominante delle entità combinate nel mercato della Pay-TV”¹⁵. Interessante notare che la Commissione ha sostenuto che la nuova entità non solo avrà l’incentivo a portare avanti strategie volte ad escludere ulteriori concorrenti dal mercato o ad alzare i costi, ma soprattutto ne avrà la *possibilità*. Il bisogno di accedere alla tecnologia CAS o di ottenere la cooperazione per porre in essere un accordo per la tecnologia “*simulcrypt*” potrà dare luogo a serie controversie, come l’esperienza degli ultimi anni insegna.

Considerazioni e preoccupazioni simili sono emerse per la Commissione anche con riguardo alla piattaforma digitale, in quanto Stream e Telepiù dovranno creare una piattaforma tecnica comune attraverso la quale fornire i loro programmi via satellite. La piattaforma tecnica può essere definita come “un sistema di controllo dell’accesso condizionato e della fornitura di servizi tecnici correlati”¹⁶. La piattaforma tecnica decifra i segnali trasmessi dal fornitore dei programmi e li trasmette agli abbonati attraverso il *set top box*, l’apparecchiatura terminale collocata, appunto, sul televisore. Anche attraverso questa “*essential facility*”, secondo la Commissione, Newscorp potrebbe avere la capacità e l’incentivo di rifiutare l’accesso o di alzare barriere al “consolidamento dei canali” (per esempio modificando frequentemente la posizione dei canali accessibili mediante la guida elettronica dei programmi denominata “EPG”) o predisponendo condizioni inique o discriminatorie di accesso ai canali satellitari digitali.

La conclusione della Commissione è stata che la fusione rafforza in maniera duratura la posizione dominante della nuova entità nel mercato della pay-TV italiana. Essa ha ritenuto che il monopolio di Newscorp per quanto riguarda i mezzi di trasmissione DTH contribuirà sostanzialmente al consolidamento di una situazione di quasi-monopolio nel mercato complessivo della pay-TV italiana¹⁷.

E’ interessante notare che i legali di Newscorp hanno obiettato che la Commissione avrebbe dovuto provare che Newscorp avrebbe effettivamente adottato un simile comportamento, richiamando, peraltro, la sentenza *Tetra Laval BV v. Commissione*¹⁸ in base alla quale il Tribunale di Prima Istanza aveva stabilito che il parametro della prova fosse dato “dall’equilibrio tra le probabilità” [che una grave limitazione della concorrenza si verificasse], annullando la decisione della Commissione basata sulla mera “possibilità” che vi fosse un danno alla concorrenza. La Commissione ha invece perentoriamente rigettato

¹⁴ COMP/M. 2876, paragrafo 125

¹⁵ COMP/M. 2876, paragrafo 126

¹⁶ I servizi tecnici che possono essere forniti da Newscorp tramite la piattaforma comprendono la gestione condizionata dell’accesso, il transito attraverso i decoder e l’inclusione nell’elenco predefinito di servizi (sintonia automatica), digitalizzazione e crittaggio, uplink satellitare e, in particolare, l’accesso alla guida elettronica dei programmi (EPG). Si veda in EU Institutions press release, <http://www.europa.eu.int/rapid/start/>.

¹⁷ COMP/M. 2876, paragrafo 140 (“Conclusioni”)

¹⁸ Causa T-5/02

questa assimilazione al caso *Tetra Laval* ritenendo che non fosse possibile paragonare quella operazione, in cui andava prendendo forma una posizione di “*collective dominance*”, rispetto al caso in esame, in cui di fatto si stava venendo a costituire una situazione di quasi-monopolio e in cui era evidente che l’operatore non avrebbe avuto alcun potenziale concorrente.

Simili considerazioni, inoltre, sono state sviluppate con riguardo agli effetti orizzontali e verticali nel mercato dei contenuti, concludendo che Newscorp deterrà anche in tali mercati il monopolio quale fornitore della pay-TV in Italia, che avrà accesso ai contenuti più interessanti e che nessun altro concorrente avrà contenuti essenziali per costituire una seria alternativa nella pay-TV italiana.

La Commissione ha, altresì, valutato la possibilità di far ricorso al principio di “*rescue merger*”, cioè di “concentrazione di salvataggio”, come in rare occasioni ha fatto nel passato, per autorizzare la proposta concentrazione. La nozione di *rescue merger* consiste nel fatto di autorizzare l’acquisizione di una impresa il cui destino, da un punto di vista di presenza sul mercato, risulti già segnato da ragioni finanziarie ed economiche. Il ricorso a tale principio è stato fatto nel passato nei casi “*Kali und Salz*”¹⁹ e *BASF/Eurodiol/Pantochim*²⁰. L’importanza di queste decisioni, e soprattutto della prima, risiede nel fatto di aver stabilito le condizioni in base alle quali sarebbe stato possibile ricorrere al principio di “*rescue merger*”, e in particolare: i.) che la società non acquisita sarebbe stata comunque forzata ad uscire dal mercato; ii.) che non ci sarebbe potuto essere comunque un acquirente meno anti-concorrenziale; e iii.) che la società acquirente avrebbe acquisito comunque la quota di mercato della società uscente, ove fosse stata costretta, appunto, a uscire dal mercato. In particolare, la stessa Corte di Giustizia²¹ ritenne che la fusione poteva essere considerata con “funzioni di salvataggio” se il “deterioramento nella struttura concorrenziale risultante dalla concentrazione si fosse verificato in modo simile anche se la concentrazione non avesse avuto luogo”. In altri termini, secondo la Corte, il criterio secondo il quale la società acquirente acquisirebbe comunque una quota di mercato dell’impresa target se questa dovesse essere costretta a lasciare il mercato (per ragioni meramente economiche, ad esempio), “è utilizzato per garantire che l’esistenza di un nesso causale tra la concentrazione e il deterioramento della struttura concorrenziale del mercato possa essere esclusa *solo qualora* la struttura concorrenziale derivante dalla concentrazione si deteriorasse in modo simile anche se la concentrazione non dovesse aver luogo. Il criterio dell’assorbimento delle quote di mercato, sebbene non sufficiente secondo la Commissione per precludere ogni effetto contrario della concentrazione sulla concorrenza, tuttavia aiuta a garantire gli *effetti neutrali* della concentrazione con riferimento al deterioramento della struttura concorrenziale del mercato. Tutto ciò è coerente con il concetto di nesso causale stabilito dall’articolo 2, comma 2, del Regolamento”²².

Esprimendo ulteriore capacità di “correzione del tiro”, la Corte di Giustizia nel caso *BASF/Eurodiol/Pantochim* ha invece stabilito che una ulteriore condizione fosse necessaria perché si potesse configurare la “necessità” di una concentrazione di salvataggio: il fatto che le attività da acquisire inevitabilmente sarebbero andate disperse o sarebbero uscite dal mercato in assenza della fusione. In altri termini, si richiedeva che almeno le condizioni

¹⁹ *Kali-Salz/MdK/Treuhand*, IV/M.308, decisione della Commissione del 14 dicembre 1993, in GUCE [1994] L 186/38. Sito web: http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/index/by_nr_m_6.html

²⁰ *BASF/Eurodiol/Pantochim*, COMP/M. 2314, decisione della Commissione dell’11 luglio 2001, in GUCE [2002] L 132/45. Sito web: http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/index/by_nr_m_46.html#m_2314

²¹ Cause congiunte C-68/94 e C-30/95, *Francia c. Commissione*.

²² Paragrafo 206 della decisione in esame. Traduzione libera dall’inglese dell’A.

della concorrenza non peggiorassero più di quanto sarebbe accaduto in mancanza della concentrazione.

Su questo punto in particolare, la società Newscorp ha ribadito che, in assenza della fusione, la società Telepiù avrebbe finito per occupare il posto della società Stream, forzata comunque a lasciare il mercato per fattori meramente economici. Il cambiamento sarebbe da individuare solamente nel fatto che Stream passerebbe da un controllo congiunto Newscorp/Telecom Italia ad un controllo unitario da parte di Newscorp, in una unica entità comprendente anche Telepiù.

In particolare, la Commissione ha tratto la conclusione che dal momento che almeno due condizioni su tre non si sarebbero realizzate, non fosse possibile pensare di autorizzare una vera e propria concentrazione di salvataggio. Ha ritenuto, infatti, che non fosse provato né che la società sarebbe stata sicuramente costretta ad abbandonare il mercato se non fosse stata acquisita da un'altra impresa, né che non potesse esistere un acquirente meno anti-competitivo.

La Commissione, pertanto, senza la necessità di dimostrare che nemmeno la terza condizione essenziale per autorizzare una concentrazione di salvataggio si fosse verificata, ha ritenuto di dover escludere che fosse stato dimostrato che non esistesse un nesso causale tra operazione di concentrazione ed effetti sulla competitività del mercato tale da poter autorizzare la concentrazione.

Tuttavia, la Commissione ha ritenuto che una concentrazione soggetta a determinate condizioni possa avere un effetto favorevole nei confronti dei consumatori. Ed è così che, dopo aver preso in considerazione una lunga serie di condizioni e di obblighi che la società Newscorp ha assunto per il futuro per garantire la sussistenza delle condizioni di concorrenza, la Commissione è giunta alla conclusione²³ che gli impegni assunti da Newscorp potessero essere considerati sufficienti ad eliminare gli effetti anti-competitivi nei mercati rilevanti, tenendo in considerazione le peculiarità dell'operazione di concentrazione specifica.

Tra le condizioni e gli obblighi che Newscorp si è impegnata a rispettare (saranno in vigore fino al 31 dicembre 2011, salvo che la Commissione non decida di fissare un termine più breve) occorre menzionare, per completezza:

i.) Contenuti:

- a. Per quanto riguarda i contenuti, ed in particolare per quanto riguarda i film più famosi e le partite di calcio (cosiddetti contenuti *premium*), essi devono comunque essere resi disponibili sul mercato. Newscorp dovrà pertanto rinunciare ai diritti esclusivi su tali prodotti per quanto riguarda la modalità di trasmissione non satellitare. Gli operatori non satellitari via cavo, via digitale terrestre e via Internet potranno pertanto acquisire i diritti relativi ai contenuti di tali prodotti direttamente alla fonte.
- b. I contenuti *premium* potranno essere acquisiti dai concorrenti non satellitari da Newscorp attraverso l' "offerta all'ingrosso" (*wholesale*) sulla base del principio *retail minus* (prezzo all'utente meno una percentuale fissa).

²³ Paragrafo 261 della decisione in esame.

- c. Anche in caso di concorrenti “satellitari”, essi avranno la possibilità di accedere ai contenuti dal momento che i proprietari di tali diritti potranno rescindere unilateralmente il contratto senza la corresponsione di penali e ponendo un limite temporale sui contratti stipulandi.

Al tempo stesso, Newscorp si è obbligata a non boicottare i diritti sui prodotti di seconda visione, permettendo la diffusione differita (più economica) dei film più famosi, dal momento che in caso contrario Newscorp finirebbe per monopolizzare del tutto il mercato impedendo ai consumatori di accedere ad un prodotto alternativo a prezzo inferiore.

ii.) Piattaforma digitale

Newscorp mette a disposizione dei concorrenti la propria piattaforma digitale e garantirà condizioni eque e ragionevoli per ogni operatore, e si è impegnata a rilasciare le licenze necessarie per utilizzare la tecnologia CAS in maniera equa e non discriminatoria. Al tempo stesso si è impegnata a concludere eventuali accordi simulcrypt con i concorrenti, ove questi intendessero utilizzare una tecnologia diversa da quella CAS.

iii.) Dismissioni

Newscorp si è impegnata a cedere le attività di radiodiffusione terrestre digitale ed analogica di Telepiù, e a non porre in essere eventuali ulteriori attività DTT, né quale operatore di rete né quale operatore *retail*.

Le frequenze liberate potranno essere acquistate da parte di un operatore che intendesse inserire nel suo programma di trasmissione anche la pay-TV, in vista del passaggio dalla radiodiffusione televisiva terrestre analogica a quella digitale prevista per il 2006.

iv.) Arbitrato

Newscorp ha proposto altresì di affidare l'eventuale risoluzione delle controversie che dovessero insorgere, nella attuazione del piano di impegni assunti, ad un panel arbitrale. In tal senso la stessa AGCOM (Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni) sarà competente per le questioni riservate *ex lege*.

v.) Durata delle obbligazioni.

Le obbligazioni assunte da Newscorp resteranno valide ed efficaci fino al 31 dicembre 2011, salvo che la Commissione non fissi un termine minore, e purché la concorrenza risulti sufficientemente tutelata.

E' interessante rilevare che l'istruttoria che ha portato alla decisione in esame si è anche soffermata sull'impatto che una simile operazione di concentrazione avrebbe potuto avere sulla concorrenza in relazione ai mercati controllati da Telecom Italia. Questa, infatti, pur detenendo nella nuova piattaforma pay-TV combinata solo la quota di minoranza del 19,9%, avrebbe potuto rafforzare la propria posizione dominante nel mercato delle telecomunicazioni relativo all'accesso ad Internet a banda larga. Un tale impatto anti-

concorrenziale non è stato sufficientemente dimostrato, e pertanto la Commissione non ha ritenuto necessario impedire la fusione o porre ulteriori condizioni, anche perché l'operatore italiano di telecomunicazioni (l'*incumbent*), in questo caso non può ritenersi come operatore detentore di una posizione di controllo congiunto dell'impresa.

Questa decisione merita la massima attenzione per aver dimostrato l'ampiezza e l'elasticità di applicazione che il concetto di *dominance*, così come delineato dall'articolo 2 del Regolamento comunitario sulle operazioni di concentrazione, permetta ai "controllori". Il parametro di valutazione, infatti, si è dimostrato molto flessibile nel valutare e combinare insieme, da un lato, la misura della *dominance*, cioè la posizione della impresa NewsCorp in relazione ai mercati specifici; e, dall'altro, la possibilità dell'impresa in esame di incidere in maniera rilevante sul libero gioco della concorrenza.

In un recente scritto sulla necessità o opportunità di un eventuale cambiamento del test di "*dominance*" nella valutazione delle operazioni di concentrazione²⁴, anche alla luce delle più recenti sentenze della Corte di Giustizia di annullamento di alcune decisioni della Commissione, la decisione Stream/Telepiù viene considerata come un valido esempio di come il concetto di *dominance*, lungi dal poter essere considerato ormai come un parametro stigmatizzato dalla più recente prassi della Corte o superato da modelli forse più agili di origine anglosassone (come il parametro di valutazione offerto dall'esame della cosiddetta SLC, "*substantial lessening of competition*")²⁵, possa essere estremamente duttile nel combinare, da un lato, la valutazione dell'esistenza di una posizione dominante nel mercato e, dall'altro, l'effettiva "sostanziale riduzione della concorrenza", giungendo addirittura alla conclusione che in un contesto dinamico la dominanza non dovrebbe perdurare.

Se da un lato, infatti, la fusione Stream/Telepiù porta ad una indubbia posizione di monopolio nel mercato italiano pari a quasi il 100% del mercato della pay-TV, dall'altro la Commissione ha ritenuto che a fronte del rispetto degli impegni assunti dalla parte acquirente, la concorrenza non sarà (non dovrebbe essere) sostanzialmente ridotta o danneggiata da una tale concentrazione, dimostrando una estrema capacità di adattamento alle esigenze del mercato ed, in particolare, dei consumatori. Dando ulteriore vitalità ad un concetto, quello di *dominance*, che peraltro alcuni interpreti ed operatori²⁶ considerano per certi aspetti troppo rigido, dato il rischio che magari siano non autorizzate concentrazioni utili o che siano autorizzate concentrazioni dannose per il mercato.

E' emerso, infatti, il dubbio che il concetto di *dominance* ex articolo 2, comma 3, del Regolamento sulle concentrazioni²⁷ possa in alcuni casi lasciare qualche "*empty box*",

²⁴ Antonio Heimler, "*Economics and the merger regulation: Is a change of the test justified?*", Charles River Associates, Londra, giugno 2003. Sito web: <http://www.crai.com/.%5CAgenda%5CHEimlerP.pdf>

²⁵ Parametro di valutazione dell'impatto di una operazione di concentrazione in un mercato specifico, adoperato in numerosi ordinamenti giuridici di *common law*, e in particolare negli Stati Uniti. L'*Enterprises Act 2002* britannico, entrato in vigore nel giugno 2003, ha appena introdotto tale test nell'ordinamento inglese. Una operazione di concentrazione conduce ad una *substantial lessening of competition* allorché indebolisca la concorrenza al punto che ne siano danneggiati i consumatori. Il test consiste nel valutare l'impatto potenziale che una determinata operazione di concentrazione può avere sul mercato specifico, studiando il mercato specifico prima dell'operazione di concentrazione ed ipotizzando l'impatto eventuale dopo la concentrazione. Per una definizione di SLC si veda l'*Enterprise Act 2002* e la *Substantive Assessment Guidance* dell'*Office of Fair Trade* (OFT), pubblicati nel sito web dell'OFT: <http://www.oft.gov.uk/>

²⁶ Prof. G. Priest, Yale University, New Haven, "*The GE/Honeywell precedent*", *The Wall Street Journal* (2 giugno 2001).

²⁷ L'Articolo 2, comma 3, del Regolamento (CEE) n. 4064/89 recita, infatti, "Le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che un concorrenza effettiva sia ostacolata in modo

qualche area non coperta, pur essendo stato peraltro egregiamente applicato nel corso di questi anni sia a livello comunitario che nazionale²⁸. Se, infatti, non risultano differenze particolari tra il parametro di *dominance* e il parametro di SLC in relazione ad operazioni di concentrazione relative alla creazione di un monopolio (o di una singola impresa) con effetti unilaterali o di una concentrazione destinata a creare un oligopolio (*collective dominance*) con effetti coordinati, ci sono invece casi che potrebbero ricadere in una “scatola vuota” non coperta dal parametro di *dominance* o di *collective dominance*²⁹.

In conclusione, non è da escludere che nell’ordinamento comunitario possano trovare applicazione, in determinati casi, anche parametri di valutazione diversi, più flessibili e dinamici di quelli di cui la prassi comunitaria si è fin qui servita, come ad esempio quello di “*substantial lessening of competition*”. Anche se vi sono interpreti che comunque reputano che l’ordinamento giuridico comunitario è stato in grado di avvalersi anche di strumenti *ex post* di valutazione della *dominance*, come quello fornito dall’articolo 82 CE (abuso di posizione dominante), o di affiancare ai meccanismi tradizionali di valutazione della *dominance* in senso stretto anche fattispecie astratte finalizzate a valutare operazioni di contrazioni caratterizzate da *joint (collective) dominance*, colmando il vuoto derivante dall’assenza del concetto di creazione e di rafforzamento della posizione dominante *da parte di due o più imprese* congiunte, non espressamente menzionato nell’articolo 2 del Regolamento (CE) n. 4064/89³⁰. Dimostrando, pertanto, che il meccanismo di controllo comunitario gode di una vitalità, una capacità di adattamento e di salvaguardia della libertà di mercato e di tutela dei consumatori che supera le vere o supposte rigidità degli strumenti disponibili.

significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate incompatibili con il mercato comune”.

²⁸ Prof. Richard Whish, King’s College, Londra, “*Substantial Lessening of Competition/creation or strengthening of competition*”, International Competition Network, First Annual Conference, Napoli, 2002. Sito web: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/whish_icn_naples_full_version.pdf.

²⁹ Whish, in *op. cit.*, cita ad esempio l’esistenza di mercati di beni e servizi di marca in cui, in assenza di tacito coordinamento, il passaggio da tre a due imprese a seguito di una concentrazione potrebbe non portare alla creazione di una *dominance* da impresa unica né ad un caso di *collective dominance* del tipo riscontrato in *Airtours*, magari permettendo che uno dei concorrenti residuali possa esercitare unilateralmente il proprio potere di mercato. Mentre nel sistema attuale sarebbe necessario ampliare ad oltranza il parametro di *collective dominance*, il parametro di SLC potrebbe coprire agevolmente questo caso di specie. Tornando al concetto di *dominance*, se un’Autorità nazionale della concorrenza volesse usare il concetto di SLC ma dovesse usare i termini usati dal regolamento sulle concentrazioni, vi sarebbe il “pericolo [...] che la parola “*dominance*” sarebbe torturata fino a che confessi che essa intende qualcosa di diverso da quello che dice”. A rischio di giungere ad una moderna versione della logica di Don Ferrante, il personaggio della penna manzoniana che, escludendo che il contagio della peste potesse essere “*o sostanza o accidente*” asseriva “*e se io provo che il contagio non può esser né l’uno né l’altro, avrò provato che non esiste, che è una chimera*” (Manzoni, *I Promessi Sposi*, Milano, 1840, Cap. XXXVII).

³⁰ Si veda, in particolare, l’evoluzione del concetto di *collective dominance* a partire dalla decisione *Nestlé/Perrier* del 1992 fino alla recente sentenza del Tribunale di Prima Istanza nella causa *Airtours/First Choice* del 2002. *Nestlé/Perrier*, IV/M. 190, decisione della Commissione del 22 luglio 1992, in GUCE [1992] L 356/1. Sito web: http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/index/by_nr_m_3.html#m_190. *Airtours/First Choice*, IV/M.1524, decisione della Commissione del 22 settembre 1999, in GUCE [2000] L 93/1 e *Airtours plc c. Commissione*, T-342/99, sentenza del Tribunale di Prima Istanza del 6 giugno 2002. Sito web: http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/index/by_nr_m_30.html