



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA N. 128/15/CONS

**PROVVEDIMENTO AI SENSI DELL'ART. 48, COMMA 7, DEL DECRETO
LEGISLATIVO 31 LUGLIO 2005, N. 177 (TESTO UNICO DEI SERVIZI DI
MEDIA AUDIOVISIVI E RADIOFONICI) PER IL RISPETTO DEGLI
OBBLIGHI DI SERVIZIO PUBBLICO GENERALE RADIOTELEVISIVO
PREVISTI DALL'ART. 22 DEL CONTRATTO DI SERVIZIO PER IL
TRIENNIO 2010-2012**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio dell'11 marzo 2015;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante *“Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”*;

VISTO il decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, recante *“Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici”* e, in particolare, l’art. 45 che prevede che il servizio pubblico generale radiotelevisivo è affidato per concessione ad una società per azioni che lo svolge *“sulla base di un Contratto nazionale di servizio”* e l’art. 48 che prevede che *“In conformità a quanto stabilito nella comunicazione della Commissione delle Comunità europee 2001/C 320/04, (...) relativa all’applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di radiodiffusione”*, l’Autorità deve verificare che il servizio pubblico *“venga effettivamente prestato ai sensi delle disposizioni di cui al presente testo unico”* e del Contratto nazionale di servizio;

VISTO il Contratto nazionale di servizio stipulato tra il Ministero delle comunicazioni e la Rai-Radiotelevisione italiana S.p.A. per il triennio 2007-2009, approvato con decreto del Ministro delle comunicazioni 6 aprile 2007;

VISTO il Contratto nazionale di servizio stipulato tra il Ministero dello sviluppo economico e la Rai-Radiotelevisione italiana S.p.A. per il triennio 2010-2012, approvato con decreto del Ministro dello sviluppo economico del 27 aprile 2011, attualmente in vigore in regime di *prorogatio* ai sensi dell’art. 36 del Contratto medesimo ai sensi del quale *“fino alla data di entrata in vigore del successivo Contratto, i rapporti tra la concessionaria e il Ministero restano regolati dalle disposizioni del presente Contratto”*;

VISTO, in particolare, l’art. 22 del predetto Contratto di servizio 2010-2012, rubricato *“neutralità tecnologica e competitiva”*, secondo cui, al comma 1, la Rai S.p.A., nella fase di passaggio dalle trasmissioni analogiche a quelle digitali, deve assicurare la diffusione dell’intera programmazione delle reti generaliste attraverso almeno una piattaforma distributiva di ogni piattaforma tecnologica. In questa prospettiva, secondo le previsioni dei successivi commi 2 e 4, la Rai S.p.A. è anche tenuta ad adottare le più



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

opportune politiche di criptaggio al fine di garantire in forma gratuita l'accesso all'intera programmazione generalista e trasmessa in *simulcast* via satellite, fatti salvi i diritti dei terzi, e potrà consentire la messa a disposizione della propria programmazione di servizio pubblico a tutte le piattaforme commerciali che ne faranno richiesta nell'ambito di negoziazioni eque, trasparenti e non discriminatorie;

VISTA la delibera n. 136/03/CONS, recante “*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*” e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la sentenza del TAR Lazio-Sezione III *Ter* n. 6320/2012, di annullamento, su ricorso della Sky Italia S.r.l. (di seguito, Sky S.r.l.), della delibera 732/09/CONS, recante “*Diffida alla società Rai-Radiotelevisione Italiana S.p.A. ai sensi dell'art. 48, comma 7, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177 per il rispetto degli obblighi di servizio pubblico generale radiotelevisivo (Tivù-Sat)*”, successivamente confermata, con motivazione integrata in parte *qua*, dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. III n. 04336/2013 del 30 agosto 2013, che ha rigettato l'appello dell'Autorità, del Ministero dello sviluppo economico e della Rai S.p.A.;

VISTE le note con le quali, a seguito della citata sentenza del Consiglio di Stato ed alla luce delle reiterate doglianze di Sky S.r.l. relative al diniego della Rai S.p.A. a consentire la visione integrale della programmazione di servizio pubblico sulla propria piattaforma satellitare, la Direzione servizi media dell'Autorità, ricordando il *dictum* del Giudice amministrativo, ha richiesto alla società Rai S.p.A. (prot. n. 1338 del 13 gennaio 2014) e alla società Sky Italia S.r.l. (prot. n. 1356 del 13 gennaio 2014) informazioni sullo stato delle negoziazioni intraprese ai sensi del sopra citato art. 22 del Contratto di servizio 2010-2012;

VISTA la nota del 31 gennaio 2014 (prot. n. 4939) con la quale la Sky S.r.l., in riscontro alla predetta richiesta, ha evidenziato che la Rai S.p.A. continua a non offrire parità di condizioni rispetto alle condizioni applicate a Tivù e rifiuta di impiegare la codifica NDS, nonostante l'offerta avanzata dalla stessa Sky Italia S.r.l. di sostenere tutti gli eventuali costi di criptaggio, violando così l'art. 22 del contratto di servizio nella lettura di detta disposizione fornita dal Consiglio di Stato;

VISTA la nota del 22 gennaio 2014 (prot. n. 3350) con la quale la Rai S.p.A., riscontrando la richiesta di informazioni dell'Autorità, si è dichiarata “*disposta a intraprendere, in buona fede e spirito costruttivo, negoziati finalizzati alla conclusione di un accordo commerciale che scaturisca da negoziazioni eque, trasparenti e non discriminatorie, sulla base di condizioni approvate dalle Autorità competenti*”, ma ha evidenziato che tale interesse non è stato manifestato da Sky S.r.l.. Inoltre, richiamando il precedente carteggio intercorso tra le due società (la diffida di Sky S.r.l. del 10 ottobre 2012 e la risposta di Rai S.p.A. del 6 dicembre 2012), ha manifestato la propria



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

disponibilità “a valutare qualunque eventuale proposta pur nei limiti di quanto sopra esposto”;

VISTA la segnalazione inviata da Sky S.r.l. il 27 marzo 2014 (prot. n. 14262) affinché l’Autorità procedesse all’accertamento della violazione degli obblighi di servizio pubblico da parte della Rai S.p.A., adottando i provvedimenti previsti dall’art. 48 del decreto legislativo n. 177/2005 volti ad inibire l’arbitraria scelta della Rai S.p.A. di avvalersi di Tivùsat quale unica piattaforma distributiva utilizzata per la diffusione integrale della programmazione Rai sul satellite;

VISTA la nota del 14 aprile 2014 (prot. n. 17615), inviata per conoscenza anche a Sky S.r.l., con la quale il Presidente dell’Autorità ha esortato la concessionaria del servizio pubblico ad attuare in tempi brevi l’accordo negoziale per la messa a disposizione della programmazione di servizio pubblico della Rai S.p.A. sulla piattaforma satellitare di Sky S.r.l., come previsto dall’art. 22, comma 4, del Contratto di servizio 2010-2012;

VISTA l’ulteriore segnalazione inviata da Sky Italia S.r.l. il 21 maggio 2014 (prot. n. 26067), con la quale la società ha reiterato la richiesta all’Autorità di procedere all’accertamento delle violazioni poste in essere dalla Rai S.p.A. e all’adozione di ogni conseguente provvedimento volto a garantire che anche ai possessori dei decoder Sky S.r.l. possa finalmente risultare visibile la programmazione Rai, anche alla luce della propria disponibilità ad applicare a Rai S.p.A. le medesime condizioni di Tivù o, in subordine, a farsi carico dei costi di criptaggio in NDS;

VISTO l’atto del 18 giugno 2014, notificato in pari data, con il quale la Direzione servizi media ha avviato nei confronti della Rai-Radiotelevisione Italiana S.p.A., con sede in Roma, Viale G. Mazzini n. 14, un’istruttoria finalizzata all’accertamento della inosservanza degli obblighi di servizio pubblico generale radiotelevisivo previsti dall’art. 22 del Contratto di servizio per il triennio 2010-2012, a causa della mancata attuazione dell’accordo ripetutamente richiesto da Sky S.r.l. alla Rai S.p.A. per la messa a disposizione della integrale programmazione di servizio pubblico sulla piattaforma satellitare della stessa Sky, ammettendo quest’ultima a partecipare al procedimento;

VISTI gli atti della istruttoria svolta dalla Direzione servizi media, nel corso della quale si sono svolte le audizioni della società Rai (in data 18 luglio, 15 ottobre e 24 novembre 2014) e della società Sky (in data 7 novembre 2014) e sono state acquisite le bozze degli accordi intercorsi tra le parti nel periodo dall’11 febbraio 2014 al 6 novembre 2014, nonché le memorie depositate da Rai S.p.A. il 1° dicembre 2014 e da Sky S.r.l. il 15 settembre, il 18 ottobre e il 24 novembre 2014;

RILEVATO che nella riunione del 13 gennaio 2015 l’Autorità ha disposto lo svolgimento di approfondimenti istruttori, ai sensi dell’art. 10, comma 3, del regolamento in materia di procedure sanzionatorie, al fine di accertare se l’espressione “fatti salvi i



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

diritti dei terzi”, prevista dai commi 1 e 2, dell’art. 22 del Contratto di servizio 2010-2012, si riferisca esclusivamente ad esigenze di *geo-blocking*, ovvero involva profili relativi alla natura delle trasmissioni pay o free diffuse da piattaforme satellitari commerciali;

RILEVATO, pertanto, che il termine di definizione della citata istruttoria è stato conclusivamente fissato alla data del 15 marzo 2015, giusta comunicazione debitamente inviata dall’Autorità alle parti;

CONSIDERATO quanto segue:

Il fatto e le risultanze istruttorie

Con le note indicate in epigrafe, la società Sky ha lamentato il mancato rispetto, da parte della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, dell’art. 22 del Contratto di servizio 2010-2012, per non aver la medesima concessionaria permesso – in estrema sintesi – la visione integrale della propria programmazione generalista e di servizio pubblico sulla piattaforma commerciale Sky, alle stesse condizioni accordate alla piattaforma Tivù, così peraltro perpetrando una ingiustificata discriminazione.

E’ stato dunque avviato un procedimento ai sensi dell’art. 48 del Testo unico citato, per verificare il rispetto del predetto Contratto di servizio e, in attuazione dei poteri ivi previsti, sono state audite la concessionaria e la segnalante, nonché acquisita documentazione varia, tenuto anche conto del fatto che, con specifico riguardo alle piattaforme commerciali, quale è la segnalante Sky S.r.l., l’Autorità deve verificare non soltanto il rispetto delle previsioni che regolano la fornitura del servizio pubblico, bensì anche – ai sensi dell’art. 22, comma 4, del Contratto di servizio vigente – il comportamento negoziale della concessionaria verso tali piattaforme, affinché esso sia improntato a criteri di equità, trasparenza e non discriminazione e si concreti in disposizioni (pure verificabili dall’Autorità) esprimenti detti criteri.

Dalla documentazione acquisita nel corso del procedimento, dalle audizioni delle società e dalle memorie depositate in atti è emerso che, a partire dal mese di febbraio 2014, tra le società Rai S.p.A. e Sky S.r.l. vi sono state varie negoziazioni, anche effettivamente finalizzate (perlomeno in parte) alla cessione della programmazione di servizio pubblico della concessionaria a favore della piattaforma satellitare Sky.

Tali negoziazioni, più precisamente, si sono svolte tramite un reiterato scambio di “bozze” di accordo tra le due società e risultano documentate fino al mese di novembre 2014 (l’ultima bozza è datata 6 novembre 2014) e, da ciò che si evince dai documenti e tenuto conto di quanto affermato dalle parti audite, pertengono ad un ampio dialogo fra le due imprese, nell’ambito del quale, tuttavia, vi sono stati numerosi profili sui quali le medesime hanno assunto posizioni fortemente divergenti.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

In particolare, infatti, tra le questioni principali più volte ridiscusse tra le parti si rilevano quelle relative alla durata della cessione della programmazione della concessionaria a favore della piattaforma Sky, alla possibilità di salvezza dei “diritti dei terzi” da parte della società Rai tramite oscuramento di alcuni programmi, alla soluzione di alcuni contenziosi pendenti fra le medesime ed alla ampiezza delle rinunce espresse al riguardo, nonché alla possibilità di rinegoziare l’accordo valorizzando la cessione della programmazione.

Deduzioni della società Rai S.p.A.

Audita al riguardo, la società Rai, nel corso della istruttoria, ha in primo luogo evidenziato la piena coerenza della propria condotta con le previsioni dell’art. 22, comma 4, del Contratto di servizio, ritenendo che, alla luce del disposto di tale previsione, l’Autorità potrebbe unicamente censurare una condotta della concessionaria che si sostanzi in un rifiuto aprioristico a trattare, privo di qualsiasi motivazione o discriminatorio.

Nel merito, poi, la medesima concessionaria ha ricordato che, nel quadro di una più ampia cornice transattiva, l’ipotesi di accordo che l’Autorità ha acquisito in atti – oltre alla rinuncia di taluni contenziosi e a talune collaborazioni tra le parti – prevedeva, quale elemento essenziale, la messa a disposizione per un periodo di 12 mesi della programmazione di servizio della Rai in conformità all’ art. 22, comma 4 del Contratto di servizio.

A fronte di ciò, la società Rai si sarebbe limitata a richiedere alla controparte Sky che “OMISSIS” e che “OMISSIS” (ove consentito dalla normativa applicabile). Ciò al fine, perseguito dalla società Rai, di ottenere una controprestazione per la cessione della programmazione (OMISSIS), che invece non sarebbe stato mai pienamente accettato dalla controparte.

La concessionaria, invero, ritiene che la cessione della programmazione di servizio pubblico alla piattaforma di Sky rappresenti necessariamente per quest’ultima un valore economico (ed in questo senso debba essere remunerato, in ipotesi tramite le modalità sopra indicate), anche perché, secondo informazioni di fonte Auditel “OMISSIS”.

In questo stesso senso (dell’interesse economico della piattaforma Sky ad ottenere la programmazione Rai) deporrebbero anche, ancora secondo la società Rai, il fatto che OMISSIS, nonché l’esperienza internazionale (per esempio degli USA e del Regno Unito) ove si sta ripensando l’originaria scelta di consentire alle piattaforme commerciali di pay tv di ritrasmettere gratuitamente la programmazione dei canali di servizio pubblico.

Viceversa, sempre a detta della società Rai, la presenza dei propri canali sulla piattaforma Sky sarebbe influente per la concessionaria stessa, posto che le reti digitali terrestri coprono abbondantemente il territorio, consentendo la visione dei programmi di servizio pubblico sulla piattaforma DTT a circa il 99% della popolazione, né vi sarebbero ragioni di tutela dell’utenza per cedere la programmazione, posto che se, da un lato, gli abbonati Sky ricevono comunque la programmazione Rai in digitale terrestre, dall’altro, per quanto



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

riguarda le limitatissime aree del territorio non coperte dal digitale terrestre (per il MUX 1 meno dell'1% della popolazione italiana), vi sono comunque i ricevitori distribuiti da Tivù, più che sufficienti a coprire eventuali residui gap della rete terrestre.

In definitiva, dunque, secondo la società Rai, le pretese della controparte Sky esprimerebbero la volontà di reintrodurre nell'ordinamento un obbligo di *must offer* gratuito, invece superato nel passaggio tra il Contratto di servizio 2007-2009 a quello 2010-2012, attualmente in vigore.

Né vi sarebbe, infine, sempre a detta della concessionaria, discriminazione alcuna rispetto alla società Tivù, stante la differenza ontologica fra i due sistemi, posto che mentre l'utente Sky paga un abbonamento mensile per accedere alla programmazione, l'utente che si avvale di apparati promossi da Tivù (ma non di Tivù) sostiene esclusivamente il costo del decoder per accedere a tutta l'offerta Rai. Sky, quindi, starebbe equiparando due soggetti non confrontabili, in quanto Tivù è un mero fornitore di servizi tecnici ad emittenti in chiaro, mentre Sky è una emittente a pagamento che distribuisce *bouquet* di canali ai propri abbonati e può avvalersi della programmazione Rai quale elemento di appetibilità della sua offerta commerciale.

Deduzioni della società Sky S.r.l.

Audita a sua volta, la società segnalante Sky ha innanzitutto evidenziato che le trattative svolte (acquisite agli atti) in realtà non avevano ad oggetto l'adempimento da parte di Rai dei propri obblighi di servizio pubblico, ma esploravano la possibilità di transigere alcuni contenziosi pendenti tra le parti.

Si tratterebbe, dunque, secondo la segnalante medesima, di negoziazioni che, per il contesto in cui si pongono (di tipo transattivo su contenziosi che, peraltro, non hanno ad oggetto l'art. 22 del Contratto di servizio), per la peculiarità del contenuto e della durata, per le modalità e le tempistiche con cui vengono condotte da Rai, non ricadono nell'art. 22 in alcun modo (e ciò sarebbe confermato dal fatto stesso che tali trattative prevedono la rinuncia di Sky ad azioni giudiziarie, poiché ciò integrerebbe una condizione discriminatoria, vietata dal citato articolo).

Inoltre la società Sky ha concentrato gran parte delle proprie argomentazioni per spiegare come le proposte della concessionaria acquisite agli atti sarebbero, in ogni caso, del tutto inadeguate a risolvere la principale delle problematiche segnalate dalla medesima Sky, vale a dire quella relativa ai numerosi oscuramenti della programmazione di servizio pubblico sofferti dagli utenti della piattaforma Sky (diversamente dagli utenti che si avvalgono dei servizi di Tivù), che viene, in pratica, giustificata dalla Rai richiamando la clausola sulla salvezza dei diritti dei terzi.

In quest'ottica, la società Sky ha spiegato che, in realtà, la concessionaria non ha mai manifestato nel corso delle negoziazioni di cui si discute la disponibilità a rendere integralmente visibili i canali Rai agli utenti in possesso di *decoder* e *smart card* Sky.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

L'accordo tecnico dalla medesima proposto, infatti (che sarebbe ben diverso da quello esistente tra la concessionaria e la società Tivù e da quello esistente tra Sky S.r.l. e Rai S.p.A. sino all'agosto 2009), non sarebbe in grado di risolvere (e, anzi, potrebbe peggiorare) gli attuali oscuramenti dei canali di servizio pubblico per la piattaforma e gli utenti Sky. La pretesa della società Rai di applicare la clausola "fatti salvi i diritti dei terzi", infatti, sarebbe idonea a generare un numero di oscuramenti potenzialmente incontrollabili, peraltro senza alcuna valida o condivisibile ragione, in violazione dei principi di universalità e neutralità competitiva del servizio pubblico. Nella realtà di mercato, invero, inclusi i diritti del calcio, i diritti sul mezzo satellitare non vengono suddivisi dal licenziante per gestore di piattaforma, né – come affermato anche dal Consiglio di Stato – la visibilità della programmazione di servizio pubblico anche sulla piattaforma di Sky altera la natura delle trasmissioni, che restano di natura gratuita e non si trasformano, quindi, in contenuti a pagamento per il solo fatto di essere universalmente visibili anche sui decoder satellitari e sulle *smart card* satellitari di Sky.

D'altro canto, ancora secondo la società Sky, la inconsistenza delle problematiche sollevate dalla concessionaria in ordine alla tutela dei diritti dei terzi risulterebbe confermata anche dagli accordi in base ai quali la stessa società Rai licenzia alla società Sky, come editore del canale "Cielo" (canale gratuito diffuso anche sul satellite), i diritti tv, che infatti sono identificati come diritti *free* e non come diritti *pay*, per il solo fatto che sono trasmessi tramite *decoder* e *smart card* Sky, ma non rientranti in un *bouquet* a pagamento (esattamente come sarebbe trasmessa la programmazione integrale del servizio pubblico di cui la società Sky chiede la cessione).

Peraltro, la segnalante ha anche ricordato che, nei fatti, è più volte avvenuto che i medesimi programmi della concessionaria fossero oscurati con alternanza casuale, il che conduce ad escludere che vi possa essere un impedimento di natura giuridica a monte sulla natura dei diritti; e in ogni caso, quand'anche vi fosse, secondo la medesima segnalante la concessionaria dovrebbe comunque attivarsi – ai sensi dell'art. 22, comma 2, del contratto di servizio – perseguendo le più opportune politiche di criptaggio per garantire l'universalità del servizio.

Per questi motivi, in definitiva, la società Sky ritiene di non poter accettare le proposte di Rai S.p.A., neanche se esprimenti l'impegno (come da ultima bozza del 6 novembre) di contenere il numero degli oscuramenti, posto che si tratterebbe comunque di un'inammissibile discriminazione rispetto al criptaggio che Rai effettua su Tivusat. A ciò si aggiunga, ha concluso la segnalante Sky, che la società Rai non le ha mai proposto il riconoscimento di un corrispettivo analogo a quello riconosciuto dalla stessa Rai a Tivù e che, peraltro, la durata proposta dell'accordo è limitata ad un solo anno ed anche sotto questo profilo, quindi, non corrisponde al contratto di servizio.

Pertanto, la società Sky ha insistito per l'accertamento della violazione del contratto di servizio da parte della concessionaria, con le conseguenze previste.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Valutazioni dell'Autorità

Si discute del rispetto dell'art. 22 del Contratto di servizio 2010-2012 da parte della concessionaria Rai, in particolare con riferimento al comportamento tenuto dalla medesima rispetto alle reiterate richieste della piattaforma commerciale satellitare Sky di ottenere la cessione della programmazione integrale di servizio pubblico ai sensi del citato articolo, per permetterne la visione ai propri abbonati senza oscuramenti, al pari di quanto attualmente avviene per la piattaforma satellitare gestita dalla società Tivù.

Occorre dunque valutare tale comportamento, anche alla luce – come già accennato – dei parametri forniti dall'art. 22, comma 4, del Contratto di servizio, che regola specificamente i rapporti negoziali della concessionaria con le piattaforme commerciali aventi ad oggetto la cessione della programmazione di servizio pubblico, richiedendo testualmente che essi siano retti da principi di equità, trasparenza e non discriminazione e si estrinsechino in condizioni negoziali (verificabili dall'Autorità) espressive di detti principi.

Ne consegue che la valutazione da effettuare in questa sede deve necessariamente interessare anche le singole questioni su cui le parti, nel corso della negoziazione, hanno manifestato posizioni fortemente divergenti (questioni che, all'evidenza, hanno determinato non soltanto le lungaggini della negoziazione stessa, bensì anche il mancato raggiungimento di un accordo), così da svolgere concretamente il compito demandato all'Autorità dal legislatore, vale a dire quello di indirizzare (con il presente provvedimento) il comportamento della concessionaria ai sensi dell'art. 48, comma 7, del Testo unico già citato.

In quest'ottica, preliminare alla descritta valutazione è, naturalmente, la individuazione delle finalità e del significato delle varie disposizioni dell'art. 22 del Contratto di servizio vigente, del cui rispetto si discute.

Sul punto, l'azione amministrativa deve conformarsi al noto *dictum* del Giudice amministrativo di primo e secondo grado, già citato in premessa, che, sebbene inizialmente adito in merito ad una vicenda (assolutamente analoga alla presente) ricadente nella vigenza del precedente Contratto di servizio 2007-2009, ha fornito una puntuale interpretazione non soltanto dell'art. 26 di quel Contratto di servizio, all'epoca applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, bensì anche dell'art. 22 dell'attuale Contratto (sottoscritto dalla concessionaria nelle more dei giudizi), posto che tale norma, in sostanza, nel nuovo assetto contrattuale disciplina (anche se in maniera più articolata e sensibilmente diversa) la stessa materia della cessione della programmazione della concessionaria, già disciplinata dal citato art. 26.

Va allora brevemente ricordato che il giudizio, all'epoca, fu instaurato su ricorso della società Sky per l'annullamento (poi ottenuto) della delibera n. 732/09/CONS, con la quale – in estrema sintesi – l'Autorità, all'esito di un procedimento istruttorio avviato, su segnalazione della Associazione Altroconsumo, ai sensi dell'art. 48 del Testo unico citato, non ha ravvisato in capo alla concessionaria violazioni del Contratto di servizio 2007-2009, per avere la stessa interrotto l'irradiazione dei programmi di servizio pubblico



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

sulla piattaforma SKY a decorrere dal 1 agosto 2009, con irradiazione esclusivamente sulla piattaforma Tivù-Sat.

Nell'occasione, infatti, l'Autorità aveva interpretato l'art. 26 del Contratto di servizio 2007-2009, rubricato "neutralità tecnologica", nel senso che la Rai S.p.A. non era obbligata ad offrire gratuitamente ad operatori terzi concorrenti la propria programmazione di servizio pubblico, stante l'esplicito richiamo ai diritti dei terzi e alla salvezza degli specifici accordi commerciali menzionato dalla disposizione in questione, dovendo l'obbligo di gratuità intendersi riferito unicamente all'utente finale.

Il Giudice amministrativo, invece, ha disatteso tale interpretazione, affermando che la disposizione dell'art. 26 del Contratto di servizio 2007-2009 è (era) *"norma che disciplina specificamente la distribuzione della programmazione del servizio pubblico sulle diverse piattaforme, con l'obiettivo di garantirne l'accessibilità e la diffusione più completa possibile alla stregua degli strumenti tecnologici disponibili"*.

In questo senso, in particolare, il TAR ha ulteriormente specificato che *"nella richiamata prospettiva funzionale, il contratto di servizio [2007-2009, n.d.r.] introduce in maniera netta l'obbligo della concessionaria pubblica di rendere possibile la diffusione della programmazione su tutte le piattaforme distributive (obbligo di must offer), a prescindere dal soggetto titolare, e mediante cessione a titolo gratuito: con l'unica condizione esplicita che i soggetti titolari delle piattaforme rendano disponibile la programmazione Rai sempre a titolo gratuito, e senza quindi costi aggiuntivi per gli utenti, e fatti salvi i limiti eventualmente derivanti da specifici accordi commerciali che prevedano diritti di esclusiva su determinate programmazioni che giustifichino una diffusione affidata solo a specifiche piattaforme invece che alla generalità delle piattaforme operanti nel mercato italiano"*.

Premesso quanto sopra, va anche ricordato che, come accennato, nelle more dei giudizi è stato sottoscritto il Contratto di servizio 2010-2012. Di conseguenza, tramite i secondi motivi aggiunti formulati dalla ricorrente Sky S.r.l., il (nuovo) art. 22 è stato a sua volta sottoposto al vaglio del Giudice amministrativo che, nell'annullarne il terzo comma in accoglimento parziale di tali motivi aggiunti, ha fornito una interpretazione complessiva delle sue disposizioni che è rilevante per la vicenda qui in esame.

In particolare, infatti, il Giudice amministrativo ha posto in esplicito confronto le disposizioni (nella materia qui di interesse) del Contratto di servizio 2007-2009 (art. 26) con quelle del successivo Contratto di servizio 2010-2012 (art. 22), ravvisando – in sostanza – una continuità delle finalità perseguite, ma una significativa diversità nelle previste modalità di attuazione.

Il Tribunale, invero, con la citata sentenza n. 6320/2012, ha chiarito che *"a differenza dell'art. 26 del precedente contratto, sopra esaminato, in cui il perseguimento del medesimo obiettivo funzionale [massima diffusione della programmazione, in un'ottica di tutela dell'utenza, n.d.r.] era affidato all'introduzione di un obbligo di cessione gratuita, l'art. 22 [del nuovo Contratto, n.d.r.] non prevede obblighi di cessione gratuita ma soltanto l'obbligo per il concessionario di rendere fruibili le trasmissioni del servizio*



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

pubblico attraverso tutti i tipi di piattaforme tecnologiche e per mezzo di almeno una piattaforma distributiva di ogni piattaforma tecnologica, senza nulla aggiungere in ordine alle modalità e al titolo della cessione della programmazione in favore dei soggetti titolari delle piattaforme di volta in volta utilizzate. Dunque una previsione elastica di ampio respiro finalizzata nel concreto all'adozione di tutte le misure operative ritenute maggiormente rispondenti all'obiettivo funzionale perseguito".

Ancora sull'art. 22, qui di interesse, il Tribunale ha poi specificato che *"Nell'ottica del perseguimento dell'obiettivo pubblicistico più volte chiarito la disposizione impone alla Rai di garantire la diffusione della programmazione attraverso almeno una piattaforma distributiva per ciascuna piattaforma tecnologica; quindi anche la distribuzione attraverso un'unica piattaforma satellitare può essere ritenuta compatibile con gli obblighi di servizio pubblico se idonea a garantire la copertura dell'intero territorio nazionale e l'accesso alla programmazione da parte della generalità degli utenti a titolo gratuito. Il che, come espressamente previsto, peraltro, deve avvenire nel rispetto del principio di non discriminazione e di salvaguardia della parità di condizioni concorrenziali nel mercato televisivo e senza che sia esclusa la possibilità che Rai consenta la diffusione della programmazione anche attraverso una pluralità di piattaforme satellitari, a condizione di equità, trasparenza e non discriminazione"*.

Alla luce di tale chiarissimo *dictum*, dunque, deve affermarsi (e ciò è rilevante sotto vari profili per la vicenda qui in esame) che l'art. 22 del Contratto di servizio attualmente applicabile ha una portata parzialmente diversa delle previsioni di cui all'art. 26 del precedente Contratto di servizio ed in questo senso, infatti, si spiegano le sue più articolate rubrica (*Neutralità tecnologica e competitiva*) e disposizioni.

L'attuale norma, in particolare, pone un espresso accento non più soltanto sulla esigenza – di cui già al precedente contratto – di assicurare la massima diffusione della programmazione della concessionaria nell'interesse dell'utenza, bensì anche sulla esigenza che tale obiettivo sia perseguito e raggiunto dalla medesima concessionaria avvalendosi di tutti i vari possibili interlocutori presenti sul mercato (ivi comprese, quindi, le piattaforme commerciali, cui oggi è espressamente dedicata l'intera norma di cui al comma 4), salvaguardando al contempo (ma – come spiegato dallo stesso Giudice amministrativo – senza più prevedere la cessione gratuita e *"senza nulla aggiungere in ordine alle modalità e al titolo della cessione della programmazione in favore dei soggetti titolari delle piattaforme di volta in volta utilizzate"*), la parità delle condizioni concorrenziali nel mercato televisivo.

Ne consegue, in primo luogo, che la predetta disposizione, nel suo complesso ed in una lettura funzionale all'obiettivo pubblicistico perseguito, impone senza dubbio alla società Rai di contrattare a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie anche con la società Sky (rientrante, sotto il profilo soggettivo, nella previsione di cui all'art. 22, comma 4, in quanto piattaforma commerciale), poiché, secondo quanto chiarito dal Giudice amministrativo, tale contrattazione costituisce una delle possibili modalità per realizzare (sotto il profilo oggettivo) le *"più opportune politiche di criptaggio"* finalizzate a



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

garantire, nell'interesse dell'utenza, la massima diffusione della programmazione della concessionaria (ex art. 22, comma 2).

Pertanto, sono innanzitutto irrilevanti le argomentazioni della concessionaria medesima sulla inesistenza di un interesse aziendale alla cessione, in quanto tale interesse è già stato positivamente valutato (in un'ottica di massima tutela dell'utenza tutta) nella predisposizione delle clausole del contratto di servizio vigente; d'altro canto, come si è visto, il Giudice amministrativo ha chiarito che se è vero che, come minimo, ci si può avvalere di *almeno* una piattaforma distributiva di ciascuna piattaforma tecnologica (purché si copra il territorio nazionale), è anche vero che ciò non esclude affatto (soprattutto ove vi sia anche un'ottica pro-competitiva) di avvalersi di più piattaforme, ove tecnicamente possibile (come è nella fattispecie, nella quale peraltro Sky è disposta a farsi carico del criptaggio).

Inoltre, si ricordi che il Giudice amministrativo ha anche già insegnato che l'agire della concessionaria si inserisce in uno schema contrattuale ad oggetto pubblico ed è dunque sostanzialmente vincolato allo scopo pubblicistico perseguito (cfr. capo 5 della sentenza del Tar). In questo senso, quindi, fermo quanto si dirà sulle qualità soggettive della piattaforma Sky – che ne impediscono una equiparazione *tout court* alla piattaforma Tivù – non vi è ragione per cui, sotto il profilo oggettivo, la opportuna politica di criptaggio da adottarsi con la società Sky dovrebbe prevedere un trattamento diverso da quella adottato con Tivù, specificamente per ciò che concerne l'ampiezza della cessione e gli oscuramenti.

Sul punto, dagli approfondimenti svolti, è emerso che l'espressione “*fatti salvi i diritti dei terzi*”, utilizzata nel contesto dei commi 1 e 2, dell'art. 22 del Contratto di servizio 2010-2012, risponde esclusivamente ad esigenze di *geo-blocking*, cioè di protezione territoriale dei diritti audiovisivi acquisiti, e non involve profili relativi alla natura delle trasmissioni *pay* diffuse da piattaforme satellitari commerciali.

In generale, le trasmissioni satellitari possono essere diffuse sia in chiaro che in forma criptata ed il criptaggio, a sua volta, può rispondere sia all'esigenza di diffusione di programmi a pagamento sia a quella di assicurare la protezione territoriale dei diritti *free* acquistati solo per il territorio nazionale. Nella prassi di mercato la diffusione dei canali satellitari è definita *free to air* quando il segnale fruibile gratuitamente non è codificato e *free to view* quando il segnale è fruibile gratuitamente ma in forma codificata mediante apposite dotazioni come il decoder e la *smart card*. In entrambi i casi, si tratta, comunque, di programmazione *free*, ed è avendo riguardo a tali caratteristiche che i diritti vengono normalmente acquisiti dalle emittenti televisive come diritti *free*, senza operare una distinzione con riguardo ai gestori delle piattaforme satellitari (in chiaro o a pagamento). In altre parole l'utilizzo del criptaggio con il sistema del *geo-blocking* non altera la natura delle trasmissioni, che restano di natura gratuita e non si trasformano in contenuti a pagamento per il solo fatto di essere visibili attraverso un sistema di codifica finalizzato unicamente alla protezione territoriale dei diritti acquistati.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Al riguardo può dunque, innanzitutto notarsi, in condivisione delle osservazioni della società Sky sul punto, che, ferme le esigenze di *geo-blocking*, cui è riconducibile l'espressione "salvi i diritti dei terzi" di cui al Contratto di servizio, i diritti della programmazione *free* acquistata da Rai non mutano la loro natura *free* anche se tale programmazione è ricevuta dagli utenti della piattaforma Sky per mezzo della criptazione in tecnologia NDS. Potrebbe invero disquisirsi di diritti *pay* solo se la programmazione Rai venisse inclusa nel bouquet offerto a pagamento da Sky, ciò che nei fatti, in realtà, non avviene, né potrebbe avvenire, essendo tale programmazione già remunerata dallo Stato per effetto del rapporto concessorio esistente con la Rai S.p.A..

In ogni caso, proprio in considerazione della ricordata natura del Contratto di servizio e dei vincoli ivi previsti per la concessionaria ai sensi dell'art. 22 (nello specifico, di realizzazione delle più opportune politiche di criptaggio affinché si abbia la massima diffusione della programmazione nell'interesse di tutta l'utenza, perseguendo al contempo le finalità di neutralità tecnologica e, soprattutto, competitiva sottese alla norma), gli eventuali soggetti terzi titolari di diritti, che pretendessero di imporre alla concessionaria clausole aventi l'effetto sostanziale di realizzare una discriminazione fra piattaforme sotto il profilo oggettivo della cessione della programmazione cui essa è tenuta, incontrerebbero l'insuperabile limite delle disposizioni del Contratto di servizio, che naturalmente esplicano la loro efficacia diretta solo sulla concessionaria, ma – indirettamente – anche sui soggetti che con essa contrattano.

Né sulla questione degli oscuramenti si potrebbe giustificare – è opportuno segnalarlo sin da ora – un sistema di autotutela contrattuale come quello ipotizzato tra le parti e confluito nella bozza del 6 novembre per i casi di eventuale superamento dei limiti di oscuramento dei programmi (*OMISSIS*), in quanto tale sistema non soltanto non risolverebbe la descritta discriminazione oggettiva nella cessione, ma, soprattutto, sarebbe pregiudizievole per gli interessi dell'utenza e, dunque, in contrasto con le finalità dell'art. 22 del Contratto di servizio.

Analogo discorso sulla ingiustificata discriminazione sotto il profilo oggettivo della cessione della programmazione, infine, può svolgersi con riguardo alla durata di tale cessione come ipotizzata nella bozza di accordo del 6 novembre, laddove (punto 4.3) si prevede che l'accordo non potrà formare oggetto di proroga tacita alla scadenza del periodo di dodici mesi pur non pregiudicando eventuali future negoziazioni tra Rai S.p.A. e Sky S.r.l.. Se la previsione di una fase sperimentale può trovare giustificazione in relazione all'uso da parte di Sky di una chiave di criptaggio diversa da quella attualmente utilizzata dalla Rai attraverso Tivù, che quindi rende necessaria una verifica del funzionamento del sistema, l'accordo avrebbe dovuto, quantomeno, prevedere l'impegno della Rai al suo rinnovo al termine del periodo di sperimentazione, per essere coerente con il trattamento riservato a Tivù, con la quale la concessionaria si è organizzata per almeno un triennio, e con la durata del Contratto di servizio. Alla luce di quanto argomentato, si ritiene che la citata bozza di accordo del 6 novembre 2014, nella parte in cui prevede la cessione della programmazione di servizio pubblico della società Rai alla società Sky per un periodo limitato a 12 mesi, riservandosi al contempo la concessionaria



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

la possibilità di oscurare tale programmazione diversamente da quanto avviene con la Società Tivù non sia in linea con gli obiettivi e la ratio dell'art. 22 del Contratto di servizio, come illustrati nel presente provvedimento.

Fermo quanto sopra, per quanto riguarda il profilo della remunerazione della cessione della programmazione, deve ricordarsi che il Giudice amministrativo ha già ampiamente chiarito che con l'attuale Contratto di servizio la gratuità dell'obbligo di *must offer* è stata superata, lasciando alle parti che negoziano libertà *“in ordine alle modalità e al titolo della cessione della programmazione in favore dei soggetti titolari delle piattaforme di volta in volta utilizzate”*, sempre naturalmente nel rispetto dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione e assicurando la neutralità tecnologica e competitiva imposte dalla norma dell'art. 22.

Sul punto vanno allora disattese le argomentazioni della segnalante Sky S.r.l., posto che, avendo riguardo alle qualità soggettive delle società Tivù e Sky (nonché alle finalità per le quali la società Rai si avvale di Tivù, ex art. 22, comma 1), non si ravvisa un discostamento da quanto stabilito dall'art. 22 del Contratto di servizio per aver la concessionaria proposto un trattamento differenziato tra le medesime sotto il profilo economico della cessione della programmazione.

Anzi, in verità, a garantire il rispetto del principio di non discriminazione e di neutralità competitiva imposti dalla norma dell'art. 22 di cui si discute è proprio il proposto trattamento differenziato tra un soggetto (Tivù) che non offre servizi di abbonamento all'utenza e che si limita a fornire servizi tecnici alla società Rai e un soggetto che fornisce servizi di *pay tv* (Sky), che ha senza dubbio un interesse anche proprio a permettere la visione dei programmi della concessionaria tramite i propri apparati.

Ciò chiarito, ne consegue che le possibili modalità e la quantificazione della remunerazione non sono, allo stato, di rilievo, purché, naturalmente, qualsiasi richiesta formulata al riguardo dalla concessionaria nel corso della negoziazione trovi giustificazione, secondo i principi di diritto comune, in un interesse suscettibile di valutazione economica e meritevole di tutela in base all'ordinamento.

CONSIDERATO che l'Autorità, ai sensi dell'art. 22, comma 4, del Contratto di servizio 2010-2012 è tenuta a verificare le condizioni delle negoziazioni che intercorrono tra la concessionaria e le piattaforme commerciali per la messa a disposizione della programmazione di servizio pubblico;

RITENUTO, per i motivi sopra illustrati, che le negoziazioni intraprese dalla concessionaria con la società Sky S.r.l. in merito alla cessione della propria programmazione, per quanto risulta dalla bozza di accordo del 6 novembre 2014 (ultima intercorsa tra le parti), non possano ritenersi conformi a quanto previsto dall'art. 22 del Contratto di servizio, sotto l'aspetto della non discriminazione, avuto riguardo alla clausola relativa alla salvezza dei diritti dei terzi invocata per giustificare eventuali oscuramenti e alla durata proposta per la cessione;



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

RITENUTO necessario che tali negoziazioni si conformino alle linee guida dettate dall'Autorità con il presente provvedimento;

RITENUTO, a tal fine, necessario che la Rai S.p.A., ai sensi dell'art. 48, comma 7, del Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, formuli entro 30 giorni dalla notifica della presente delibera alla società Sky S.r.l., ai sensi del combinato disposto dei commi 2 e 4 dell'art. 22 del Contratto di servizio vigente, una proposta negoziale che non contenga clausole relative alla salvezza dei diritti dei terzi invocate per giustificare eventuali oscuramenti dei programmi e rechi l'impegno a prevederne il rinnovo al termine del periodo sperimentale di dodici mesi, fermo restando il profilo della remunerazione della cessione della programmazione secondo quanto chiarito in precedenza;

RILEVATO che in caso di inottemperanza al presente provvedimento si applica quanto previsto dall'art. 48, comma 8, del citato Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici;

UDITA la relazione del Presidente;

DELIBERA

ai sensi dell'art. 48, comma 7, del Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici la società Rai-Radiotelevisione Italiana S.p.A., con sede legale in Roma, Viale G. Mazzini, n. 14, formulerà, entro 30 giorni dalla notifica del presente provvedimento, alla società Sky Italia S.r.l., ai sensi del combinato disposto dei commi 2 e 4 dell'art. 22 del Contratto di servizio vigente, una proposta di accordo avente ad oggetto la cessione della programmazione di servizio pubblico alla piattaforma commerciale Sky, che non contenga clausole relative alla salvezza dei diritti dei terzi invocate per giustificare eventuali oscuramenti dei programmi e rechi l'impegno a prevederne il rinnovo al termine del periodo sperimentale di dodici mesi, fermo restando il profilo della remunerazione della cessione della programmazione secondo quanto chiarito in premessa.

Nel medesimo termine copia della proposta dovrà essere depositata anche presso l'Autorità accompagnata dalla prova dell'avvenuta trasmissione a Sky Italia S.r.l..

Il presente provvedimento può essere impugnato innanzi al Tar del Lazio entro il termine di sessanta giorni dalla notifica dello stesso.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel sito *web* dell'Autorità

Roma, 11 marzo 2015

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL VICE SEGRETARIO GENERALE
Laura Aria