



ANTONIO MANGANELLI – MARIA LUCE MARINIELLO

La valutazione delle concentrazioni per la tutela del pluralismo informativo

Il nuovo regolamento EMFA prevede per la prima volta una disciplina armonizzata per il controllo delle concentrazioni nei mercati dei media. Tale armonizzazione è sia sostanziale sia essenzialmente procedurale, andando a definire nuovi assetti organizzativi e funzionali delle autorità indipendenti preposte ed un nuovo sistema di governance istituzionale. Sotto un profilo sostanziale, la *market plurality* è garantita dalla stretta connessione fra gli obiettivi di “pluralità dei media”, da un lato, e di “indipendenza editoriale”, dall’altro lato, che sembra andare a sfumare la netta distinzione rinvenibile in alcuni ordinamenti nazionali fra i concetti di pluralismo esterno ed interno, anche in relazione all’ambiente media ed informativo digitale. In particolare riferimento all’ordinamento italiano, la disciplina definita dal Testo Unico dei Servizi Media Audiovisivi (TUSMA) sembra, da un lato, essere sostanzialmente allineata con il nuovo impianto normativo europeo e, dall’altro, fornire già alcuni esempi attuativi coerenti con le disposizioni che richiedono la definizione di nuovi indicatori e metodologie ai fini del *market plurality test*.

*Concentrazioni dei media – Concorrenza e pluralismo – Valutazione di impatto sul pluralismo
Assetto istituzionale – Piattaforme digitali*

Media concentration and plurality test

The European Media Freedom Act (EMFA) envisages for the first time a harmonised discipline for the control of concentrations in the media markets. This harmonisation is both substantial and essentially procedural, defining new organisational structures for the authorities in charge and a new system of institutional governance. From a substantive point of view, market plurality is guaranteed by the necessary interconnection between the objectives of “media plurality”, on the one hand, and “editorial independence”, on the other hand, which seems to blur the existing clear distinction, in some national legal frameworks, between the concepts of external and internal pluralism, especially in relation to the digital media and information environment. Finally, the Italian Code of Audio-Visual Media Services (TUSMA) seems to be substantially aligned with EMFA’s provisions, and the guidelines already adopted by AGCOM may probably represent a national good practice and, possibly, a reference model for the future adoption of the Commission’s orientations for the purposes of the market plurality test required by EMFA.

*Media concentration – Competition and pluralism – Media plurality test – Institutional governance
Digital platforms*

A. Manganelli è professore di Diritto e politiche della concorrenza all’Università degli Studi di Siena

M.L. Mariniello è funzionaria di ruolo esperta di area giuridica - Servizio per l’attività internazionale e i rapporti con l’Ue presso l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)

Sebbene il contributo sia frutto di riflessioni congiunte, i paragrafi 1 e 3 sono attribuibili a M.L. Mariniello ed i paragrafi 2 e 4 ad A. Manganelli. Le valutazioni, le opinioni e i commenti sono formulati in questo scritto a titolo meramente personale e non impegnano in alcun modo l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

Questo contributo fa parte della sezione monografica *EMFA under the spotlight: towards a common regulatory framework to foster media pluralism?* a cura di Elda Brogi

SOMMARIO: 1. La valutazione delle concentrazioni dei media nel Regolamento EMFA. – 2. Il “pluralismo” informativo e i suoi indicatori nell’attività di controllo delle concentrazioni. – 3. La valutazione di impatto sul pluralismo come nuova funzione regolatoria nel sistema di governance dei media. – 4. L’implementazione a livello nazionale: la disciplina italiana del TUSMA e la sua recente evoluzione.

1. La valutazione delle concentrazioni dei media nel Regolamento EMFA

Il livello di concentrazione della proprietà nel settore dei media è correlato con il potere economico e l’indipendenza editoriale nel sistema dell’informazione¹. A differenza degli altri settori industriali, il potere nel settore dei media non è solamente un potere di mercato, che può sfociare in una dominanza² e, quindi, nella capacità di influenzare unilateralmente le dinamiche di prezzo e altre condizioni di fornitura di beni o servizi. Nel settore dei media, questo potere si riferisce, anche e primariamente, alla capacità di influenzare l’opinione pubblica e, quindi, al potenziale impatto negativo su diritti fondamentali degli individui ed anche sul funzionamento stesso del processo democratico.

Nel sistema dell’informazione e dei media, la Corte costituzionale italiana ha infatti tradizionalmente ravvisato un collegamento funzionale fra il profilo passivo della libertà di espressione del pensiero, il diritto all’informazione, ed il pluralismo informativo, ove «il pluralismo si manifesta nella concreta possibilità di scelta, per tutti i cittadini, tra una molteplicità di fonti informative»³. Nella sua nota giurisprudenza, la Corte distingue i concetti

di pluralismo interno (o nella fonte) e pluralismo esterno (o delle fonti) riferendoli, rispettivamente, alla funzione specifica esercitata dall’emittente pubblica ed ai contesti in cui una pluralità di media (di proprietà pubblica e/o privata) possano operare in condizioni di concorrenza nel mercato, al fine di «favorire l’accesso nel sistema radiotelevisivo del massimo numero possibile di voci diverse»⁴.

Ciò nonostante, la tendenza alla concentrazione della proprietà è un fenomeno strutturale nel settore dei media, in ragione della “storica” presenza di barriere all’entrata, sia di carattere tecnico, ad esempio la scarsità di risorse frequenziali (per il *broadcasting*), sia di carattere economico, quali gli alti costi fissi per lo sviluppo delle infrastrutture e (in alcuni contesti) le economie di rete (i.e., economie di rete dirette, ad esempio nella diffusione di contenuti su reti di telecomunicazione, ed economie di rete indirette per quanto concerne la disponibilità di risorse pubblicitarie⁵). Tale tendenza è ulteriormente aumentata nell’ambiente digitale, prevalentemente in ragione dell’evoluzione tecnologica dei mercati dei media e della concorrenza, più o meno diretta, che le piattaforme digitali (sia di streaming sia di condivisione video) e le fonti algoritmiche di contenuti multimediali ed

1. Si tratta di due concetti chiave richiamati, con particolare riguardo all’affermazione delle piattaforme online globali, già nelle premesse dello *European Media Freedom Act* (si v. in particolare il considerando 4), oggetto di questo contributo.

2. Ossia la capacità di comportarsi in misura apprezzabilmente indipendente dai concorrenti e dai consumatori. Sentenza CGUE 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV*, C-27/76, 65.

3. Corte Cost., sentenza n. 826 del 1988.

4. Corte Cost., sentenza n. 112 del 1993.

5. Per una definizione e descrizione delle differenze si veda CAMBINI–MANGANELLI –NICITA 2024.

informativi esercitano, in modo diverso, sui vari versanti di tali mercati.

Al fine di perseguire e tutelare il valore del pluralismo “esterno” – inteso come offerta di una pluralità di voci da parte del mercato – in diversi Stati membri dell’Unione europea, e in particolare nell’ordinamento italiano, sono state definite discipline speciali anti-concentrative per il settore dei media, a complemento della prospettiva economica del diritto della concorrenza. Tuttavia, questa distinzione e specificazione non sempre è stata considerata necessaria, anche in ragione del fatto che il Regolamento concentrazioni 139/2004/CE (art. 21.4) lascia agli Stati la prerogativa di scrutinare le concentrazioni che sollevano legittime preoccupazioni di interesse pubblico, consentendone il divieto in base a criteri più ampi e diversi da quelli della concorrenza (tra cui il pluralismo nei mezzi di comunicazione)⁶.

In ogni caso, diversamente da altri ambiti di disciplina dei media audiovisivi, che hanno trovato un crescente coordinamento ed armonizzazione per mezzo delle direttive su servizi media audiovisivi (SMAV)⁷, il principio del pluralismo dei media nella sua accezione di garanzia della *market plurality* – intesa come pluralità e diversità non solo di fonti informative e mezzi di comunicazione

ma anche dei soggetti proprietari⁸ – ha avuto uno sviluppo normativo autonomo e differenziato nei diversi ordinamenti nazionali⁹. Questo è vero soprattutto per quanto riguarda il sistema di regolazione pubblica a tutela della trasparenza degli assetti proprietari e della concorrenza nei mercati audiovisivi.

Negli ultimi anni, d’altra parte, le dinamiche di mercato nel settore dei media hanno evidenziato che la frammentazione (*rectius* divergenza) normativa che caratterizza gli Stati membri dell’Ue relativamente ai regimi di tutela del pluralismo rappresenta un chiaro ostacolo alla realizzazione degli obiettivi del mercato unico digitale. A questo riguardo, nella relazione di valutazione di impatto della regolazione, allegata alla proposta di regolamento recante lo *European Media Freedom Act* (di seguito, EMFA)¹⁰, è descritto un quadro molto frastagliato delle discipline nazionali. Secondo la relazione, ciò scoraggia investimenti e iniziative imprenditoriali nei mercati nazionali in ragione dell’incertezza sul diritto applicabile nei diversi mercati e di conseguenza crea alti costi amministrativi e di conformità per i fornitori di servizi media¹¹.

In questo contesto, dove i criteri di valutazione dell’impatto di una concentrazione sul pluralismo

6. Sul pluralismo dell’informazione come motivo imperativo di interesse generale nel diritto europeo, si veda MASTROIANNI 2013.

7. Un percorso caratterizzato da una progressiva armonizzazione e considerazione delle evoluzioni tecnologiche e di mercato, passando dalla direttiva “Televisione senza frontiere” del 2005 alla Direttiva SMAV 2010/13/UE, modificata da ultimo con Direttiva (UE) 2018/1808.

8. Si fa riferimento, in particolare, al principio di “*structural pluralism*” declinato nelle raccomandazioni del Consiglio d’Europa, in un sistema di tutela dove «Member states should seek to ensure that a sufficient variety of media outlets provided by a range of different owners, both private and public, is available to the public, taking into account the characteristics of the media market, notably the specific commercial and competition aspects». Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2007)2 of the Committee of Ministers to member States on media pluralism and diversity of media content, I, 1.1.

9. BLEYER-SIMON-BROGI-CARLINI et al. 2024, p. 53.

10. Regolamento (UE) 2024/1083 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 aprile 2024 che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell’ambito del mercato interno e che modifica la direttiva 2010/13/UE (Regolamento europeo sulla libertà dei media). L’adozione del regolamento fa seguito alla proposta legislativa della Commissione del 16 settembre 2022, pubblicata nell’ambito delle iniziative pianificate dallo *European Democracy Action Plan* del dicembre 2020.

11. Lelevata frammentarietà dei regimi giuridici nazionali in Europa circa la tutela del pluralismo è stata oggetto anche di uno precedente studio della Commissione *Study on media plurality and diversity online* (maggio 2022) che evidenzia tali problemi di funzionamento del mercato interno dei servizi di media audiovisivi, i quali non consentono di tutelare adeguatamente i media a livello nazionale da interferenze sulla libertà editoriale.

e le competenze delle diverse autorità nazionali sono molto differenziati da Stato a Stato, non sempre è stato facile garantire che il pluralismo sia effettivamente perseguito e che le regole e gli scrutini nazionali non siano usati per limitare la libertà di stabilimento di altre imprese di media¹². Peraltro, se nel diritto europeo vi è una consolidata giurisprudenza sull'ammissibilità di deroghe alle libertà economiche e alla concorrenza, giustificate dalla tutela del pluralismo quale motivo di interesse generale, la stessa giurisprudenza esclude categoricamente che tali deroghe possano sostanzialmente in regole e procedure applicate in modo sproporzionato o discriminatorio e tradursi, quindi, in ostacoli al buon funzionamento del mercato interno, come dimostrano alcuni casi "storici" del diritto dei media audiovisivi¹³.

Un esempio, recente ed emblematico, in questo ambito è la nota vicenda giudiziaria italiana relativa all'operazione Vivendi-Mediaset. Tale vicenda è stata oggetto di una pronuncia della Corte di Giustizia Ue che ha palesato come una disciplina nazionale a tutela del pluralismo dei media possa effettivamente creare ostacoli ingiustificati alla libertà di stabilimento (e all'ingresso

in un mercato nazionale) alle imprese europee¹⁴. La sentenza ha quindi fornito inoppugnabili argomenti alla Commissione per proporre un intervento di armonizzazione che definisse un quadro comune di norme direttamente applicabili negli Stati membri, utilizzando come base giuridica l'articolo 114 TFUE. È stato proposto ed infine adottato un regolamento in luogo di una direttiva, seppur improntato a un approccio di "armonizzazione minima" ovvero "per principi" ed in un'ottica di proporzionalità¹⁵.

Una delle principali innovazioni normative introdotte nell'ordinamento europeo dall'EMFA è proprio la disciplina della valutazione delle concentrazioni del mercato dei media. Per la prima volta, quindi, un atto normativo europeo è intervenuto in una materia la cui armonizzazione si era sempre scontrata, da un lato, con la volontà degli Stati membri di mantenere intatte le proprie prerogative inerenti alla definizione (ed attuazione) delle politiche industriali (e culturali) nel settore audiovisivo e, dall'altro lato, con l'esistenza di tradizioni costituzionali differenziate con riguardo ai contenuti e ai sistemi di tutela del valore del pluralismo¹⁶.

12. Tra gli esempi riportati dalla Commissione, anche nel *Rule of Law Report*, vi è il tentativo di approvare una legge in Polonia per vietare la proprietà maggioritaria dei media radiotelevisivi da parte di società straniere che, seppur fallito per effetto del potere di veto del Presidente polacco, ha tuttavia trovato sostanziale attuazione nella decisione del regolatore nazionale dei media che ha di fatto impedito l'acquisizione. *Rule of Law Report 2021, Country Chapter on the rule of law situation in Poland (SWD(2021) 722)*. A proposito del caso ungherese, si veda BROGI-NENADIC-VIOLA DE AZEVEDO CUNHA-PARCU 2019.

13. Nella "storica" sentenza *Centro Europa 7*, ad esempio, la Corte di Giustizia dichiarò la normativa italiana in merito all'attribuzione delle frequenze in contrasto con la libertà di stabilimento nella misura in cui i relativi procedimenti non garantivano l'applicazione di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati. Per un commento, si v. CAVALIERE 2008.

14. CGUE, causa C-719/18, *Vivendi SA v Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*.

15. L'articolo 114 TFUE conferisce competenza all'UE per il "ravvicinamento" delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri per il buon funzionamento del mercato interno, lasciando discrezionalità alla Commissione nella scelta delle misure di armonizzazione (regolamenti o direttive) purché sia rispettata la proporzionalità in rapporto agli obiettivi perseguiti che, nel caso del mercato unico digitale, investono soprattutto i diritti dei consumatori. Analogo approccio normativo è rinvenibile nelle recenti misure di armonizzazione che hanno definito la cornice normativa di riferimento dell'economia digitale europea, trasversalmente ai mercati dei servizi di media: *Digital Service Act, Digital Markets Act, AI Act, Data Governance Act e Data Act*.

16. L'adozione dell'EMFA è stata infatti connotata da un acceso dibattito istituzionale sui profili di sussidiarietà e proporzionalità dell'intervento di armonizzazione, soprattutto da parte di alcuni Stati membri che si opponevano all'adozione di un sistema unitario di tutela del pluralismo e dell'indipendenza dei media, anche sulla base di un possibile contrasto di questo con l'art. 167(5) TFUE, che vieta azioni di armonizzazione normativa per quanto concerne gli "aspetti culturali" dei servizi media. In particolare, il Parlamento tedesco ha attivato

La disciplina in parola è collocata nella sezione 5 (artt. 21-23) del regolamento e stabilisce un nuovo quadro normativo di riferimento per l'adozione di misure nazionali che possano incidere «sul pluralismo dei media o sull'indipendenza editoriale dei fornitori di servizi di media», dettando a tal fine regole sostanziali e procedurali che entreranno in vigore l'8 agosto 2025. L'articolo 22, in particolare, impone agli Stati membri di adeguare il proprio ordinamento al fine di assicurare una valutazione delle concentrazioni del mercato dei media che potrebbero avere un impatto significativo sul pluralismo mediatico e sull'indipendenza editoriale. A tal fine, il comma 1 lett. a) di tale articolo prescrive agli Stati membri di improntare le discipline nazionali della valutazione di impatto sul pluralismo ai canoni di trasparenza, oggettività, proporzionalità e non discriminazione. Inoltre, la disciplina procedimentale della valutazione deve garantire il rispetto di termini adeguati alla garanzia della certezza del diritto (lett. e)). Altro elemento ricorrente nella giurisprudenza citata è, infatti, che l'incertezza connessa ad una insoddisfacente disciplina procedimentale vada ad incidere negativamente sulle scelte di investimento degli operatori di mercato.

2. Il "pluralismo" informativo e i suoi indicatori nell'attività di controllo delle concentrazioni

La forte frammentazione che caratterizza la disciplina delle operazioni di concentrazione nei mercati dei media, a fini di tutela del pluralismo, si

riscontra, in alcuni Stati, nella totale assenza di un regime giuridico specifico e, negli altri Stati, nella definizione di differenziate limitazioni sostanziali a garanzia della *market plurality*. Le legislazioni nazionali esistenti prevedono, infatti, variegati limiti alla proprietà basati sulla copertura delle audience o sulle quote di mercato, e/o restrizioni al controllo del capitale e/o restrizioni alla proprietà incrociata dei media¹⁷.

Proprio in ragione dell'ampia varietà di significati che il pluralismo dei media ha finora assunto e della varietà di strumenti adottati a sua tutela nei diversi contesti nazionali, la nuova disciplina recata dall'articolo 22 comma 2 si propone di uniformare criteri e metodologie di valutazione dell'impatto sul pluralismo delle operazioni di concentrazione. In particolare, il considerando 64 del regolamento EMFA specifica che, ai fini del controllo sulle concentrazioni, il pluralismo dei media dovrebbe essere inteso come «la possibilità di avere accesso a una varietà di servizi di media e contenuti mediatici che trasmettano opinioni, voci e analisi diverse».

È intuitivo come tale accezione richieda una valutazione distinta e autonoma rispetto alla mera analisi della concorrenzialità nei mercati, né essa può essere limitata alla verifica del rispetto di soglie quantitative fissate *ex lege* o di altri indici normativi predeterminati, richiedendo piuttosto un accertamento caso per caso delle specifiche circostanze che possono incidere sul valore del pluralismo informativo¹⁸.

una procedura di raccordo parlamentare contestando alla Commissione la violazione delle prerogative statali e dei principi di sussidiarietà e proporzionalità per effetto della scelta dell'articolo 114 TFUE come base giuridica dell'intervento di armonizzazione. Nell'ambito delle procedure parlamentari, la maggioranza delle assemblee legislative nazionali si è tuttavia espressa favorevolmente alla proposta EMFA, compreso il Parlamento italiano che si è espresso favorevolmente con un parere di conformità rilasciato ai sensi dell'articolo 5 TFUE. A questo riguardo, è bene sottolineare che il perseguimento di un corretto funzionamento del mercato interno dei servizi media non implica affatto una omogeneizzazione culturale e dei contenuti. Al contrario, in un ambito di concorrenza con i servizi digitali, un'armonizzazione delle condizioni ed una possibile estensione e consolidamento dei servizi devono essere associati ad una maggiore differenziazione dell'offerta, quantomeno su base nazionale e regionale. Per questo motivo, il regolamento EMFA non contrasta affatto con l'art. 167(5) TFUE.

17. Ad esempio, il sistema francese condiziona il rilascio delle licenze nel settore radiotelevisivo alla verifica di soglie quantitative fissate *ex lege* per prevenire la concentrazione dei media e i possibili impatti negativi sul pluralismo. Al contrario, in Irlanda non esistono soglie dimensionali per la proprietà, ma il divieto di avere il controllo o interessi sostanziali in un numero "eccessivo" di servizi di radiodiffusione sonora, o una "quantità eccessiva" di media di comunicazione in una determinata area geografica o di mercato.

18. In tal senso, come vedremo più diffusamente in seguito, si è pronunciata la Corte di Giustizia nella sentenza *Vivendi-AGCOM*, cit. para. 79 rilevando l'inidoneità della legge italiana (articolo 43 comma 11 TUSMA) a

Il principio generale è che la normativa orizzontale¹⁹ sulla concorrenza e la sua applicazione, rivolte a tutelare le corrette dinamiche concorrenziali, non sono sufficienti per valutare un impatto delle concentrazioni sul pluralismo, in ragione del fatto che quest'ultimo richiede una considerazione di diritti fondamentali (diritto all'informazione) inerenti al corretto svolgimento del processo democratico. È necessaria quindi una valutazione specifica che integri (ma non sostituisca) l'applicazione del diritto della concorrenza, per valutarne una più ampia (in)desiderabilità sociale.

Questa non sufficienza del diritto della concorrenza si sostanzia, in prima istanza, sotto un profilo quantitativo, ossia nel senso che una diminuzione della pressione concorrenziale che potrebbe essere considerata accettabile in altri mercati, molto probabilmente potrebbe non esserlo in quello dei media, in ragione degli "interessi pubblici" e "diritti fondamentali" coinvolti. Tale insufficienza ha anche un profilo qualitativo, ossia la valutazione a fini di pluralismo non può essere limitata ai soli aspetti di mercato. Infatti, l'esistenza di una pluralità di fornitori di contenuti mediatici e informativi non garantisce di per sé l'offerta di un'informazione diversificata e pluralistica e, soprattutto, non garantisce il diritto dei destinatari dei servizi di media ad «avere accesso a una pluralità di contenuti mediatici editorialmente indipendenti a beneficio di un dibattito libero e democratico» (art. 3 EMFA).

L'art. 22.2 del regolamento stabilisce in modo generale i principi in base ai quali dovrà essere attuato il *media plurality test*. Questi sono: a) l'impatto sul pluralismo, compresi gli effetti sulla formazione dell'opinione pubblica e sulla diversità dei servizi e dell'offerta dei media sul mercato, tenendo conto dell'ambiente online e degli interessi, dei legami o delle attività delle parti in altre imprese del settore dei media o di altri settori²⁰; b) l'esistenza

di salvaguardie per l'indipendenza editoriale; c) la sostenibilità economica delle imprese coinvolte nella concentrazione in assenza di concentrazione.

Si nota che tali criteri non aderiscono ad un mero concetto di "pluralismo esterno".

Innanzitutto, il regolamento, nella valutazione dell'impatto sul pluralismo, pone specifico accento su «gli effetti sulla formazione dell'opinione pubblica», che, come detto, non può essere limitata ai soli aspetti di mercato relativi alla quantità di fornitori di contenuti mediatici ed informativi.

Inoltre, nella disposizione normativa descritta, così come in tutto il regolamento, c'è una costante e stretta connessione fra i concetti e gli obiettivi di pluralismo dei media, da un lato, e di indipendenza editoriale, dall'altro lato. Pertanto, si può sostenere che «la riduzione di opinioni divergenti all'interno di quel mercato come conseguenza della concentrazione» (considerando 64) deve essere interpretata non solo in relazione alle quote di mercato e all'audience, ma anche prendendo in considerazione (sia in positivo sia in negativo) il modo in cui opera il fornitore di media coinvolto e la dipendenza dei contenuti editoriali dall'influenza dei proprietari.

Questa connessione fra pluralità nel mercato e indipendenza editoriale sembra sfumare la netta distinzione, concettuale ed applicativa, fra le dimensioni esterna e interna del pluralismo dei media, creando una interdipendenza (mobile). Coerentemente, la valutazione delle concentrazioni consisterà in un'analisi congiunta di tali aspetti, dove una riduzione del pluralismo esterno potrebbe essere controbilanciata da garanzie rafforzate di pluralismo interno – possibilmente definite anche da «impegni che le parti coinvolte nella concentrazione del mercato dei media possono offrire per salvaguardare il pluralismo dei media e l'indipendenza editoriale», art. 22.2 e)²¹.

garantire un'effettiva tutela del pluralismo «giacché fissa soglie che, non consentendo di determinare se e in quale misura un'impresa sia effettivamente in grado di influire sul contenuto dei media, non presentano un nesso con il rischio che corre il pluralismo dei media».

19. Ossia applicata indistintamente a tutti i settori industriali.

20. Ciò è in linea con la sentenza della CGUE nella causa *Vivendi SA*, dove è affermato che il superamento di soglie basate esclusivamente sulle quote di mercato non è sufficiente a dimostrare una riduzione del pluralismo.

21. Ad esempio, un'acquisizione da parte di un fornitore di servizi media con una linea editoriale "x" da parte di un fornitore di servizi media con una linea editoriale "y", nel caso l'operazione abbia un impatto problematico sotto un profilo di pluralismo esterno, potrebbe essere teoricamente valutata non negativamente in ragione di impegni a non alterare la linea editoriale "x" esistente.

In ogni caso, i criteri definiti all'art. 22.2 rappresentano di per sé norme di principio ovvero concetti giuridici indeterminati che necessitano di una attività di specificazione, che il regolamento richiede ancor prima dell'attività di interpretazione delle autorità nazionali chiamate a darne attuazione. A fini di certezza del diritto, è infatti previsto che la Commissione integri il significato delle disposizioni con proprie linee guida. Tali orientamenti saranno facilmente modificabili (a discrezione della Commissione stessa) al fine di tenere in pronta considerazione le repentine evoluzioni nell'ambiente digitale dei media.

Gli orientamenti della Commissione avranno il compito non solo di dettagliare il significato dei principi generali contenuti nel regolamento, ma anche di specificare in che rapporto sono gli uni con gli altri. Questo aspetto è rilevante in funzione del menzionato rapporto di potenziale complementarità fra i concetti di pluralismo ed indipendenza editoriale, ma anche in funzione del fatto che il principio della sostenibilità economica è contro-tendente rispetto ai primi due, e quindi il loro bilanciamento e/o prioritizzazione possono avvenire in svariate (dinamiche) modalità. Ad esempio, come accennato, se una fusione è giustificata da ragioni di sostenibilità economica, ma comporta rischi sostanziali di riduzione del pluralismo esterno, potrebbe essere possibile/necessario richiedere e applicare una serie di garanzie rafforzate in termini di indipendenza editoriale, diversità dei contenuti e pluralismo interno.

Un altro concetto fondamentale che gli orientamenti dovranno chiarire è cosa si intenda con la locuzione "tenendo in conto l'ambiente online": è, infatti, sotto un profilo sostanziale, fondamentale considerare oggi il ruolo delle piattaforme online sul pluralismo informativo, anche per valutare la concentrazione di potere che influisce sull'opinione pubblica.

Peraltro, sotto un profilo di campo di applicazione, le concentrazioni che coinvolgono piattaforme online sono incluse nell'ambito di questo articolo, nel caso in cui sia coinvolto almeno un fornitore di servizi media o la piattaforma stessa

fornisca "accesso" a contenuti mediatici (art. 2 n. 15 EMFA).

La disciplina delle concentrazioni dei media ricomprende quindi le piattaforme online tra i soggetti obbligati a notificare operazioni di concentrazione alle ANR nella misura in cui tali soggetti forniscano accesso ai contenuti mediatici. Risultterà quindi cruciale definire il perimetro del concetto di "accesso", che dato il contesto sostanziale sembra potersi interpretare in modo estensivo.

In questo contesto, sembra peraltro che la "considerazione dell'ambiente online" non possa non portare con sé elementi conglomerati nella valutazione delle concentrazioni, sia appunto per come è oggi strutturato il sistema dei media, sia in ragione del fatto che la valutazione di impatto sul pluralismo non è di per sé connessa con la definizione di mercati rilevanti e non si appiattisce sulla valutazione di impatto concorrenziale.

Quindi, il regolamento EMFA attua una "estensione" del settore dei media e le piattaforme online sono destinatarie di un regime di obblighi differenziato a seconda dell'effettiva rilevanza o influenza dei servizi offerti rispetto all'accesso ai contenuti mediatici, così come ai problemi legati alla diffusione degli stessi per effetto di fenomeni di amplificazione, polarizzazione e disinformazione²², nonché agli squilibri di mercato legati agli sviluppi tecnologici nell'*online advertising* e alle asimmetrie nella misurazione delle audience.

In questo senso, un aspetto cruciale da tenere in considerazione nell'ambiente online e nell'attività di intermediazione dell'accesso a contenuti mediatici e/o informativi delle piattaforme che usano meccanismi di selezione algoritmica è quello del "pluralismo interno dal lato della domanda", che anch'esso è basato su una sfumatura della distinzione dei concetti di pluralismo esistenti, in ragione del mutato contesto di mercato²³.

In altri termini, sembra necessario nella valutazione delle concentrazioni tenere in considerazione anche il generale impatto (negativo) prodotto dalle fonti algoritmiche sulla «possibilità di avere accesso a una varietà di servizi di media e contenuti mediatici che trasmettano opinioni, voci e

22. Tali aspetti hanno inoltre richiesto una disciplina specifica a garanzia di un corretto bilanciamento tra libertà di informazione e moderazione dei contenuti da parte degli intermediari designati come *very large online platforms* ai sensi del *Digital Service Act* (artt. 18 e 19 EMFA).

23. MANGANELLI 2023.

analisi diverse». Infatti, nel risolvere efficientemente il “sovraccarico informativo” tipico dell’ambiente online (dove l’offerta è tutt’altro che scarsa) e soddisfare le preferenze degli utenti, la personalizzazione algoritmica in ambito di contenuti informativi e mediali necessariamente contribuisce a creare ed amplificare le notorie “camere d’eco digitali”. Ossia, ciò che la piattaforma propone è ciò che l’utente (già) preferisce, la sua esistente visione del mondo, che ha rivelato (direttamente o indirettamente) alla piattaforma ed in cui essa, in qualità di porta di accesso all’informazione (*information gatekeeper*) lo ha “efficientemente” relegato²⁴. Pluralismo informativo, invece, anche nell’accezione del regolamento EMFA, è una *diversity exposure*, ossia significa essere sottoposti potenzialmente anche a contenuti informativi sui quali si potrebbe attualmente essere in disaccordo, ma sui quali si deve avere comunque la possibilità di fare una scelta, potenzialmente reversibile nel tempo²⁵.

3. La valutazione di impatto sul pluralismo come nuova funzione regolatoria nel sistema di governance dei media

Il regolamento EMFA attribuisce alla Commissione, con il supporto di un nuovo organismo di raccordo delle autorità nazionali, lo *European Board of Media Services* (EBMS), rilevanti poteri di intervento nelle decisioni delle autorità nazionali competenti in materia di controllo sulle concentrazioni.

L’obiettivo di superamento della frammentazione nazionale, che rappresenta la motivazione primaria per l’intervento legislativo europeo, ha

infatti richiesto anche la definizione armonizzata di nuovi assetti organizzativi delle autorità preposte all’assolvimento delle funzioni di controllo delle concentrazioni dei media e di un nuovo sistema di governance istituzionale, comprendente il coordinamento “verticale” con la Commissione e lo EBMS ed anche gli eventuali rapporti “orizzontali” con le autorità di concorrenza.

Partendo da quest’ultimo aspetto, il comma 1 lett. c) dell’articolo 22 impone agli Stati membri di designare le “autorità o gli organismi nazionali di regolamentazione” – puntualmente definite all’articolo 7 EMFA – quali soggetti nazionali responsabili della valutazione o di garantirne comunque il coinvolgimento sostanziale di queste nella valutazione. Il comma 1 dell’articolo 22 sancisce quindi l’autonomia oggettiva (e tendenzialmente anche soggettiva) della funzione di tutela del pluralismo rispetto alla tutela della concorrenza²⁶.

La norma mira, pertanto, ad affidare la valutazione di impatto sul pluralismo alle “autorità indipendenti per i media” o a “organismi nazionali indipendenti” a cui gli Stati membri abbiano già affidato la funzione di “Autorità Nazionale di Regolamentazione” (ANR) per l’attuazione della Direttiva (UE) sui servizi di media audiovisivi (SMAV), ribadendone i requisiti sia funzionali sia organizzativi di autonomia e indipendenza (ed espressamente richiamando l’esigenza di un’adeguata dotazione di risorse che gli Stati membri sono tenuti a garantire).

Pur riservando il *media plurality test* a tali soggetti, l’articolo 22 EMFA lascia tuttavia discrezionalità agli Stati membri nella disciplina nazionale

24. Per maggior approfondimento su questi concetti si rimanda a MANGANELLI–NICITA 2022.

25. In questo senso e con questo obiettivo, si potrebbe interpretare la disposizione di cui all’art. 20 EMFA concernente il diritto alla personalizzazione dell’offerta di media audiovisivi. Sebbene tale norma sia stata concepita per le interfacce degli apparati di ricezione, l’art. 20 potrebbe interpretarsi estensivamente, conferendo agli utenti delle grandi piattaforme digitali il diritto «di modificare facilmente le impostazioni predefinite di qualsiasi dispositivo o interfaccia utente che controlla o gestisce l’accesso ai servizi di media audiovisivi e il loro utilizzo, al fine di personalizzare l’offerta di media audiovisivi in base ai loro interessi o preferenze, nel rispetto della legge». Ciò consentirebbe di aumentare la *diversity exposure* di un utente indipendentemente dalle preferenze attuali rivelate e rendere così potenzialmente possibile l’ampliamento o la modifica nel tempo delle sue preferenze, al fine di reintrodurre una effettiva libertà di scelta fra una molteplicità di fonti (o tipi di fonti) alternative.

26. «La valutazione delle concentrazioni del mercato dei media di cui al presente paragrafo è distinta da quelle a norma del diritto della concorrenza dell’Unione e nazionale, comprese quelle previste dalle norme sul controllo delle concentrazioni. Essa non pregiudica l’articolo 21, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 139/2004, ove applicabile». Art. 22 comma 1.

dei procedimenti di controllo sulle operazioni di concentrazione e sul relativo assetto delle competenze. La valutazione di impatto sul pluralismo potrà quindi assumere la forma di parere vincolante dell'autorità dei media nell'ambito di un procedimento principale di competenza dell'autorità per la concorrenza, oppure svolgersi in via del tutto autonoma e indipendente essendo oggetto di una distinta funzione di vigilanza attribuita all'autorità nazionale di regolamentazione, come avviene in Italia.

Ferma restando la discrezionalità degli Stati membri nella disciplina dei rapporti tra autorità della concorrenza e autorità di regolazione dei media, l'attribuzione alle ANR della funzione di valutazione di impatto sul pluralismo non è, in ogni caso, priva di effetti sulle discipline procedurali nazionali. Allo stato attuale, infatti, diversi Stati membri dispongono di sistemi che consentono ai Ministeri o agli organismi governativi di intervenire nei procedimenti di controllo delle concentrazioni e di annullare le decisioni delle autorità nazionali competenti per motivi diversi dalla tutela della concorrenza, che vanno dalla protezione del pluralismo dei media alla salvaguardia della sicurezza pubblica o di altri interessi generali. Con l'entrata in vigore dell'articolo 22 EMFA, la funzione di tutela del pluralismo dei media è sottratta all'intervento governativo e riservata alle autorità indipendenti, rendendo, pertanto, contrarie al regolamento le discipline che mantengano prerogative delle autorità di governo per le operazioni di concentrazione nel settore dei media.

La garanzia di una valutazione indipendente è stata fortemente perorata dall'organismo europeo dei regolatori dei media ERGA – che ha contribuito attivamente al negoziato sulla proposta EMFA e, con specifico riguardo alla valutazione di impatto del pluralismo, segnalato l'importanza di assicurare la facoltà di un intervento autonomo nei procedimenti di controllo sulle concentrazioni anche al nuovo Board delle ANR.

In effetti, se a livello nazionale l'attribuzione della competenza alle ANR assicura indipendenza e terzietà alla valutazione di impatto del pluralismo in un mercato, quello dei media, ancora fortemente connotato da partecipazioni statali negli

assetto proprietari e da altre forme di controllo diretto sulla governance e la fornitura dei servizi di media (in virtù della titolarità del servizio pubblico di media), l'indipendenza del Board in questa materia (art. 9 EMFA) assicura un contemperamento rispetto alle iniziative della Commissione ai fini di un bilanciamento complessivo tra le istanze nazionali e le finalità generali del diritto euronitario che formano la cornice giuridica e istituzionale in cui si svolge l'attività di mero accertamento tecnico “neutrale”²⁷.

Anche grazie alle proposte emendative di ERGA, la disciplina procedimentale della valutazione di impatto sul pluralismo è stata quindi rimodulata rispetto alla proposta legislativa originaria, con la previsione, all'articolo 23 EMFA, di un autonomo potere di iniziativa del Board in materia di controllo sulle concentrazioni che non siano state previamente notificate (al Board e alla Commissione) in quanto suscettibili di incidere sul funzionamento del mercato interno dei media.

In particolare, da un lato, le ANR sono tenute a consultare il Board sulle operazioni di concentrazione del mercato dei media che «possano incidere sul funzionamento del mercato interno» nel settore mediatico, notificando previamente il progetto di valutazione o di provvedimento al fine di acquisirne il parere. Dall'altro lato, in assenza di una richiesta in tal senso, il Board di propria iniziativa o su richiesta della Commissione, elabora un parere sull'impatto di una concentrazione sul pluralismo e sull'indipendenza editoriale, qualora ritenga che tale concentrazione possa incidere sul funzionamento del mercato interno dei servizi di media. Tale parere dovrà fondarsi su criteri sostanziali fissati da EMFA o dalle linee guida della Commissione che, a sua volta, può intervenire con proprio parere sulle misure adottate dalle ANR che possono incidere sui fornitori di media e che devono essere obbligatoriamente comunicate ai sensi dell'articolo 21 del regolamento.

Le ANR designate per la valutazione delle concentrazioni a tutela del pluralismo sono altresì responsabili per la procedura di notifica e la definizione dei relativi criteri. Ai sensi dell'articolo 2 comma 1 lett. b) EMFA le norme nazionali impongono obblighi di notifica delle «concentrazioni

27. Sulle motivazioni economiche e giuridico-istituzionali della “regolazione indipendente” si rimanda a MANGANELLI-NAPOLITANO 2024.

del mercato dei media» definite attraverso un rinvio alla definizione generale di “concentrazione” recata dall’articolo 3 del citato regolamento sulle concentrazioni (CE) n. 139/2004, laddove la concentrazione «interessa almeno un fornitore di servizi di media o un fornitore di una piattaforma online che fornisce accesso a contenuti mediatici» (art. 2 n. 15).

L’ambito di applicazione soggettivo della norma estende pertanto la valutazione di impatto sul pluralismo a un paniere di servizi più ampio di quello identificato dalla definizione di “servizi di media” del Regolamento EMFA che, a sua volta, ricomprende un numero di attività maggiore di quelle individuate dalla direttiva SMAV, poiché riguarda «qualsiasi mezzo» utilizzato per la fornitura al grande pubblico e dietro corrispettivo di «programmi o di pubblicazioni di carattere giornalistico, sotto la responsabilità editoriale di un fornitore di servizi di media (...) al fine di informare, intrattenere o istruire». In virtù di questa nuova definizione, i servizi di media abbracciano quindi anche il settore della stampa, i podcast audio, i giornalisti e professionisti che pubblicano dietro corrispettivo contenuti di media (quindi anche i *vloggers*) e, come menzionato, le piattaforme online, che si aggiungono al novero di soggetti e attività economiche già disciplinati dalla direttiva SMAV che resta, in ogni caso, il quadro normativo speciale applicabile ai servizi di media audiovisivi²⁸.

4. L’implementazione a livello nazionale: la disciplina del TUSMA e la sua recente evoluzione

In coerenza con gli altri plessi di riforma legislativa adottati in attuazione della *Strategia europea per l’economia digitale*, il regolamento EMFA mira a garantire il buon funzionamento del mercato

interno dei servizi media con misure di ravvicinamento che facciano salve le legislazioni nazionali compatibili, purché finalizzate a stabilire o mantenere livelli più elevati di tutela del pluralismo dei media o dell’indipendenza editoriale.

In particolare, a fronte di diritti e obblighi direttamente azionabili per i fornitori di servizi di media, l’articolo 1 comma 3 EMFA lascia impregiudicata la potestà normativa degli Stati membri di mantenere o adottare regole più dettagliate o più rigorose in taluni ambiti di intervento, tra cui il capo III che si limita, pertanto, a dettare le “prescrizioni” (principi, criteri e requisiti) a cui gli Stati membri dovranno attenersi nel porre in essere misure e procedure per il buon funzionamento del mercato dei media, tra cui figurano le disposizioni sulla valutazione delle concentrazioni.

L’implicazione giuridica di questo approccio normativo è, pertanto, una sostanziale attenuazione dell’efficacia diretta, tratto tipico dello strumento regolamentare nel diritto europeo, e la possibilità/necessità di predisporre una legislazione nazionale di attuazione delle disposizioni EMFA, lasciando quindi inevitabilmente qualche margine di discrezionalità agli Stati membri. Sarà quindi importante ed ancor più interessante andare a valutare la compatibilità delle legislazioni nazionali esistenti con il nuovo regolamento anche con riferimento agli orientamenti che la Commissione è chiamata ad adottare per dare piena attuazione al *market plurality test*.

Per quanto concerne l’ordinamento italiano, come noto, è vigente una disciplina specifica sulle concentrazioni e sulla valutazione del pluralismo informativo nel sistema integrato delle comunicazioni (SIC). Queste norme erano recate dall’art. 43 (“Posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni”) del d.lgs. 177/05 (TUSMAR)²⁹, poi confluite nel nuovo “Testo Unico dei servizi

28. I considerando 9 e 10 EMFA chiariscono puntualmente che la nuova definizione di “servizi di media” fa riferimento alle trasmissioni televisive o radiofoniche su richiesta, ai servizi di media audiovisivi, podcast audio o pubblicazioni di carattere giornalistico, mentre sono esclusi i contenuti generati dagli utenti caricati su un sito online, a meno che non costituiscano un’attività professionale con corrispettivo, sia esso di natura finanziaria o di altra natura (in tal senso, si evidenzia che l’EMFA fa rientrare nella definizione di servizi di media anche i c.d. “vloggers”). Sono escluse la corrispondenza privata (ad es., la posta elettronica) e tutti i servizi che non hanno quale scopo principale la fornitura di programmi audiovisivi o audio o pubblicazioni a stampa, ovvero quando il contenuto è meramente accessorio rispetto al servizio. Alcune disposizioni, poi, si applicano alle *very large online platform* (di seguito “VLOPs”), in linea con le previsioni del DSA.

29. Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (d.lgs. 31 luglio 2005) il cui comma 11 è stato dichiarato incompatibile con il diritto euronitario e, in particolare, con l’articolo 49 TFUE.

di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato" (TUSMA) che ha introdotto disposizioni innovative in materia all'art. 51 ("Posizioni di significativo potere di mercato lesive del pluralismo nel sistema integrato delle comunicazioni")³⁰.

Sul confronto fra la legislazione nazionale vigente ed il nuovo regolamento EMFA, è cruciale osservare come la sentenza *Vivendi-Mediaset*, che ha concorso all'adozione di EMFA, ha dato primario impulso anche alla riforma della disciplina italiana a tutela del pluralismo³¹. Anche in virtù di questo parallelismo, pertanto, negli ultimi anni, la legislazione italiana in materia di concorrenza e pluralismo nel settore dei media ha rappresentato per la Commissione un punto di osservazione di alcune problematiche emerse.

In effetti, l'attuale disciplina del TUSMA sembra sostanzialmente conforme ai requisiti organizzativi e procedurali richiesti dalla disciplina eurounitaria, richiedendo solo minimi aggiustamenti al sistema di governance. Questa, infatti, come descritto, affida alle ANR, in quanto autorità indipendenti dei media, la valutazione dell'impatto sul pluralismo e sull'indipendenza editoriale dei media quale funzione autonoma dai procedimenti in materia di concorrenza. Su questo aspetto, il TUSMA, all'articolo 9, affida all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) – già competente per i procedimenti di controllo sulle concentrazioni nei media e per la valutazione e verifica di posizioni dominanti a tutela del pluralismo nel SIC – la

funzione di ANR ai sensi della direttiva SMAV e, quindi, automaticamente il ruolo di "autorità per i media" ai sensi dell'articolo 7 EMFA nel rispetto dei requisiti di indipendenza, imparzialità e trasparenza richiesti dal diritto europeo e richiamati dal Testo unico.

Come accennato, quindi, la valutazione di impatto sul pluralismo si svolge in Italia in via del tutto autonoma e indipendente rispetto a una valutazione dell'Autorità di concorrenza, cui la legge italiana non affida neanche un potere consultivo. La scelta del legislatore italiano, risalente alla legge istitutiva dell'Autorità e confermata, da ultimo, con la nuova disciplina adottata nel 2021, opera quindi una netta separazione, sia oggettiva sia soggettiva, tra la funzione di verifica delle posizioni lesive del pluralismo affidata ad AGCOM e il controllo sulle concentrazioni a fini di tutela della concorrenza di competenza dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato³². Per quanto concerne i poteri di intervento a tutela del pluralismo, la legislazione italiana conferisce ad AGCOM il potere di rimuovere o impedire la formazione di posizioni di significativo potere di mercato lesive del pluralismo, attraverso misure sia comportamentali sia strutturali, anche rendendo vincolanti impegni presentati delle parti coinvolte, se ritenuti dall'Autorità sufficienti a eliminare o impedire il formarsi delle posizioni di significativo potere di mercato lesive del pluralismo³³.

Ovviamente, si dovrà invece dare attuazione al nuovo sistema di governance allargata previsto

30. Testo unico sui servizi di media audiovisivi (d.lgs. 28 novembre 2021, n. 208). Per un commento alla nuova disciplina dell'articolo 51 TUSMA, si veda GRANDINETTI 2022.

31. Si veda APA-AVVISATI 2023.

32. A tal riguardo, sembra interessante ricordare come, in Italia, la legge 287 del 1990 nella sua versione originaria prevedeva, al comma 1 dell'art. 20, competenze esclusive di tutela della concorrenza (intese, abusi di posizione dominante e controllo delle concentrazioni) per il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, attribuendo ad AGCM un mero potere consultivo. L'attribuzione di competenze antitrust all'Autorità di regolazione, in caso di non completa convergenza degli interessi perseguiti, era tutt'altro che neutrale in quanto l'obiettivo di policy era proprio di bilanciare la tutela della concorrenza con i diversi ed ulteriori interessi che l'Autorità di regolazione doveva perseguire. Le competenze di applicazione diretta della legge 287 sono state successivamente attribuite all'Autorità di concorrenza, in quanto la legge 249 del 1997, istitutiva di AGCOM, ha assegnato al suo Consiglio tutte le competenze e le funzioni precedentemente affidate al Garante ad eccezione appunto delle competenze di tutela della concorrenza contenute al comma 1 dell'art. 20 della legge 287 che è stato abrogato. La stessa legge ha altresì conferito ad AGCOM un potere consultivo, non vincolante, nei procedimenti antitrust e di concentrazione dinnanzi ad AGCM che coinvolgono "operatori del settore delle comunicazioni". Art. 1 comma 6 lett. c) n. 11 della legge 249 del 1997. MANGANELLI 2021.

33. Art. 51 comma 6, d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208.

da EMFA, imperniato sulla cooperazione transfrontaliera tra regolatore nazionale, Board e la Commissione che comporterà, in particolare, un meccanismo di consultazione del Board e l'adozione di pareri del Board e della Commissione sulle concentrazioni che possano incidere sul funzionamento del mercato interno dei servizi di media.

Per quanto concerne, invece, gli aspetti sostanziali, rispetto al vecchio plesso normativo nazionale, il divieto di detenere posizioni di potere di mercato lesive del pluralismo di cui all'art. 51 TUSMA non diviene automaticamente operativo in corrispondenza di soglie prefissate, le quali non si configurano più come limiti anti-concentrativi il cui superamento è vietato³⁴. Infatti, si definiscono normativamente (alcune) situazioni di mercato sintomatiche di potenziali lesioni del pluralismo, il cui verificarsi innesca obblighi di comunicazione all'Autorità in capo a tutti quei soggetti, che, anche attraverso società controllate o società collegate ed anche a seguito di intese o di operazioni di concentrazione, si vengano a trovare o già si trovino in quelle situazioni.

La valutazione della lesività del pluralismo (che non si limita quindi al controllo delle concentrazioni ma si estende anche alle posizioni esistenti) è affidata poi all'accertamento caso per caso

dell'Autorità, sia in seguito alle notifiche di cui sopra, sia d'ufficio sulla base dei suoi accertamenti sull'evoluzione del sistema integrato delle comunicazioni (SIC)³⁵ e quello dei mercati che lo compongono, sia su segnalazione di chi vi abbia interesse (comma 5). L'Autorità nella sua valutazione tiene conto di specifici aspetti e dinamiche di mercato che possono incidere sul pluralismo informativo e che sono descritti allo stesso comma 5. Tali aspetti sono più numerosi rispetto al passato e riflettono in maniera più compiuta le specificità concorrenziali e pluralistiche degli attuali ecosistemi dei media, anche in un ambiente online³⁶.

Il passaggio dal divieto "rigido" di posizioni dominanti a quello "più duttile", caso per caso, di posizioni lesive del pluralismo attribuisce un nuovo significato operativo all'accertamento delle situazioni di potere economico individuali e collettive sia nel SIC sia nei singoli mercati che lo compongono. Se da un lato, infatti, la considerazione, a fini di tutela del pluralismo, di un ambito di mercato "integrato" ha anticipato ed è stata funzionale a considerare l'evoluzione digitale dei mercati dei media³⁷, dall'altro lato, tuttavia, questa estensione, in un quadro di limiti concentrativi prefissati e non rivolti (o parzialmente rivolti) ai singoli mercati, aveva diluito l'impatto potenzialmente lesivo

34. La revisione del meccanismo di soglie anti-concentratrice prefissate previsto dall'articolo 43, comma 11, del TUSMAR è stata introdotta dal legislatore per dare attuazione alla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Vivendi-Mediaset*, nella quale la Corte riteneva che esse non fossero idonee, sotto il profilo della proporzionalità, a garantire il pluralismo dei media. Queste, infatti, stabilivano soglie di mercato astratte che non consentivano di tenere in considerazione se e in quale misura un'impresa fosse effettivamente in grado di influire sul contenuto delle attività editoriali dei media.

35. Ossia «il settore economico che comprende le attività di stampa quotidiana e periodica, delle agenzie di stampa, di editoria elettronica, anche per il tramite di Internet, di radio e servizi di media audiovisivi e radiofonici, cinema, pubblicità esterna, sponsorizzazioni e pubblicità online», art. 3, comma 1, lett. z) TUSMA.

36. Si veda LUPU 2023.

37. Come riconosciuto anche dalla stessa AGCOM (delibera 94/23/CONS) i criteri individuati dal legislatore nell'art. 51, comma 5 del nuovo TUSMA riflettono la consapevolezza della trasformazione digitale e della progressiva affermazione delle grandi piattaforme online multinazionali in posizione di *gatekeeper* e della conseguente esigenza di adeguare le metodologie di analisi a «una visione evidentemente ecosistemica» del settore mediale, inteso in un'accezione ampia e di fatto allineato alla nozione estesa di media dell'EMFA. Ciò garantisce la possibilità di svolgere un'analisi di concorrenza non solo intra-mediale, ma anche inter-mediale, aldilà dei singoli mercati rilevanti, sulla base di un ampio set di indicatori che comprende oltre alle quote di ricavi, la «convergenza fra settori e delle sinergie con altri mercati contigui» così come dei fenomeni di integrazione verticale e conglomerale nel settore audiovisivo, dove l'economia dei dati, ovvero la disponibilità e il controllo sugli stessi va assumendo crescente centralità (delibera n. 66/24/CONS, cit.).

dell'effettivo potere economico esercitato da alcuni attori tradizionali ed emergenti nel SIC³⁸. Il TUSMA, rimettendo all'Autorità, sulla base di criteri definiti, la verifica della presenza di posizioni lesive del pluralismo, consente una valutazione molto più penetrante anche nei singoli mercati che compongono il SIC³⁹.

Coerentemente con tale impianto e con l'EMFA, il nuovo TUSMA, sempre ai sensi dell'art. 51 comma 5, ha stabilito che, sulla base di criteri ivi definiti, l'Autorità definisca *ex-ante* la metodologia specifica per la verifica del rischio di lesione del pluralismo, mediante linee guida, che saranno oggetto di revisione periodica con cadenza almeno triennale. In questo modo, gli ampi criteri individuati dal legislatore trovano contestualizzazione in maniera dinamica nelle linee guida dell'Autorità, appagando la necessità sia di un loro rapido e continuo adattamento alle mutevoli situazioni di mercato, sia di una solida certezza del diritto che deve caratterizzare *ex ante* le norme a difesa del pluralismo (e non solo nel momento di attuazione delle disposizioni da parte dell'autorità)⁴⁰.

L'Autorità ha definitivamente adottato i suoi primi orientamenti, con la delibera 66/24/CONS, improntando la metodologia di analisi proposta alla peculiare declinazione del valore della concorrenza nell'art. 51 TUSMA quale strumento finalizzato alla tutela del pluralismo e al divieto di costituzione di posizioni di significativo potere di mercato di esso lesive. A tal fine l'autorità, oltre ai criteri "classici" di analisi di concorrenza, contempla indici specifici connessi alla diffusione di

informazione e programmi e declina il nuovo set di indicatori sia con riferimento alla caratterizzazione a più versanti dei mercati dei media sia estendendo l'analisi ai mercati degli input a monte (i.e., sul versante dei ricavi pubblicitari, in termini di audience raggiungibili e servizi abilitanti, alla luce soprattutto delle dinamiche caratterizzanti i mercati della pubblicità *data-driven*).

L'adattamento della metodologia di analisi concorrenziale alle finalità di tutela del pluralismo proposto da AGCOM nelle sue linee guida individuali, pertanto, nuovi indici e parametri per lo scrutinio affidato alle autorità indipendenti dei media orientando la funzione di vigilanza sull'evoluzione dei mercati (e sulle concentrazioni) dei media alla specifica finalità di tutela dell'accesso alle fonti informative, rifacendosi in tale prospettiva la citata consolidata giurisprudenza costituzionale italiana sulla garanzia che «i soggetti portatori di opinioni diverse possano esprimersi senza il pericolo di essere emarginati a causa dei processi di concentrazione delle risorse tecniche ed economiche nelle mani di uno o di pochi»⁴¹.

Alla luce di questo nuovo impianto normativo, che innova il sistema di indicatori a tutela del pluralismo e chiarisce definitivamente l'estensione dell'ambito soggettivo ai nuovi attori del sistema dei media, anche le linee guida AGCOM possono probabilmente andare a rappresentare un modello di riferimento per la futura adozione degli orientamenti della Commissione ai fini del *market plurality test* richiesto dell'EMFA.

38. Si veda, ad esempio, il capitolo 9 di ZACCARIA-VALASTRO-ALBANESI 2023.

39. A questo riguardo sembra importante sottolineare che la più volte citata sentenza della Corte sul caso *Vivendi-Mediaset* non ha ritenuto incompatibile con il diritto Ue l'intero impianto del SIC ed il suo utilizzo a fini di tutela del pluralismo informativo (cfr. GRANDINETTI 2022), ma il suo uso in un contesto di limiti anti-concentrativi definiti che non tenessero in considerazione la distribuzione delle quote e del potere di mercato nei vari mercati che compongono il SIC. Valutazione che adesso l'Autorità ha il potere e la competenza di attuare.

40. Sull'importanza e gli effetti giuridici di "autovincolo" degli atti di soft law si rimanda a MORBIDELLI 2016: «a fronte del disvalore rappresentato dalla incertezza del diritto cui non può porre rimedio che in casi rarissimi la interpretazione autentica, mentre la giurisprudenza, quando non concorre anch'essa all'incertezza, è comunque una risposta non tempestiva, la soft law, ove provenga da soggetti dotati di autorevolezza, a mo' di ossimoro, è un non diritto che concorre alla certezza del diritto».

41. Corte Cost., sentenza n. 826 del 1988.

Riferimenti bibliografici

- E. APA, M. AVVISATI (2023), *La sentenza della Corte di giustizia Ue nel caso Vivendi e la revisione della disciplina italiana in materia di pluralismo*, in “Astrid Rassegna”, 2023, n. 11
- K. BLEYER-SIMON, E. BROGI, R. CARLINI et al. (2024), *Monitoring media pluralism in the digital era: application of the media pluralism monitor in the European member states and in candidate countries in 2023*, European University Institute (EUI), 2024
- E. BROGI, I. NENADIC, M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, P.L. PARCU (2019), *Assessing certain recent developments in the Hungarian media market through the prism of the Media Pluralism Monitor*, European University Institute (EUI), July 2019
- C. CAMBINI, A. MANGANELLI, A. NICITA (2024), *Economia e regolazione delle reti e delle infrastrutture*, in C. Cambini, A. Manganelli, G. Napolitano, A. Nicita (a cura di), “*Economia e diritto della regolazione*”, il Mulino, 2024
- P. CAVALIERE (2008), *La Corte di giustizia dà ragione a Europa 7: Tra concorrenza e pluralismo, un nuovo slancio per il mercato televisivo italiano?*, in “Diritto pubblico comparato ed europeo”, 2008, n. 2
- O. GRANDINETTI (2022), *La tutela del pluralismo nel nuovo Testo unico sui servizi di media audiovisivi*, in “MediaLaws”, 2022, n. 2
- P. LUPI (2023), *Commento all’art. 51*, in C. Contessa, P. del Vecchio (a cura di), “Testo Unico Servizi Media Audiovisivi”, Editoriale Scientifica, 2023
- A. MANGANELLI (2023), *Piattaforme digitali e social network, fra pluralità degli ordinamenti, pluralismo informativo e potere di mercato*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 2023, n. 2
- A. MANGANELLI (2021), *Il rapporto fra tutela della concorrenza e regolazione*, in V. Falce (a cura di), “Competition Law enforcement in digital markets”, Giappichelli, 2021
- A. MANGANELLI, G. NAPOLITANO (2024), *Regolazione, diritto e istituzioni*, in C. Cambini, A. Manganelli, G. Napolitano, A. Nicita (a cura di), “*Economia e diritto della regolazione*”, il Mulino, 2024
- A. MANGANELLI, A. NICITA (2022), *Regulating digital markets: the EU approach*, Palgrave Macmillan, 2022
- R. MASTROIANNI (2013), *La dimension europeenne de la regulation audiovisuelle: vers une nouvelle directive sur le pluralisme de l’information?*, in “Astrid Rassegna”, 2013, n. 17
- G. MORBIDELLI (2016), *Degli effetti giuridici della soft law*, in “Rivista della regolazione dei mercati”, 2016, n. 2
- R. ZACCARIA, A. VALASTRO, E. ALBANESI (2023), *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, Cedam, 2023