R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1429 del 2010, proposto da:
Conto Tv Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Cardarelli, Filippo
Lattanzi e Clelia Vitocolonna, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma,
via Pierluigi da Palestrina, 47

contro

Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, rappresentata e difesa
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei
Portoghesi, 12

nei confronti di

Lega Nazionale Professionisti, rappresentata e difesa dagli avv.ti Bruno Ghirardi e
Ruggero Stincardini, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma,
via Cimarosa, 19

Sky Italia Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco D'Ostuni e Giuseppe
Franco Ferrari, con essi elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in
Roma, via di Ripetta, 142

e con l'intervento di

Adiconsum, Associazione Italiana Difesa Consumatori ed Ambiente,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Iurilli e Giuliana Faedda, presso il cui
studio è elettivamente domiciliata in Roma, via Cairoli, 24

per l'annullamento

- della delibera Agcm del 18 gennaio 2010, con la quale è stato concluso il procedimento A 418 senza accertamento dell'infrazione;
- della delibera Agcm del 18 novembre 2009 nella parte in cui dispone che c) il responsabile del procedimento provvederà a comunicare alla Lega Nazionale Professionisti la data entro la quale è possibile replicare alle osservazioni dei terzi interessati ed eventualmente presentare modifiche accessorie dei suddetti impegni;
- della comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90, adottata da Agcm con delibera del 12 ottobre 2006;
- per quanto occorra, della delibera Agcm del 1 ottobre 2009;
- di ogni atto connesso presupposto o conseguente a quelli impugnati, ancorchè non conosciuto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Avvocatura Generale dello Stato, della Lega Nazionale Professionisti, di Sky Italia Srl e di Adiconsum;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 aprile 2010 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con delibera del 22 luglio 2009, ha avviato un'istruttoria, ai sensi dell'art. 14 l. 287/1990, nei confronti della Lega Nazionale Professionisti per accertare l'esistenza di violazioni dell'art. 82 del Trattato CE, relativamente alle procedure selettive per i diritti audiovisivi, relativi alle stagioni sportive 2010-2011 e 2011-2012, avviate per il solo campionato di calcio di serie A.

Con successiva delibera del 1° ottobre 2009, ha ampliato oggettivamente l'istruttoria con riferimento all'invito ad offrire pubblicato dalla Lega Nazionale Professionisti in data 3 settembre 2009, riguardante i diritti audiovisivi per il campionato di calcio di serie B, stagioni 2010-2011 e 2011-2012.

L'Autorità, con l'impugnata delibera del 18 gennaio 2010, ha reso obbligatori per la Lega Nazionale Professionisti gli impegni presentati, ai sensi dell'art. 14 ter, co. 1, l. 287/1990, nei termini descritti ed allegati al provvedimento, ed ha chiuso il procedimento nei confronti della Lega Nazionale Professionisti senza accertare l'infrazione, ai sensi dell'art. 14 ter, co. 1, l. 287/1990.

Conto TV ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi:

Violazione dell'art. 7 l. 241/1990, degli artt. 14 e segg. l. 287/1990, del d.P.R. 217/1998, del regolamento comunitario n. 1/2003, violazione del principio del contraddittorio, del giusto procedimento, di trasparenza, difetto di istruttoria, eccesso di potere per irrazionalità, disparità di trattamento.

La modifica proposta dalla Lega non sarebbe stata accessoria, ma sarebbe stata ritenuta determinante per pronunciare l'assoluzione dagli addebiti sollevati con l'atto di avvio dell'istruttoria, sicché sarebbero stati violati i principi di tutela del contraddittorio procedimentale, del giusto procedimento e di trasparenza.

Non sarebbe comprensibile la ragione per la quale l'Autorità, che aveva doverosamente pubblicato i primi impegni, si è astenuta dall'obbligo di rendere formalmente edotti i terzi interessati dall'avvenuta presentazione del secondo set di impegni che, proprio in quanto relativo alla serie A, costituiva una sopravvenienza di primario rilievo nella dinamica procedimentale.

Il contenuto dei secondi impegni presentati dalla Lega, infatti, non potrebbe definirsi in alcun modo accessorio rispetto alla situazione determinata dalla formulazione dei primi impegni in quanto la Lega avrebbe introdotto un nuovo

pacchetto costituente un quid novi, al punto da incidere in modo determinante sul convincimento finale dell'Autorità.

Violazione e falsa applicazione del d.lg. 9/2008, dell'art. 14 ter l. 287/1990, eccesso di potere per irrazionalità, contraddittorietà manifesta, difetto di istruttoria, contrasto con precedenti delibere dell'AGCM, motivazione insufficiente e illogica.

Le conclusioni cui è pervenuta l'Autorità sarebbero non soltanto irragionevoli, ma si porrebbero anche in contraddizione rispetto alle precedenti delibere di approvazione delle linee guida e di avvio dell'istruttoria. In particolare, l'Antitrust avrebbe avviato l'istruttoria sulla base di premesse e presupposti di fatto inequivoci per poi addivenire ad un radicale mutamento di orientamento, che negherebbe gli argomenti originariamente svolti ed il senso stesso del suo intervento in un mercato chiuso e dominato da situazioni di monopolio, almeno per il satellitare.

L'istruttoria avrebbe potuto concludersi con una pronuncia assolutoria solo in presenza di impegni contenutisticamente coerenti con la contestazione degli addebiti.

L'AGCM sarebbe stata costretta ad estendere l'istruttoria anche alle gare per la serie B solo perché la Lega aveva previsto uno sconto per l'aggiudicatario del pacchetto Platinum live che avesse acquistato anche i diritti per la serie B, per cui l'assegnazione dei diritti per la serie B costituirebbe una vicenda estranea all'istruttoria avviata nel luglio 2009 ed il pregiudizio competitivo non potrebbe essere in alcun modo scongiurato dalla definizione di tre pacchetti aventi ad oggetto i diritti per il campionato di serie B; altrettanto sorprendentemente l'Autorità avrebbe attribuito rilevanza al pacchetto D di cui agli impegni presentati il 28.12.2009 in quanto lo stesso sarebbe sostanzialmente identico al pacchetto Satellite hilites andato deserto nel primo esperimento della procedura selettiva.

L'Avvocatura Generale dello Stato, in rito, ha sostanzialmente eccepito l'inammissibilità del ricorso avendo fatto presente che, anche a seguito dell'eventuale accoglimento dello stesso, la riapertura del procedimento da parte dell'Autorità e la sua conclusione con un provvedimento di accertamento e di diffida sarebbe priva di utilità per la ricorrente non potendo comunque l'Autorità incidere sull'avvenuta aggiudicazione, in data 28 luglio 2009, a favore di Sky del pacchetto Platinum Live, non rientrando nei suoi poteri interferire con l'esecuzione di contratti pienamente efficaci inter partes.

Nel merito, l'Avvocatura dello Stato, la Lega Nazionale Professionisti e Sky Italia, con ampie ed articolate memorie, hanno contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

Adiconsum è intervenuta nel giudizio ad adiuvandum, concludendo per l'accoglimento del ricorso.

All'udienza pubblica del 14 aprile 2010, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'adunanza del 22 luglio 2009, ha deliberato l'avvio dell'istruttoria ai sensi dell'art. 14 l. 287/1990, nei confronti della Lega Professionisti, per accertare l'esistenza di violazioni dell'art. 82 del Trattato.

Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria, l'Autorità ha considerato che il d.lg. 9/2008 assegna alla Lega Calcio, contitolare dei diritti audiovisivi insieme alle singole società sportive, il ruolo esclusivo di commercializzazione in via centralizzata dei diritti relativi a tutte le competizioni organizzate dalla stessa Lega e che tali competizioni, le quali includono i campionati di calcio di serie A e di serie B, la Coppa Italia e la Supercoppa, rappresentano la quasi totalità del mercato rilevante dei diritti di trasmissione televisiva in Italia degli eventi calcistici disputati regolarmente ogni anno per tutto l'anno.

Pertanto – rilevato, tra l’altro, che i diritti commercializzati dalla Lega Calcio rivestono un ruolo centrale nella capacità di un operatore televisivo di attrarre spettatori e investimenti pubblicitari, sicché essa è in grado di esercitare il proprio potere di mercato anche nei confronti di soggetti particolarmente qualificati attivi nei mercati a valle (in particolare, tali diritti risultano imprescindibili per gli operatori televisivi già affermati per mantenere e incrementare la customer base, nonché per i piccoli operatori e i nuovi entranti che intendano ottenere una crescita significativa) – ha ritenuto che la Lega Calcio detiene una posizione dominante nel mercato dei diritti di trasmissione televisiva in Italia degli eventi calcistici disputati regolarmente ogni anno per tutto l’anno, evidenziando che essa esercita per legge un ruolo esclusivo nella commercializzazione dei diritti relativi alle competizioni dalla stessa organizzate ed è in grado di esercitare un significativo potere di mercato, potendo determinare rilevanti effetti sull’acquisizione di tali diritti e, di conseguenza, sulle dinamiche concorrenziali tra gli operatori della comunicazione attivi nei mercati della pay tv e della televisione in chiaro.

L’ipotesi di presunta infrazione per abuso di posizione dominante è descritta nei paragrafi da 43 a 59 dell’atto.

Per quanto maggiormente interessa in questa sede, l’Autorità ha rilevato che nell’invito ad offrire pubblicato il 10 luglio 2009, la Lega Calcio ha definito due pacchetti in esclusiva per la piattaforma satellitare (“Platinum live” e “Satellite hilites”): il primo contenente le dirette degli incontri e pienamente sfruttabile solo da parte di chi disponga di una capacità satellitare particolarmente ampia, adeguata alla trasmissione in contemporanea di un elevato numero di incontri; il secondo, invece, riguardante la trasmissione dei soli highlights nella fascia compresa tra le 17.30 e le 22.30.

Con specifico riferimento al secondo pacchetto (“Satellite hilites”), ha fatto presente che “la possibilità di sfruttamento commerciale a pagamento di tali diritti risulta compromessa dalla diffusione quasi contemporanea delle immagini in chiaro (da parte del titolare del pacchetto “Platinum hilites”) e comunque dal fatto che gli stessi sono assegnati anche all’aggiudicatario del pacchetto “Platinum Live”, per giunta senza vincoli orari.

Di talché, l’AGCM ha ritenuto che “le modalità di formazione dei pacchetti concretamente assunte dalla Lega Calcio risultano in contrasto con i principi posti a tutela della concorrenza, in quanto inidonee a garantire lo svolgimento di una procedura effettivamente competitiva e suscettibili di condizionare l’allocazione dei diritti ai principali operatori, ostacolando l’ingresso e la crescita di altri soggetti”. In particolare, “la Lega Calcio sembra aver preferito determinare le condizioni per una minore competizione tra gli operatori della pay tv nello sfruttamento dei diritti, al fine di assicurarsi gli introiti auspicati, limitando l’incertezza connessa all’esito delle procedure competitive. La Lega Calcio può beneficiare di tale situazione poiché l’aumento dei profitti attesi sui mercati a valle, derivanti da una più circoscritta disponibilità dei diritti audiovisivi, innalza la capacità a pagare degli operatori televisivi per l’acquisizione dei diritti. D’altro canto, il minor grado di concorrenza tra gli operatori della pay tv risulta idoneo a produrre effetti negativi sui consumatori, conducendo a prezzi di fruizione dei contenuti televisivi potenzialmente più elevati e a una inferiore varietà e qualità dell’offerta”.

L’Autorità ha soggiunto che “il potenziale effetto distorsivo della concorrenza derivante da siffatte modalità di formazione dei pacchetti era stato già evidenziato ... nel provvedimento di approvazione delle linee guida adottato il 1° luglio 2009, che esortava a definire più pacchetti nell’ambito di ciascuna piattaforma, nell’ottica di promuovere la massima partecipazione possibile alle procedure competitive e

l'ingresso di nuovi operatori, nonché lo sviluppo di una concorrenza "infra-piattaforma" e "la preoccupazione che le modalità di vendita dei diritti calcistici a livello collettivo possano restringere l'output ed avere un effetto escludente nei mercati televisivi a valle è stata più volte evidenziata dalla Commissione europea nell'analisi di fattispecie di vendita centralizzata dei diritti calcistici".

In definitiva, l'amministrazione precedente ha ritenuto che "la definizione dei pacchetti adottata dalla Lega Calcio nell'invito ad offrire, peraltro in contrasto con i principi e le disposizioni del Decreto Legislativo n. 9/08 e con le linee guida così come approvate dall'Autorità, appare suscettibile di condizionare l'allocazione dei diritti ai principali operatori del mercato della pay tv, con ciò ingessando la struttura di tale mercato e limitando le possibilità di ingresso e crescita di altri operatori".

Con successiva delibera del 1° ottobre 2009, l'istruttoria è stata ampliata oggettivamente con riferimento all'invito ad offrire pubblicato dalla lega Nazionale Professionisti in data 3 settembre 2009 riguardante i diritti audiovisivi per il campionato di calcio di serie B, stagioni 2010-2011 e 2011-2012, "considerato che tale invito ad offrire prevede, per gli assegnatari dei pacchetti Platinum Live, Gold Live e Silver Live di Serie A, la possibilità di fruire di una riduzione del corrispettivo di assegnazione dei pacchetti citati in caso di acquisizione di pacchetti di Serie B" e "ritenuto che la previsione citata possa determinare un ingiustificato vantaggio per alcuni operatori rispetto ad altri soggetti interessati all'acquisizione dei diritti di Serie B, e per tale motivo sia suscettibile di favorire l'allocazione dei diritti ai principali operatori del mercato della pay tv, con ciò ingessando la struttura di tale mercato e limitando la possibilità di ingresso e crescita di altri operatori".

Con l'impugnato provvedimento, adottato nell'adunanza del 18 gennaio 2010, l'Autorità ha deliberato:

di rendere obbligatori per la Lega Nazionale Professionisti gli impegni presentati, ai sensi dell'art. 14 ter, co. 1, l. 287/1990, nei termini descritti ed allegati al provvedimento;

di chiudere il procedimento nei confronti della Lega Nazionale Professionisti, senza accertare l'infrazione ai sensi dell'art. 14 ter, co. 1, l. 287/1990;

che la Lega Nazionale Professionisti, entro il 30 marzo 2010 e in ogni caso a conclusione delle procedure per l'assegnazione di ciascuno dei pacchetti di diritti oggetto di impegni, informi tempestivamente e dettagliatamente l'Autorità delle azioni intraprese per dare esecuzione a ciascuno degli impegni assunti e dei relativi esiti, producendo tutta la documentazione pertinente.

L'AGCM, infatti, ha ritenuto che "il complesso degli impegni presentati dalla Lega Calcio, in forza anche delle modifiche apportate - volte a rispondere alle osservazioni formulate nell'ambito del market test - sia idoneo a rimuovere i profili anticoncorrenziali sottesi al presente procedimento".

Tale determinazione è stata così motivata:

"gli impegni riguardanti la definizione di tre pacchetti di diritti per il Campionato di Serie B pongono le condizioni affinché si realizzi un'effettiva competizione nell'acquisizione di tali diritti, consentendo anche l'eventuale partecipazione di emittenti minori. In proposito, si rileva che i diritti di Serie B, pur detenendo un valore commerciale sostanzialmente differente da quelli relativi alla Serie A, sono comunque in grado completare l'offerta degli operatori già affermati e possono rappresentare un veicolo significativo per la promozione di canali emergenti. La scomposizione dei diritti relativi al Campionato di Serie B in più pacchetti, unitamente all'eliminazione di condizioni economiche privilegiate per gli assegnatari dei diritti di Serie A, ridimensiona le capacità tecniche ed economiche necessarie per la predisposizione di un'offerta potenzialmente idonea all'aggiudicazione dei pacchetti. In tal modo, viene favorita la massima

partecipazione alle procedure competitive, nonché lo sviluppo di una concorrenza infra-piattaforma” (par. 59);

una più intensa concorrenza all’interno delle piattaforme, stimolata da una più accesa competizione nella fase di acquisizione dei diritti, è altresì sostenuta dalle modifiche apportate agli impegni a seguito del market test. Al riguardo, si ritiene che l’offerta di un pacchetto contenente estese sintesi degli incontri di Serie A – nella misura in cui permette la creazione di un prodotto televisivo tempestivo rispetto alla conclusione delle gare, più completo rispetto agli highlights e suscettibile di essere opportunamente valorizzato – sia in grado di modificare in senso pro-concorrenziale le dinamiche del mercato. Si consideri, pertanto, che i diritti che compongono tale pacchetto non risultano appetibili per il principale operatore satellitare, che già li detiene nell’ambito del più ampio pacchetto aggiudicatosi, di talché il nuovo pacchetto appare effettivamente indirizzarsi a nuovi operatori” (par. 60);

“l’integrazione degli impegni mediante l’introduzione di un pacchetto contenente diritti afferenti al Campionato di Serie A consente di superare le obiezioni espresse nel corso del market test in ordine alla necessità di non limitare le modifiche dell’offerta al solo Campionato di Serie B” (par. 61);

“l’idoneità del complesso delle misure prospettate dalla Lega Calcio a superare le preoccupazioni concorrenziali va apprezzata anche alla luce dell’impegno a presentare nuove linee guida che disciplineranno l’assegnazione dei diritti relativi alla Serie A ed alla Serie B a decorrere dalla stagione sportiva 2012-2013, anticipando di un anno la scadenza delle attuali linee guida. In tal modo sarà possibile evitare che le prossime linee guida e i conseguenti inviti ad offrire ripropongano le criticità di carattere concorrenziale che hanno indotto l’Autorità ad avviare il presente procedimento; al tempo stesso, le indicazioni fornite dall’Autorità nel provvedimento di approvazione delle linee guida e nei

provvedimenti di avvio ed estensione del presente procedimento con riferimento ai criteri di formazione dei pacchetti saranno attuate dalla Lega Calcio sin dalla fase di predisposizione delle prossime linee guida” (par. 62).

2. L’Avvocatura Generale dello Stato ha formulato un’eccezione pregiudiziale di carenza di interesse, evidenziando che, a seguito dell’eventuale accoglimento del ricorso, la riapertura del procedimento da parte dell’Autorità e la sua conclusione con un provvedimento di accertamento e di diffida sarebbero comunque prive di utilità per la ricorrente in quanto l’Autorità non potrebbe incidere sull’avvenuta aggiudicazione, in data 28 luglio 2009, a favore di Sky del pacchetto Platinum Live, non rientrando nei suoi poteri interferire con l’esecuzione di contratti pienamente efficaci inter partes.

L’eccezione non può essere condivisa.

Il Collegio rileva in primo luogo che - in disparte ogni considerazione, non rientrante nella giurisdizione amministrativa, in ordine agli effetti che un provvedimento di accertamento di abuso di posizione dominante e di conseguente fissazione del termine per l’eliminazione dell’infrazione potrebbe determinare sui rapporti contrattuali già stipulati tra la Lega Nazionale Professionisti e Sky - dall’eventuale accoglimento del ricorso potrebbe quantomeno residuare un interesse di tipo risarcitorio.

Inoltre, atteso che l’eventuale accoglimento del ricorso imporrebbe all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di proseguire l’istruttoria avviata ex art. 14 l. 287/1990 ed essendo il procedimento in materia di abuso di posizione dominante finalizzato in primo luogo all’accertamento dell’infrazione, non può certo escludersi l’interesse della ricorrente a che, in esito alla conclusione del procedimento, la condotta tenuta dalla Lega Nazionale Professionisti sia considerata illecita, a prescindere dagli effetti immediati che tale accertamento di illiceità possa avere sui rapporti contrattuali già in essere con soggetti terzi.

In sostanza, non può escludersi la sussistenza dell'interesse all'accertamento di una situazione anticoncorrenziale da parte dell'Autorità antitrust.

Diversamente opinando, d'altra parte, si perverrebbe alla paradossale e non accettabile conclusione che, una volta posti in essere in esecuzione della condotta contestata sotto il profilo antitrust atti non più reversibili, l'esercizio del potere attribuito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dalla legge 287/1990 non sarebbe più utilmente esercitabile.

In altri termini, l'adesione alla prospettata eccezione di carenza di interesse postula la consumazione del potere dell'Autorità in materia antitrust a seguito di atti non più reversibili compiuti in attuazione della condotta ipotizzata come lesiva della libertà di concorrenza, ma tale conclusione, da un lato, si pone in contrasto con la ratio della normativa di settore, dall'altro, costituisce una conclusione palesemente illogica.

3. Nel merito, il ricorso è fondato e va di conseguenza accolto.

3.1 Con il primo motivo d'impugnativa, la ricorrente ha sostenuto che la modifica proposta dalla Lega non sarebbe stata accessoria, ma sarebbe stata ritenuta determinante per pronunciare l'assoluzione dagli addebiti sollevati con l'atto dell'avvio dell'istruttoria, sicché sarebbero stati violati i principi di tutela del contraddittorio procedimentale, del giusto procedimento e di trasparenza; il contenuto dei secondi impegni presentati dalla Lega, infatti, non potrebbe definirsi in alcun modo accessorio rispetto alla situazione determinata dalla formulazione dei primi impegni in quanto la Lega avrebbe introdotto un nuovo pacchetto costituente un *quid novi*, al punto da incidere in modo determinante sul convincimento finale dell'Autorità.

La censura è fondata.

L'art. 27, co. 4, del Reg. (CE) 16.12.2002 n. 1/2003, regolamento del Consiglio concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del

Trattato, indica che la Commissione, qualora intenda adottare una decisione ai sensi degli artt. 9 o 10, pubblica un'esposizione sommaria dei fatti e il contenuto essenziale degli impegni o dell'azione proposta; i terzi interessati possono presentare le loro osservazioni entro un termine stabilito dalla Commissione all'atto della pubblicazione e che non può essere inferiore ad un mese.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con provvedimento n. 16015 del 12 ottobre 2006 - rilevato che, ai sensi dell'art. 14 ter l. 287/1990, "entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria" e che "l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione" - ha inteso fornire alle parti interessate alcune prime indicazioni sulle procedure da adottarsi nell'applicazione dell'art 14 ter della legge.

Nell'ambito di tale comunicazione, è indicato che qualora l'Autorità non deliberi il rigetto per manifesta infondatezza degli impegni proposti dispone, con delibera, la pubblicazione sul sito internet dei medesimi impegni; con tale delibera determina altresì il termine entro il quale dovrà essere presa la decisione salvo esigenze di proroga, mentre i terzi interessati possono presentare le proprie osservazioni scritte in merito agli impegni proposti entro un termine di trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione degli stessi su internet.

L'AGCM, pertanto, coerentemente alla richiamata norma comunitaria, si è autovincolata al rispetto della descritta procedura di applicazione dell'art. 14 ter l. 287/1990 e l'eventuale inosservanza di tali disposizioni determina inevitabilmente un vizio procedimentale idoneo a riverberarsi in un vizio di legittimità del provvedimento finale.

La Lega Calcio, nei primi impegni presentati in data 17 novembre 2009, come risulta dai paragrafi 25 e seguenti del provvedimento impugnato - dopo avere evidenziato “che tutti i pacchetti predisposti per la trasmissione delle partite di Serie A, sia sulla piattaforma satellitare sia su quella digitale terrestre, sono stati assegnati” e che, quindi, “sotto il profilo contrattuale ... devono essere riconosciuti, in capo ai soggetti assegnatari, diritti quesiti alla trasmissione degli eventi, di modo che non sarebbe possibile alcun intervento modificativo da parte della stessa Lega”, mentre “diversa sarebbe la situazione relativa ai diritti di Serie B, i quali risultano assegnati solo per la piattaforma digitale terrestre e possono dunque, per la parte satellitare tuttora nella disponibilità della Lega, formare oggetto di impegni” - ha ritenuto che le preoccupazioni concorrenziali sollevate dall’Autorità “possano essere rimosse da una propria iniziativa consistente nella suddivisione del pacchetto Platinum di Serie B per la piattaforma satellitare in tre pacchetti autonomi, da offrire mediante procedura competitiva da effettuarsi entro il 26 febbraio 2010. Il primo pacchetto che la Lega intende predisporre (Pacchetto A) contiene le partite in casa e in trasferta relative a 12 squadre, il secondo pacchetto (Pacchetto B) è formato dalle partite in casa e in trasferta relative alle 10 squadre rimanenti, mentre il terzo pacchetto (Pacchetto C) contiene le gare giocate in anticipo ed in posticipo, trasmesse in forma condivisa con gli assegnatari dei Pacchetti A e B ...”. Con la detta proposta, la Lega si è altresì impegnata “a sottoporre all’approvazione dell’Autorità nuove linee guida per tre stagioni sportive a partire dal Campionato 2012-13, nonostante le linee guida già approvate riguardassero anche tale stagione...”.

Con comunicazione del 28 dicembre 2009, la Lega Calcio, alla luce dei commenti risultanti dal market test ed in risposta alle osservazioni formulate, ha proposto una modifica, qualificata dall’Autorità precedente come “accessoria”, con cui si è impegnata “a proporre un pacchetto ulteriore rispetto a quelli precedentemente

individuati, anch'esso destinato alla piattaforma satellitare (Pacchetto D). Tale pacchetto conterrà i diritti di trasmissione a pagamento delle sintesi di tutti gli eventi del Campionato di Serie A. Le sintesi potranno avere la durata massima di 10 minuti per ciascun tempo e saranno trasmissibili via satellite in differita ed in forma esclusiva, salvo il concorrente esercizio dei medesimi diritti da parte del licenziatario del pacchetto Platinum Live, nelle seguenti fasce orarie: a) dalle 17 alle 20 della domenica, per le gare disputate il sabato, la domenica o in unico giorno di gara con inizio fino alle h. 15, mai prima che siano decorsi 10 minuti dal fischio finale dell'ultima di tali gare o in sovrapposizione con un evento disputato con inizio dopo le ore 15; b) non prima delle 23, per le gare disputate con inizio dopo le h. 15 la domenica o in altro giorno di gara e per le gare sub a), mai prima che siano decorsi 10 minuti dal fischio finale dell'ultima delle gare della giornata di campionato o in sovrapposizione con un altro evento”.

La Lega Calcio ha evidenziato che “la descritta modifica agli impegni risponde a quei rilievi del mercato in merito alla necessità di prevedere misure riguardanti anche il Campionato di Serie A, in quanto stimola ulteriormente la concorrenza infra-piattaforma auspicata dall'Autorità”.

Il Collegio rileva che, differentemente da quanto ritenuto dall'Autorità, le modifiche agli impegni proposte dalla Lega Calcio con comunicazione del 28 dicembre 2009 non sono accessorie, ma sono state determinanti per l'accoglimento degli stessi e la conseguente chiusura del procedimento senza accertamento dell'infrazione.

In proposito, è sufficiente osservare che i primi impegni, presentati in data 17 novembre 2009, riguardavano i soli diritti relativi ai campionati di serie B, ai quali l'istruttoria è stata estesa con delibera del 1° ottobre 2009, ma non anche i diritti relativi ai campionati di serie A, in relazione ai quali l'istruttoria è stata avviata con

delibera del 22 luglio 2009, sicché con riferimento a tale atto di avvio dell'istruttoria i primi impegni devono ritenersi tamquam non essent.

In sostanza, gli impegni proposti in data 28 dicembre 2009, lungi dall'apportare modifiche accessorie ai primi impegni, hanno costituito, o avrebbero dovuto costituire, l'elemento centrale della valutazione effettuata dall'Autorità per decidere se rendere gli stessi obbligatori e chiudere il procedimento senza l'accertamento dell'infrazione o meno.

D'altra parte, l'Autorità, nell'impugnata delibera del 18 gennaio 2010, ha espressamente posto in rilievo (par. 61) che "l'integrazione degli impegni mediante l'introduzione di un pacchetto contenente diritti afferenti al Campionato di Serie A consente di superare le obiezioni espresse nel corso del market test in ordine alla necessità di non limitare le modifiche dell'offerta al solo Campionato di Serie B", lasciando, quindi, chiaramente intendere che le modifiche agli impegni sono risultate determinanti ai fini della decisione finale.

Ne consegue la fondatezza del primo motivo d'impugnativa, atteso che, in ragione di quanto stabilito nella "Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14 ter della legge 10 ottobre 1990 n. 287", adottata con delibera n. 16015 del 12 ottobre 2006, l'Autorità avrebbe dovuto disporre la pubblicazione sul sito internet anche degli impegni proposti dalla Lega Calcio in data 28 dicembre 2009.

3.2 Parimenti fondato, nei sensi e nei limiti di quanto di seguito specificato, è il secondo motivo d'impugnativa, con cui, in particolare, la ricorrente ha sostenuto che l'istruttoria avrebbe potuto concludersi con una pronuncia assolutoria solo in presenza di impegni contenutisticamente coerenti con la contestazione degli addebiti.

In primo luogo, occorre evidenziare che le determinazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in ordine alla presentazione di impegni ex art. 14

ter l. 287/1990 costituiscono esercizio di potere discrezionale e, se è vero che la scelta dell'Autorità amministrativa costituisce una valutazione di opportunità alla quale il giudice amministrativo non può sovrapporre una propria autonoma valutazione, è altrettanto vero che l'azione amministrativa discrezionale è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità, oltre che per violazione di legge, anche per illogicità, irragionevolezza o travisamento dei fatti nonché per carenza di motivazione o di istruttoria.

In altri termini, il sindacato giurisdizionale sulle delibere de quibus può estendersi nell'ambito dell'esame dei presupposti di fatto e della congruità e ragionevolezza della motivazione a base della decisione nonché dell'accertamento del nesso logico di consequenzialità tra presupposti e conclusioni.

Le censure volte ad evidenziare la presenza di figure sintomatiche dell'eccesso di potere nell'azione amministrativa, quindi, sono senz'altro ammissibili.

Nella parte del provvedimento relativa alla "valutazione degli impegni", l'AGCM ha rilevato in primo luogo che "secondo quanto prospettato nel provvedimento di avvio i pacchetti di diritti di Serie A offerti dalla Lega Calcio, avendo caratteristiche sostanzialmente ritagliate sulla capacità economica e trasmissiva dei principali operatori della pay tv in Italia, erano inadeguati a garantire lo svolgimento di una procedura effettivamente competitiva e suscettibili di condizionare l'allocazione dei diritti a tali soggetti, ostacolando l'ingresso e la crescita di altre imprese. La definizione di più pacchetti tra loro equilibrati in ciascuna piattaforma avrebbe invece potuto stimolare la competizione nell'acquisizione e nello sfruttamento dei diritti". Tra l'altro, ha soggiunto che "nel provvedimento di estensione oggettiva dell'istruttoria l'Autorità ha rilevato che la riduzione del corrispettivo di assegnazione dei pacchetti di Serie A, in caso di acquisizione anche di pacchetti di Serie B, determinasse un ingiustificato vantaggio per i principali operatori del mercato della pay tv già assegnatari dei pacchetti

relativi alle dirette di Serie A, con ciò ingessando la struttura del mercato e limitando le possibilità di ingresso e crescita di altri operatori”.

L’Autorità ha ritenuto che gli impegni complessivamente proposti dalla Lega Calcio sono idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria in quanto promuovono una più accesa competizione nella fase di acquisizione dei diritti e una maggiore concorrenza all’interno delle piattaforme, assicurando contestualmente l’osservanza delle indicazioni fornite dalla stessa Autorità a valle della prima applicazione del d.lg. 9/2008.

Tale valutazione è stata basata sulla motivazione in precedenza descritta e contenuta nei punti da 59 a 62 del provvedimento.

Il Collegio ritiene che la determinazione dell’Autorità di rendere obbligatori per la Lega Nazionale Professionisti gli impegni presentati e di chiudere il procedimento senza accertare l’infrazione ai sensi dell’art. 14 ter l. 287/1990 si rivela contraddittoria con le ragioni che hanno indotto l’Autorità stessa ad avviare il procedimento con delibera del 22 luglio 2009 e, pertanto, si presenta manifestamente illogica.

In altri termini - a prescindere dalla effettiva esistenza di una fattispecie di abuso di posizione dominante da parte della Lega Nazionale Professionisti, accertamento del tutto esulante dal presente thema decidendum, costituito solo ed esclusivamente dalla verifica di legittimità della delibera adottata dall’Autorità antitrust in data 18 gennaio 2010 - il Collegio è dell’avviso che l’azione amministrativa sia stata complessivamente contraddittoria e, per tale motivo, illogica, in quanto, a fronte della infrazione ipotizzata nell’atto di avvio del procedimento del 22 luglio 2009, con la delibera del 18 gennaio 2010 ha chiuso il procedimento rendendo obbligatori impegni che *ictu oculi* non appaiono idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria.

In primo luogo, occorre rilevare che l'atto di avvio dell'istruttoria del 22 luglio 2009 è relativo ai diritti audiovisivi afferenti ai soli Campionati di calcio di serie A, mentre l'ampliamento oggettivo dell'istruttoria, disposto con delibera del 1° ottobre 2009, investe anche l'invito ad offrire del 3 settembre 2009, relativo ai diritti audiovisivi per i campionati di serie B.

Pertanto, la questione dell'appartenenza dei diritti televisivi relativi ai campionati di calcio di serie A e B ad un unico mercato o a diversi mercati è irrilevante ai fini del presente giudizio in quanto è la stessa dinamica procedimentale a mostrare chiaramente che l'istruttoria ex art. 14 l. 287/1990 è stata avviata in relazione all'invito ad offrire del 10 luglio 2009 per i diritti audiovisivi relativi ai campionati di calcio di serie A per le stagioni 2010-2011 e 2011-2012, mentre l'estensione dell'oggetto dell'istruttoria attiene all'invito ad offrire del 3 settembre 2009 per i diritti audiovisivi relativi ai campionati di calcio di serie B per le stesse stagioni sportive.

Va da sé, allora, che gli impegni riguardanti i diritti audiovisivi per il campionato di serie B non sono neanche astrattamente idonei ad incidere sui profili anticoncorrenziali manifestati nell'atto di avvio del procedimento, potendo invece far venire meno i profili anticoncorrenziali di cui alla delibera del 1° ottobre 2009, di ampliamento oggettivo dell'istruttoria.

Ne consegue che le ragioni esposte nel punto 59 della delibera impugnata, afferenti agli impegni relativi al campionato di serie B, se possono ragionevolmente far cessare le preoccupazioni di cui alla delibera del 1° ottobre 2009, relativa ai diritti audiovisivi per il campionato di serie B, non possono minimamente rilevare per i profili anticoncorrenziali individuati con la delibera di avvio del procedimento del 22 luglio 2009.

L'unico punto della motivazione coerente con i profili di anticoncorrenzialità ipotizzati nella delibera di avvio dell'istruttoria è costituito dal punto 60 del

provvedimento impugnato, il quale, però, si rivela contraddittorio con la comunicazione di avvio e, in specie, con i punti 45 e 47 della stessa.

Nell'atto di avvio dell'istruttoria, al punto 47, è indicato che "le modalità di formazione dei pacchetti concretamente assunte dalla Lega Calcio risultano in contrasto con i principi posti a tutela della concorrenza, in quanto inidonee a garantire lo svolgimento di una procedura effettivamente competitiva e suscettibili di condizionare l'allocazione dei diritti ai principali operatori, ostacolando l'ingresso e la crescita di altri soggetti" ed al punto 45 è specificato che "il secondo pacchetto satellitare riguarda invece la trasmissione dei soli highlights ('Satellite hilites'), nella fascia oraria compresa tra le 17.30 e le 22.30. In proposito, si rileva che la possibilità di sfruttamento commerciale a pagamento di tali diritti risulta compromessa dalla diffusione quasi contemporanea delle stesse immagini in chiaro (da parte del titolare del pacchetto 'Platinum hilites') e comunque dal fatto che gli stessi sono assegnati anche all'aggiudicatario del pacchetto 'Platinum Live', per giunta senza vincoli orari".

Nella delibera del 18 gennaio 2010, invece, l'Autorità, nel premettere che "una più intensa concorrenza all'interno delle piattaforme, stimolata da una più accesa competizione nella fase di acquisizione dei diritti, è altresì sostenuta dalle modifiche apportate agli impegni a seguito del marker test" ha ritenuto che "l'offerta di un pacchetto contenente estese sintesi degli incontri di Serie A – nella misura in cui permette la creazione di un prodotto televisivo tempestivo rispetto alla conclusione delle gare, più completo rispetto agli highlights e suscettibile di essere opportunamente valorizzato – sia in grado di modificare in senso pro-concorrenziale le dinamiche del mercato. Si consideri, peraltro, che i diritti che compongono tale pacchetto non risultano appetibili per il principale operatore satellitare, che già li detiene nell'ambito del più ampio pacchetto aggiudicatosi, di talché il nuovo pacchetto appare effettivamente indirizzarsi a nuovi operatori".

Tuttavia, mentre il pacchetto Satellite hilites, per il quale le possibilità di sfruttamento commerciale dei relativi diritti è stata ritenuta compromessa nell'atto di avvio dell'istruttoria, riguarda la trasmissione dei soli highlights nella fascia oraria compresa tra le 17.30 e le 22.30, il nuovo pacchetto D, proposto dalla Lega Calcio con comunicazione del 28 dicembre 2009, ritenuto in grado di modificare in senso pro-concorrenziale le dinamiche di mercato nella delibera del 18 gennaio 2010, contiene i diritti di trasmissione a pagamento delle sintesi di tutti gli eventi del campionato di serie A, con una durata massima di 10 minuti per ciascun tempo, nelle fasce orarie dalle 17 alle 20 della domenica e non prima delle 23 per le gare disputate con inizio dopo le h. 15 della domenica o in altro giorno di gara. In sostanza, le differenze tra il pacchetto Satellite hilites ed il pacchetto D non attengono tanto alla fascia oraria di trasmissione, anticipata di mezz'ora, dalle 17.30 alle 17, quanto al fatto che, il pacchetto originario consiste nella trasmissione di soli highlights ed il pacchetto successivamente proposto consiste nella trasmissione di sintesi, per un massimo di dieci minuti, di ciascuno dei due tempi delle gare.

Il Collegio ritiene, trattandosi comunque di trasmissioni in differita, che tale differenza sia molto marginale ed evidentemente inidonea a far mutare in maniera sostanziale la possibilità di sfruttamento commerciale dei diritti offerti.

La comunicazione di avvio dell'istruttoria, inoltre, sostiene che la possibilità di sfruttamento commerciale a pagamento dei diritti relativi al pacchetto "Satellite hilites" è compromessa dalla diffusione quasi contemporanea delle stesse immagini in chiaro (da parte del titolare del pacchetto "Platinum hilites") e comunque dal fatto che gli stessi diritti sono assegnati anche all'aggiudicatario del pacchetto "Platinum live", per giunta senza vincoli orari, laddove nel provvedimento impugnato tali circostanze, considerate dirimenti nell'atto di avvio, sono state del tutto trascurate, sebbene sia chiaramente indicato che è fatto salvo

“il concorrente esercizio dei medesimi diritti da parte del licenziatario del pacchetto Platinum Live” e nonostante che il pacchetto “Platinum hilites” consenta la trasmissione in chiaro delle immagini salienti in differita dalle 18 alle 23.

In definitiva - rilevato anche che l'impegno “a presentare nuove linee guida che disciplineranno l'assegnazione dei diritti relativi alla Serie A ed alla Serie B a decorrere dalla stagione sportiva 2012-2013, anticipando di un anno la scadenza delle attuali linee guida” ha consistenza di mero auspicio e comunque non può nell'attualità far venire meno le perplessità anticoncorrenziali formulate dall'Autorità nell'atto di avvio dell'istruttoria - l'impugnata delibera del 18 gennaio 2010, in disparte, si ribadisce, ogni valutazione, di esclusiva competenza dell'Autorità, in ordine all'effettiva sussistenza di un abuso di posizione dominante da parte della Lega Nazionale Professionisti, si rivela contraddittoria con le osservazioni contenute nell'atto di avvio dell'istruttoria del 22 luglio 2009, relativo ai campionati di calcio di serie A, ed è di conseguenza manifestamente illogica.

4. La fondatezza delle censure dedotte determina la fondatezza e l'accoglimento del ricorso e, per l'effetto, l'annullamento dell'impugnata delibera del 18 gennaio 2010.

L'Autorità, pertanto, nell'esecuzione della presente sentenza è tenuta a riprendere il procedimento, nel pieno esercizio del potere ad essa attribuito dalla legge, dal momento in cui lo stesso è stato illegittimamente interrotto.

5. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 6.000 (seimila/00), sono poste a favore della ricorrente ed a carico, in parti uguali, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, della Lega Nazionale Professionisti e di Sky Italia.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Prima Sezione di Roma, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla la delibera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 18 gennaio 2010.

Liquida le spese del giudizio complessivamente in € 6.000 (seimila/00) e pone le stesse a favore della ricorrente ed a carico, in parti uguali, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, della Lega Nazionale Professionisti e di Sky Italia.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/05/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO