

Publicato il 04/06/2020

N. 03534/2020REG.PROV.COLL.
N. 03662/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 3662 del 2020, proposto da
Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale
dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Sky Italia S.r.l., Sky Italian Holdings S.p.A., rappresentati e difesi dagli avvocati
Matteo Beretta, Angelo Clarizia, Marco D'Ostuni, Marco Zotta, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo
studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

nei confronti

Mediaset S.p.A. non costituito in giudizio;

Dazn Limited (Già Perform Limited), rappresentato e difeso dagli avvocati
Simone Cadeddu, Federico Marini Balestra, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;

Mediaset S.P.A., rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Bellitti, Gian

Michele Roberti, Marco Serpone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gian Michele Roberti in Roma, Foro Traiano 1/A;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 02932/2020

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sky Italia S.r.l. e di Sky Italian Holdings S.p.A. e di Dazn Limited (già Perform Limited) e di Mediaset S.P.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2020 il pres. Sergio Santoro;

Dato atto che l'udienza si svolge ai sensi dell'art.84, comma 5, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto dalla circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario generale della Giustizia Amministrativa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Ricorrono i presupposti per la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata in esito all'udienza cautelare, ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omissis ogni avviso, secondo quanto previsto dall'art. 84, quinto comma, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 convertito con legge 24 aprile 2020, n. 27, in quanto: a) risultano trascorsi almeno dieci giorni (termine così dimezzato ex art. 119, primo e secondo comma, c.p.a.) dall'ultima notificazione del ricorso, b) sono depositate in giudizio le prove dell'avvenuta notificazione dell'appello a mezzo di posta elettronica certificata; c) non ricorrono esigenze istruttorie da soddisfare in sede impugnatoria.

2. Il provvedimento AGCM impugnato, adottato a seguito di notifica da parte di SKY, ai sensi dell'art. 16, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, circa l'acquisto del controllo esclusivo della società R2 s.r.l., nella quale era stato conferito il ramo di Mediaset Premium c.d. "*operation pay*" (consistente in contratti esclusivi di licenza del sistema di accesso condizionato con Nagravision e degli altri contratti accessori necessari al suo funzionamento), aveva accertato l'esistenza di un'operazione di concentrazione, nonostante l'intervenuta rinuncia alla programmata attività contrattuale.

3. La cessione di R2 è descritta nel provvedimento come facente parte di un più ampio insieme di accordi commerciali stipulati il 30 marzo 2018 tra il gruppo Mediaset e SKY, collegati in varia misura con l'acquisizione di R2, e di taluni *asset* della televisione a pagamento sul digitale terrestre del gruppo Mediaset, in particolare, della piattaforma tecnologica di R2, del relativo ramo editoriale (canali tv a pagamento del digitale terrestre di Mediaset Premium), e della corrispondente numerazione dei canali Premium dal numero 301 al 399, compresi alcuni contratti transitori, aventi di fatto carattere di esclusiva, relativi alla piattaforma tecnologica del digitale terrestre, tra i quali il contratto relativo alla fornitura di servizi di piattaforma tecnologica di Mediaset Premium/R2.

4. Il provvedimento dell'Autorità ricorda che R2 svolge le attività di natura tecnico-amministrativa per le trasmissioni in tecnica digitale terrestre (DTT) in modalità a pagamento, gestendo la crittografia del segnale (cd. accesso condizionato), nonché i relativi servizi commerciali (contratto con Nagravision S.A. per l'utilizzo di servizi di accesso condizionato); i moduli di accesso condizionato (CAM) per leggere le smart card e decrittare il segnale codificato con le chiavi Nagravision.

5. Gli accordi di cessione presentavano tuttavia una condizione risolutiva, secondo cui sarebbe stato possibile, in caso di divieto dell'operazione o di imposizione di misure correttive, procedere alla restituzione di R2 a Mediaset. SKY riteneva quindi verificatasi questa condizione risolutiva, dopo avere

ricevuto le risultanze istruttorie, attivandosi - insieme al gruppo Mediaset - per la restituzione di R2, nonché comunicando l'intenzione di non acquisire i canali di Mediaset (301-399) per trasferire i propri su numerazioni diverse.

6. Secondo l'Autorità, tuttavia, la restituzione di R2, e le mancate acquisizione della numerazione e migrazione dei canali, non avrebbero dimostrato che la concentrazione fosse stata del tutto abbandonata, non essendosi realizzato il ripristino dello *status quo ante*, dovendosi imporre misure per ripristinare le condizioni di concorrenza effettiva, ai sensi dell'art.18, comma 3, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ovviando agli effetti prodotti dalla concentrazione nonostante la risoluzione del contratto e la restituzione di R2.

7. Era, quindi, imposto il divieto, per SKY, di stipulare nuovi contratti di acquisizione di contenuti audiovisivi e di canali lineari di editori terzi per il territorio italiano con clausole di esclusiva per la sola piattaforma internet o con clausole aventi effetti equivalenti, con l'obbligo, in caso di costituzione di una nuova piattaforma proprietaria digitale terrestre, di rispettare la compatibilità con gli *asset* di R2 modificati durante il periodo di controllo della stessa, di consentire l'accesso a tale piattaforma a condizioni eque e non discriminatorie, con il divieto di utilizzo delle informazioni e degli *asset* detenuti da R2 e già acquisiti ai fini della proposizione di offerte commerciali televisive a pagamento del Gruppo SKY.

8. Secondo l'Autorità, tali misure, adottate ai sensi dell'articolo 18, comma 3, della legge del 1990 n. 287, sarebbero state essenziali per rimuovere gli effetti anticoncorrenziali della concentrazione, già realizzatisi e non reversibili. In particolare, il divieto di stipulare nuovi contratti sarebbe servito a ripristinare una potenziale concorrenza nel mercato della pay-tv, evitando l'accaparramento dei contenuti da parte di SKY, ampliando i contenuti a disposizione di operatori alternativi che operano via internet, con l'obiettivo di ridurre la complementarità delle offerte *OTT (over the top)*, consistenti secondo AGCOM nella distribuzione di «contenuti ... *web based*, tramite connessione a banda larga su reti aperte, accessibili attraverso una molteplicità

di *device*»: in pratica le TV via internet) rispetto alla pay-tv tradizionale, mediante l'ampliamento dei contenuti e, conseguentemente, permettendo agli *OTT* di esercitare una maggiore pressione concorrenziale che limiti il rafforzato potere di mercato di SKY.

9. Quanto all'obbligo, imposto dal provvedimento impugnato, di rispettare, in caso di costituzione di una nuova piattaforma proprietaria digitale terrestre, la compatibilità con gli *asset* di R2 modificati durante il periodo di controllo della stessa, e di consentire l'accesso a tale piattaforma a condizioni eque e non discriminatorie con divieto di utilizzo delle informazioni e degli *asset* detenuti da quest'ultima, l'Autorità motivava la misura con l'esigenza di evitare che le modifiche apportate (o richieste) da SKY su tali *asset* potessero permetterle di costruire attraverso questi una nuova piattaforma, previa rimozione del vincolo di utilizzo con smart card di R2, ad esempio mediante l'acquisizione della licenza Nagravision alla scadenza del contratto tra Nagravision e R2.

10. Il provvedimento era quindi contestato da SKY, col ricorso di 1° grado, sia per motivi procedurali, sul rilievo che la diversità tra l'operazione oggetto di notifica e quella residua, oggetto delle prescrizioni, avrebbero richiesto la chiusura del procedimento aperto a seguito della C.R.I. e la riapertura di un procedimento d'ufficio - con tutte le violazioni consequenziali, soprattutto in tema di rispetto del contraddittorio - sia per motivi sostanziali, per non avere l'Autorità correttamente accertato la natura concentrativa delle operazioni poste in essere dopo l'abbandono del progetto originario (così la sentenza appellata nel 2° cpv. della motivazione).

Con la sentenza appellata il ricorso è stato accolto con annullamento del provvedimento impugnato.

È stato quindi proposto l'appello in esame dell'AGCM, che ha concluso per la riforma della sentenza ed il rigetto del ricorso di primo grado.

Si sono costituite le società Sky Italia S.r.l. e Sky Italian Holdings S.p.A. originariamente ricorrenti, depositando due ampie memorie e 14 documenti, controdeducendo puntualmente al gravame e chiedendone il rigetto.

Si sono costituite anche in questo grado le società MEDIASET s.p.a. e DAZN Limited (già Perform Limited), riservandosi di controdedurre e rassegnare le proprie conclusioni.

L'AGCM ha depositato ulteriore memoria, insistendo diffusamente nelle proprie difese.

11. Il TAR ha accolto il primo motivo di violazione del contraddittorio procedimentale, ritenendo che vi fosse una significativa differenza tra l'operazione di concentrazione oggetto della C.R.I. (acquisizione dell'intera R2, e acquisto di diversi "asset") e quella oggetto del provvedimento definitivo (relativa a singoli accordi – in parte successivi alla stessa risoluzione e dunque al dichiarato abbandono - e ai contestati effetti irreversibili realizzatisi nel periodo nel quale l'accordo aveva avuto integrale esecuzione). Il TAR ha anche ritenuto irrilevante che, già nella C.R.I., l'Autorità avesse analizzato, pur sinteticamente, i possibili effetti residui dell'operazione in caso di un'eventuale risoluzione, essendo meramente ipotetico l'abbandono di quell'operazione, anche considerato che l'analisi della natura concentrativa del fenomeno e la formulazione delle prospettate prescrizioni, sarebbero state indicate, nella C.R.I., con riferimento all'operazione nella sua interezza. E ciò senza che il contenuto delle citate ipotesi fosse richiamato nel provvedimento finale.

12. Il motivo è tuttavia infondato, come sostenuto dall'AGCM appellante.

Ora, premesso che l'argomento della non obbligatorietà della comunicazione delle risultanze istruttorie, in materia di verifica del divieto delle operazioni di concentrazione, non è rilevante nella specie, in quanto in concreto tale comunicazione è comunque avvenuta, con l'invio dell'atto denominato *Comunicazione delle risultanze istruttorie e del termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori nel procedimento C12207*, va osservato che l'art. 18 (*conclusione dell'istruttoria sulle concentrazioni*) della legge 10 ottobre 1990, n. 287, al terzo comma stabilisce che *l'Autorità, se l'operazione di concentrazione è già*

stata realizzata, può prescrivere le misure necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva, eliminando gli effetti distorsivi.

E nella specie l'Autorità ha testualmente dichiarato nel provvedimento, a premessa delle misure adottate, *che l'operazione si sia già realizzata e abbia prodotto parte degli effetti anticoncorrenziali* (così nei parr. 205, 322, 333 e nel penultimo cpv. prima del dispositivo).

Quindi, sin dal momento della ricezione della C.R.I., la destinataria era in condizione di conoscere quale potesse essere l'esito del procedimento (indicato puntualmente nell'art.18, terzo comma cit.), in caso di positivo accertamento delle sue premesse, peraltro tempestivamente portate a sua conoscenza.

13. Il TAR ha anche rilevato, esaminando il secondo motivo, che il provvedimento non avrebbe considerato che la cessione della sub-licenza DTT (*Digital Terrestrial Television*) non ha attribuito a Sky una "esclusiva" su un determinato territorio, atteso che Mediaset ha continuato a trasmettere su "Infinity" e comunque avrebbe avuto una durata solo biennale, potendosi così escludere che la concentrazione determini "una modifica duratura del controllo delle imprese interessate e nella struttura del mercato".

Anche questo secondo motivo è infondato e non doveva essere accolto, come esattamente dedotto dall'appellante.

L'argomento seguito dal primo giudice si rivela infatti inconsistente, se si considera che l'Autorità, nel provvedimento, aveva testualmente affermato, sulla base dei dati in suo possesso, che *il servizio Infinity rappresenta una quota di mercato inferiore all' 1%* (nota 308 al par. 219, a pag. 76), e si rivelava quindi inidoneo, per le sue minime ed irrilevanti dimensioni, ad effettuare quella specie di compensazione ipotizzata dal TAR a sostegno delle ragioni di SKY.

E, quanto alla durata biennale, è di ovvia constatazione che anche un periodo limitato della persistenza delle cause di sviamento del mercato possa determinare effetti irreversibili sulla concorrenza.

14. Il TAR poi, nell'esaminare il terzo motivo, ha erroneamente ravvisato la violazione della *Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, sul rilievo che il provvedimento non avrebbe provato che le *Attività Secondarie siano un'attività autonoma di impresa cui è attribuibile un fatturato*.

In realtà queste attività secondarie sono complementari all'attività di impresa, dovendosi escludere conseguentemente la violazione, a torto ravvisata dal Tar, della disposizione eurounitaria cit.

15. Altrettanto erronee sono le considerazioni del TAR riferite al quarto motivo, secondo cui il provvedimento non avrebbe nuovamente verificato, con riferimento agli "asset" residui, l'esistenza e l'entità di un autonomo fatturato ad essi riferibile.

Al contrario, è agevole rilevare che in più punti del provvedimento impugnato sono presi in considerazione i fatturati dei soggetti interessati nella vicenda (parr. 1, 3, 21, 101, 102, 141, 208, 251) e, in particolare, nel par.260 ne è rappresentata una disamina comparativa.

16. Del tutto infondato, inoltre, si rivela quanto asserito dal TAR nel quinto motivo, secondo cui il provvedimento, dopo avere individuato la natura complessivamente concentrativa di un insieme di operazioni, neppure cronologicamente coincidenti, non avrebbe poi accertato la natura concentrativa delle singole operazioni (con particolare riferimento ai contratti accessori) e l'esistenza di un vincolo condizionale tra le diverse operazioni.

Va al contrario rilevato che la premessa da cui muove il provvedimento impugnato è la seguente: *nella prassi applicativa queste [operazioni] possono essere trattate come una concentrazione unica in quanto le operazioni sono interdipendenti o nel caso in cui in un determinato periodo di tempo, solitamente due anni più operazioni (ciascuna delle quali determina un'acquisizione di controllo) hanno luogo tra le medesime imprese. Tale ultima previsione è volta ad assicurare il principio di effettività del controllo delle concentrazioni, che sarebbe vanificato dalla possibilità che un complesso aziendale*

venga suddiviso in svariate operazioni e contratti paralleli e scaglionati nel tempo (par.209).

E dunque, l'analisi compiuta nel provvedimento, come ivi rappresentata, si rivela perfettamente aderente a quanto disposto nella *Comunicazione consolidata della Commissione cit. (2008/C 95/01)*, là dove vi si stabilisce che *due o più operazioni costituiscono una concentrazione unica ai fini del calcolo del fatturato delle imprese interessate* (parr. 37, 38, 40, 41, 42, 44, 50, 137).

17. Sono infine infondate tutte le restanti censure (dal sesto al dodicesimo motivo), non prese in esame dal TAR e assorbite, ma espressamente riproposte nella memoria di costituzione SKY del 20 maggio 2020, e che perlopiù sono la rielaborazione di quelle sin qui esaminate, ivi sostenendosi che la restituzione di R2 a Mediaset escluderebbe l'ipotesi di concentrazione, con conseguente non luogo a provvedere, e contestandosi la valutazione degli effetti dell'operazione e la proporzionalità delle misure adottate, trattandosi di operazioni scindibili, ritenute dalla deducente prive di natura concentrativa e non eccedenti le soglie di notifica.

Come detto nei numeri che precedono, l'Autorità ha sufficientemente motivato con argomenti condivisibili circa l'unicità, sotto l'aspetto teleologico, dell'operazione presa ad esame, avvalorata dalla constatazione dell'interdipendenza dei suoi vari segmenti, quali il contratto di servizio e l'opzione di vendita, ma anche gli accordi di distribuzione e diffusione, le licenze delle emittenti pay-tv e la numerazione dei canali.

Ed è anche stato puntualmente rispettato il principio espresso al par.120 della *Comunicazione consolidata della Commissione cit.*, secondo cui *in caso di attuazione della concentrazione prima di una decisione della Commissione, deve essere dimostrato il ristabilimento dello status quo ante. Il semplice ritiro della notifica non è considerato una prova sufficiente del fatto che la concentrazione è stata abbandonata.*

Ciò che è irrimediabilmente mancato, a seguito dell'abbandono dell'operazione, è il ripristino dello *status quo ante*, essendo viceversa evidente che la cessione dei canali in esclusiva su digitale terrestre da parte di Mediaset

ha determinato effetti irreversibili in tema di concorrenza, e che il controllo su R2, seppure per un periodo limitato, ha consentito a SKY di richiedere alla stessa R2 di modificare tecnologicamente le CAM (cioè i moduli che ospitano le smart card) in dotazione ai clienti, *per eliminare il “pairing”, vale a dire un legame che rendeva impossibile l'utilizzo della CAM con una smart card diversa da quella di R2. Ciò significa che, se in futuro Sky adottasse una nuova piattaforma tecnologica compatibile con tali CAM (ad esempio, acquisendo la licenza Nagravision di R2 alla scadenza del contratto tra queste due), potrà utilizzare le CAM di R2 semplicemente mediante la fornitura di nuove smart card, che non sarebbero state utilizzabili senza la rimozione del “pairing” effettuata da Sky una volta acquisito il controllo di R2 [par.267 del provvedimento] ... permettendo a Sky una facile acquisizione di ulteriori clienti e riducendo, allo stesso tempo, la loro contendibilità da parte di altri operatori di pay-tv [par.268 del provvedimento].*

Ed è appena il caso di ricordare che R2 è depositaria esclusiva delle chiavi di codifica per l'accesso ai contenuti dei canali audiovisivi gestiti, e che avere il controllo di tale società, seppure per un periodo limitato, poteva e può determinare effetti rilevanti e permanenti sull'acquisizione della clientela attuale o potenziale delle pay-tv.

Questa e le altre caratteristiche dell'operazione hanno fatto sì che SKY abbia rafforzato la propria *posizione dominante ... sul mercato dei ... servizi televisivi a pagamento (mercato della pay-tv), tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza* (par.331 del provvedimento), anche per essere rimasto l'unico soggetto con pay-tv sia sul satellite che sul digitale terrestre.

L'appello deve dunque essere accolto, con il rigetto di tutte le censure proposte dalla resistente SKY, sia di quelle accolte nella sentenza, che va totalmente riformata, sia di quelle riproposte in questo grado.

Le questioni fin qui vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati per vero tutti gli aspetti rilevanti ai sensi dell'art 112 c.p.c. ed in coerenza con il principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati ritenuti dal Collegio non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

Né ravvisa il Collegio la necessità di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, in quanto non rilevante e soprattutto perché le problematiche esaminate sono applicative di principi pacifici di diritto eurounitario.

La complessità e la novità della controversia suggeriscono la compensazione integrale, tra tutte le parti, delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, lo accoglie e, per l'effetto, rigetta il ricorso di primo grado, in totale riforma della sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente, Estensore

Andrea Pannone, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

