

Pubblicato il 05/03/2020

N. 02932/2020 REG.PROV.COLL.
N. 07694/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7694 del 2019, proposto da Sky Italia S.r.l. e Sky Italian Holdings S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Matteo Beretta, Angelo Clarizia, Marco D'Ostuni, Marco Zotta, Luciana Bellia e Jacopo Figus Diaz, elettivamente domiciliate in Roma, via Principessa Clotilde n. 2, presso lo studio dell'avv. Angelo Clarizia;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Mediaset S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Bellitti, Gian Michele Roberti e Marco Serpone, elettivamente domiciliata in Roma, Foro Traiano 1/A, presso lo studio dell'avv. Gian Michele Roberti;

Perform Investment Limited, in persona del legale rappresentante pro

tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Simone Cadeddu e Federico Marini Balestra, domiciliata ex art. 25 c.p.a. in Roma, presso la Segreteria del Tar;

Reti Televisive S.p.A., Perform Media Services S.r.l., non costituite in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Fastweb S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Siciliano e Stefano Calabretta, elettivamente domiciliata in Roma, largo A. Ponchielli 6, presso lo studio dell'avv. Stefano Calabretta;

per l'annullamento

- del provvedimento 20.5.2019 n. 27784, reso nel procedimento C12207-Sky Italia/R2 e notificato a SKY in data 21.5.2019, con cui l'AGCM ha autorizzato la concentrazione ivi descritta e imposto al gruppo SKY misure ex art. 18 l. 287/90;

- di ogni altro atto connesso o presupposto, conseguente o antecedente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di Mediaset S.p.A. e di Perform Investment Limited;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2020 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Sky Italia s.r.l., operatore televisivo attivo nell'offerta di servizi di "pay-tv", sia via satellite sia attraverso il digitale terrestre, e Sky Italian Holdings s.p.a., società che controlla la prima, impugnano il provvedimento indicato in epigrafe, con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di

seguito, anche “Agcm” o l’“Autorità”), a conclusione del procedimento istruttorio attivato a seguito di notifica di Sky Italia s.r.l., ha ravvisato la ricorrenza di un’operazione di concentrazione, che ha autorizzato con prescrizioni.

In particolare, l’Autorità ha ritenuto che, sebbene una parte del complesso accordo che aveva formato oggetto di notifica – il quale contemplava l’acquisizione da parte di Sky Italian Holdings del controllo esclusivo della società R2, in cui era stato conferito il ramo “*operation pay*” di Mediaset Premium e ulteriori accordi commerciali - era stata oggetto di risoluzione in conformità a una previsione contrattuale, le operazioni residue – inscindibilmente connesse – erano tali, nel loro insieme, da dare luogo a una concentrazione, tanto più alla luce del fatto che le previsioni pattizie, nel periodo in cui avevano avuto esecuzione, avevano prodotto un effetto irreversibile, così che si rendeva necessaria l’adozione di misure compensative. Queste le misure imposte:

- a) divieto per il “gruppo SKY” di stipulare nuovi contratti di acquisizione di contenuti audiovisivi e canali lineari di editori terzi per il territorio italiano con esclusiva per la piattaforma internet o clausole equivalenti (“*Divieto di Esclusiva*”);
- b) obbligo per il “gruppo SKY”, in caso di sviluppo di una propria piattaforma tecnica DTT interoperabile con gli “asset” di R2 modificati durante il periodo di controllo della stessa, di offrirne l’accesso a terzi a condizioni eque, ragionevoli, non discriminatorie e orientate ai costi, e in generale divieto di utilizzo di informazioni e “asset” di R2, già oggetto di acquisizione, per proporre offerte “pay” (“Obblighi sul DTT”);
- c) nomina, entro due mesi, di un fiduciario approvato dall’AGCM, con il compito di verificare e controllare l’ottemperanza, secondo le “best practice” sui rimedi nelle concentrazioni;
- d) obbligo di presentare una relazione di ottemperanza dopo tre mesi e ogni anno.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

Motivo I. L'Agcm ha agito in violazione dei termini istruttori e senza contraddittorio. Violazione e falsa applicazione degli artt. 6(2), 14(1-2), 16(4, 8), 18(1, 3) l. 287/90, degli artt. 14(2, 4) e 16(2) d.p.r. 217/98, dell'art. 1(6)(c) (11) l. 249/97. Violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa. Violazione del contraddittorio procedimentale e dei diritti di difesa. Eccesso di potere per violazione dei principi del giusto procedimento, carenza istruttoria e contraddittorietà manifesta.

Il provvedimento sarebbe illegittimo in quanto fondato quasi integralmente su fatti e documenti acquisiti dopo la chiusura della fase istruttoria e in assenza di contraddittorio.

Le condotte oggetto del provvedimento, inoltre, non avevano formato oggetto della CRI, così che le parti non avrebbero avuto, in corso di procedimento, piena conoscenza delle contestazioni.

In particolare, evidenziano le ricorrenti, solo con la determinazione finale, l'Agcm avrebbe attribuito autonoma natura concentrativa alla sub-licenza DTT, sebbene detto effetto contrattuale fosse già noto al momento dell'adozione della comunicazione delle risultanze istruttorie.

Sempre in violazione delle garanzie partecipative, Sky Italian Holdings, benché destinataria del provvedimento finale, non avrebbe ricevuto comunicazione né della CRI né della delibera impugnata.

Del pari illegittimamente l'Agcm avrebbe ommesso di raccogliere il parere del'AgCom sul testo del provvedimento finale e avrebbe violato la prassi decisionale da essa stessa ordinariamente seguita in caso di modifica o abbandono dell'operazione di concentrazione, secondo cui, in tali evenienze, si dà vita a un nuovo procedimento.

Il fatto poi che l'Autorità abbia utilizzato per l'istruttoria solo 29 giorni sui 105 astrattamente disponibili - utilizzando, per contro, un tempo molto più ampio per l'adozione della decisione - si sarebbe tradotto in una compressione dei diritti difensivi di Sky.

Le ricorrenti rappresentano, da ultimo, come la gravità delle violazioni procedurali poste in essere dall'Agcm non risulterebbe inferiore in considerazione del fatto che Sky ha rinunciato all'audizione.

Gruppo di Motivi II-VII. Inesistenza della concentrazione autorizzata con condizioni.

Con tale gruppo di motivi, le ricorrenti prospettano l'illegittimità del provvedimento impugnato in quanto avrebbe autorizzato con condizioni, imposte ai sensi dell'art. 18 della legge n. 287/90, un'operazione di concentrazione inesistente e, comunque, non soggetta ad obbligo di notifica.

In proposito rilevano come, in base al diritto UE e nazionale in materia di controllo delle concentrazioni, qualsiasi operazione *“può essere considerata una concentrazione”* solo se comporta la *“acquisizione del controllo”* su *“la totalità o una parte di un'impresa, ossia un'attività con una presenza sul mercato, alla quale può essere chiaramente attribuito un fatturato di mercato”* (in proposito richiamano la comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale in materia di controllo delle concentrazioni, § 34)

Le ricorrenti evidenziano, ancora, come operazioni distinte possono essere considerate una concentrazione unica solo se:

(i) ogni singola operazione ha autonomamente natura concentrativa;

e

(ii) sussiste tra tutte le operazioni uno specifico *“vincolo condizionale”* giuridico o di fatto di inseparabilità, in virtù del quale *“nessuna delle operazioni avrebbe luogo senza le altre”*, tenendo anche conto che *“[è] difficile concludere che esista un vincolo condizionale di fatto tra diverse operazioni che non siano simultanee”*.

Le ricorrenti rappresentano, infine, come, dopo la modifica dell'operazione, non sia stato nuovamente posto in essere il controllo sul fatturato interessato, né sia stata valutata l'attualità degli effetti della medesima.

Motivo II. La Sub-Licenza DTT non è una concentrazione. Violazione e falsa applicazione degli artt. 5(1)(b), 6(1) e 16 l. 287/90 e della Comunicazione

Consolidata della Commissione. Carezza di potere. Travisamento ed erronea valutazione dei fatti, insufficienza della motivazione.

Le ricorrenti rappresentano come lo stesso provvedimento, al § 208 abbia correttamente ricordato come “[s]econdo le linee guida della Commissione” (Comunicazione Consolidata, § 24), “*il trasferimento di licenze, senza attivi supplementari, può [integrare una concentrazione] soltanto se le licenze sono esclusive almeno su un determinato territorio ed il trasferimento delle licenze comporterà il trasferimento dell’attività che genera il fatturato*”.

Ricordano poi come, secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale una licenza “*non esclusiva*” invece “*non costituisce una concentrazione*”, anche perché “*non [...] impedi[sce] al cedente la continuazione dell’attività di impresa oggetto della licenza commerciale ceduta*” e come, secondo quanto affermato dalla stessa Autorità in sue precedenti delibere, se due operatori “pay tv” trasmettono a pagamento i medesimi contenuti su piattaforme diverse, non vi è alcuna “*esclusiva*” sui relativi “*diritti trasmissivi*”.

Da tanto deriverebbe l’assenza di natura concentrativa della Sub-Licenza DTT atteso che questa:

- a) non attribuisce a SKY una esclusiva “*su un determinato territorio*”, tanto che anche dopo giugno 2019 Mediaset ha conservato i diritti di sfruttamento e licenza dei contenuti in esame e continua a trasmetterli, via internet, con l’offerta “Infinity”, in concorrenza con SKY nel “*mercato della pay-tv*”;
- b) Mediaset stessa presenta l’offerta “Infinity” come naturale continuazione della stessa offerta “Mediaset Premium”, così che non sarebbe ravvisabile alcun trasferimento di attività d’impresa legato a tali contenuti;
- c) lo stesso Provvedimento conferma che “*non sono stati ceduti i clienti di Mediaset Premium e il fatturato correlato*” (§ 251);
- d) la Sub-Licenza DTT non comporta una modifica duratura del controllo sui contenuti oggetto di licenza, perché dura solo due anni (dall’1.6.2019 al 30.6.2021). Nella prassi dell’Agcm, una licenza di marchio di sette anni non integra una concentrazione, data la “*durata limitata nel tempo*” (prov.

24.4.2001 n. 9463, C4568, Tyco Group/Manuli Tapes, § III);

e) la sub-licenza DTT non comporta alcuna cessione del “*ramo editoriale*” di MP (come erroneamente afferma il Provvedimento senza fornire alcuna prova, perché – trattandosi di una mera sub-licenza non esclusiva di breve durata, atteso che Mediaset/RTI ha conservato: 1) tutte le attività aziendali impegnate nell’ambito editoriale, nessuna delle quali è stata ceduta a SKY, e che Mediaset/RTI utilizza tra l’altro proprio per confezionare i canali oggetto della Sub-Licenza DTT, oltre che per produrre altri contenuti; 2) i diritti editoriali sui contenuti oggetto della Sub-Licenza DTT; 3) i diritti di sfruttamento e licenza di tali contenuti sulla piattaforma internet.

Motivo III. I trasferimenti delle Attività Secondarie non sono una concentrazione. Violazione e falsa applicazione degli artt. 5(1)(b), 6(1) e 16 l. 287/90 e della Comunicazione Consolidata della Commissione. Carezza di potere. Travisamento dei fatti, insufficienza della motivazione.

Le ricorrenti evidenziano come il provvedimento non provi il fatto che le attività secondarie costituiscano un’attività autonoma di impresa cui è attribuibile un fatturato, benché il corrispondente onere probatorio ricadesse sull’Autorità, la quale si è attivata d’ufficio per valutare le relative operazioni di trasferimento non notificate.

Motivo IV. Omessa verifica e violazione delle soglie di fatturato. Violazione e falsa applicazione degli artt. 6(1) e 16 l. 287/90. Carezza di potere in concreto. Travisamento ed erronea valutazione dei fatti, insufficienza della motivazione, carezza di istruttoria.

Il provvedimento non conterrebbe alcuna analisi in ordine al fatturato interessato dalla due operazioni che, nella ricostruzione dell’Autorità avrebbero, nel loro complesso, natura concertativa.

Motivo V. La Sub-Licenza DTT e il trasferimento delle Attività Secondarie non sono un’unica operazione di concentrazione. Violazione e falsa applicazione degli artt. 5(1)(b), 6(1) e 16 l. 287/90 e della Comunicazione

Consolidata della Commissione. Carenza di potere. Illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà manifesta, insufficienza della motivazione.

Il provvedimento non indagherebbe e non motiverebbe in ordine all'interdipendenza e inscindibilità tra le due operazioni residue.

Motivo VI. La Sub-Licenza DTT e la cessione delle Attività Secondarie non formano un'unica operazione di concentrazione con la cessione di R2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 5(1)(b), 6(1) e 16 l. 287/90 e della Comunicazione Consolidata della Commissione. Carenza di potere. Illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà manifesta, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, insufficienza della motivazione.

Il provvedimento non avrebbe rilevato che la sub-licenza DTT e la cessione delle Attività Secondarie sono del tutto indipendenti sul piano giuridico ed economico dall'acquisizione del controllo su R2 (e delle Numerazioni LCN) da parte di SKY.

Motivo VII. La fornitura di servizi di accesso da R2 a SKY non è una concentrazione. Violazione e falsa applicazione degli artt. 5(1)(b), 6(1) e 16 l. 287/90 e della Comunicazione Consolidata della Commissione. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà manifesta, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, insufficienza della motivazione.

Le ricorrenti evidenziano come la fornitura di servizi, per definizione, non può avere natura concentrativa.

Non vi sarebbe legame tra l'operazione autorizzata e l'acquisizione di clienti da parte di Sky.

Motivo VIII. Erronea valutazione degli effetti della concentrazione: non ha determinato l'uscita di Mediaset. Violazione e falsa applicazione dell'art. 6(1) l. 287/90. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà manifesta, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, insufficienza della motivazione.

L'Autorità non avrebbe provato che, a seguito dell'asserita operazione concentrativa, Mediaset Premium è uscita dal mercato dei servizi "Pay- tv" o

che la stessa abbia rinunciato a offrirli sulla piattaforma DTT, a causa dell'operazione di concentrazione.

L'affermazione, in ogni caso, sarebbe erronea in fatto.

Motivo IX. Erronea valutazione degli effetti della concentrazione autorizzata: successione cronologica dei fatti. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà manifesta, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, insufficienza della motivazione, carenza di istruttoria

L'analisi dei presunti effetti della concentrazione svolta nel provvedimento sarebbe manifestamente erronea anche quanto alla successione cronologica degli avvenimenti, avendo il provvedimento ravvisato effetti della concentrazioni in avvenimenti avvenuti prima dell'operazione notificata (con particolare riferimento all'acquisizione da parte di Sky dei clienti Mediaset Premium), senza tuttavia contestare una carenza o tardività della notifica.

Del pari erroneamente sarebbero stati ravvisati effetti irreversibili derivanti da un'operazione che ha avuto esecuzione per solo quattro mesi.

Motivo X. Erronea imposizione di misure di ripristino dello "status quo" a un'operazione non ancora attuata. Violazione e falsa applicazione dell'art. 18(3) l. 287/90. Eccesso di potere e, in particolare, illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà manifesta, carenza di istruttoria, insufficienza della motivazione.

Il Provvedimento avrebbe illegittimamente imposto rimedi ripristinatori ai sensi dell'art. 18, comma 3, della l. 287/90 a un'operazione non ancora realizzata.

Peraltro, in considerazione del fatto che tali operazioni non erano ancora state realizzate, l'Agcm avrebbe potuto vietarle o consentire alle parti di non attuarle.

La ricorrenti rappresentano nuovamente come, contrariamente a quanto sostiene il Provvedimento, le parti avrebbero effettivamente abbandonato l'Operazione Notificata.

Motivo XI. Condizioni autorizzative e obblighi ripristinatori dello status quo ante non possono coincidere. Violazione e falsa applicazione dell'art. 18(3) l. 287/90. Violazione dell'art. 41 Cost. Eccesso di potere e, in particolare, illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà manifesta, carenza di istruttoria, insufficienza della motivazione.

Il Provvedimento sarebbe intrinsecamente contraddittorio, poiché imporrebbe i medesimi rimedi sia come condizioni autorizzative della concentrazione che come misure di ripristino dello *status quo* anteriore a tale concentrazione ai sensi dell'art. 18, comma 3, della l. 287/90.

Motivo XII. I rimedi imposti dall'Agcm sono sproporzionati. Violazione e falsa applicazione dell'art. 18(3) l. 287/90. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà manifesta, violazione del principio di proporzionalità.

I rimedi imposti dal Provvedimento sarebbero sproporzionati, in quanto inidonei e non necessari rispetto alle preoccupazioni espresse dall'Agcm.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, costituita in giudizio ha chiesto il rigetto del ricorso.

Medesime conclusioni hanno rassegnato Dazn (succeduto a Perform Investment Limite) e Fastweb, intervenuta ad opponendum.

Mediaset s.p.a, pure costituita in giudizio, non ha articolato argomentazioni e non ha formulato richieste processuali.

Alla camera di consiglio del 3 luglio 2019, il Collegio, ha fissato, ai sensi dell'art. 55, comma 10 c.p.a, l'udienza per la discussione del merito.

All'udienza del 12 febbraio 2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

E' impugnato il provvedimento con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ritenuto la ricorrenza di un'operazione di concentrazione a seguito di una notifica effettuata da Sky ai sensi dell'art. 16, comma 1, della legge n. 287/1990, ed avente ad oggetto l'acquisto del controllo esclusivo sulla società R2, nella quale era stato conferito il ramo

“*operation pay*” di Mediaset Premium, ritenendo che, pur dopo il dichiarato abbandono della programmata attività negoziale, residuassero profili concentrativi.

Il provvedimento è contestato da Sky sia per motivi procedurali, ritenendo in sostanza parte ricorrente che la significativa diversità tra l’operazione oggetto di notifica e quella residua e oggetto del provvedimento di imposizione di prescrizioni imponessero la chiusura del provvedimento aperto a seguito della comunicazione delle parti 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.

Il ricorso è fondato.

Come noto, l’art. 5, comma 1, della legge n. 287/1990, dispone che “1. *L’operazione di concentrazione si realizza: a) quando due o più imprese procedono a fusione; b) quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un’impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell’insieme o di parti di una o più imprese; c) quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un’impresa comune*”.

Elemento essenziale per la ricorrenza di un’operazione di concentrazione, pur nella pluralità di moduli contrattuali attraverso i quali la stessa è realizzabile, è dunque l’acquisizione di una posizione di controllo di una o più imprese o di parti di esse, quale che sia il mezzo utilizzato (Consiglio di Stato sez. VI, 31/03/2009, n.1894).

Il controllo, poi, deve avere una apprezzabile rilevanza temporale, essendo necessario, perché sussista un’operazione di concentrazione, che la stessa produca “*una modifica duratura del controllo delle imprese interessate e nella struttura del mercato*” (Consiglio di Stato sez. VI, 31 marzo 2009, n.1894).

Inoltre, ai sensi del § 34 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, un'operazione *“può essere considerata una concentrazione”* solo se questa comporta l' *“acquisizione del controllo”* su *“la totalità o una parte di un'impresa, ossia un'attività con una presenza sul mercato, alla quale può essere chiaramente attribuito un fatturato di mercato”* (cfr., in giurisprudenza, Consiglio di Stato sez. VI, 31 marzo 2009, n.1894).

Nel caso in esame occorre considerare come l'operazione oggetto di comunicazione da parte di Sky in data 3 giugno 2018, nella descrizione che ne fa lo stesso provvedimento impugnato, consisteva *“nell'acquisizione da parte di SIH del controllo esclusivo della società R2 – nella quale è stato conferito in data 3 giugno 2018 il ramo “operation pay” di MP – o di parte di tale complesso aziendale, consistente in particolare nei contratti esclusivi di licenza del sistema di accesso condizionato stipulati con Nagravision e degli altri contratti accessori necessari al suo funzionamento”*.

Più diffusamente, nella Comunicazione delle risultanze istruttorie, l'Autorità specificava come *“R2 svolge le attività di natura tecnico-amministrativa per le trasmissioni in tecnica digitale terrestre (DTT) in modalità a pagamento che permettono la gestione di diversi servizi ai fini della predisposizione al pubblico di un'offerta commerciale di televisione a pagamento, quali la gestione della crittografia del segnale (accesso condizionato), servizi commerciali, gestione amministrativa dei clienti, attivazione e disattivazione dei servizi, call center e assistenza. Rientrano, infatti, nel perimetro aziendale di R2: i) i contratti di natura tecnica e amministrativa (tra cui il contratto con Nagravision S.A.) per l'utilizzo di servizi di accesso condizionato; ii) le relative smart card; iii) i moduli di accesso condizionato (CAM) destinati ad ospitare le smart card e necessari a decrittare il segnale codificato con le chiavi Nagravision; iv) ulteriori cespiti e giacenze; v) parte dei dipendenti”*

Il provvedimento e la CRI, ai paragrafi 14 e 15, rilevano pure, considerando anche fatti antecedenti la comunicazione di Sky, come *“La cessione di R2 e, in particolare il contratto di opzione di vendita, si innesta in un più ampio insieme di accordi*

commerciali, stipulati il 30 marzo 2018 tra il gruppo Mediaset e Sky, che presentano un legame tecnico-funzionale e/o economico-contrattuale inscindibile con l'operazione di concentrazione. Tra questi contratti, quelli più significativi in termini di ampliamento della capacità competitiva ed imprenditoriale di Sky riguardano: i) l'accordo transitorio relativo ai servizi di distribuzione e, in particolare, la fornitura di servizi di piattaforma tecnologica da Mediaset Premium/R2 a Sky, nonché la diffusione di canali televisivi mediante la capacità trasmissiva detenuta da Mediaset (per il tramite di Elettronica Industriale S.p.A.); ii) la licenza dei canali pay-tv di Mediaset Premium (Cinema e Serie TV), nonché l'opzione di esclusiva per il digitale terrestre; iii) la cessione delle numerazioni detenute da Mediaset Premium e i contratti di gestione di tali numerazioni”.

Con la comunicazione delle risultanze istruttorie l'Autorità prospettava, con riferimento all'operazione oggetto di comunicazione (realizzata in data 5 dicembre 2019) la ravvisabilità di un'operazione di concentrazione da autorizzarsi con prescrizioni, esaminando, al paragrafo 244, possibili scenari futuri conseguenti al verificarsi di una eventuale risoluzione dell'acquisizione (espressamente prevista dalle parti dell'accordo per il caso che l'intera operazione fosse ritenuta anticoncorrenziale dall'Autorità) ed evidenziando possibili effetti di natura concentrativa destinati a sopravvivere alla risoluzione medesima.

Alla luce del contenuto della CRI, Sky, in data 31 marzo 2019, comunicava a Mediaset l'avveramento della condizione risolutiva della cessione e, in data 1 aprile 2019, comunicava all'Autorità il ritiro della Comunicazione.

Con il provvedimento impugnato l'Autorità, pur preso atto del fatto che erano intervenuti la restituzione di R2, la non acquisizione della numerazione dei canali e la migrazione dei canali medio tempore utilizzati da Sky, ha ritenuto che la restituzione di R2 da Sky a Mediaset fosse parziale, atteso che alcuni “asset” di R2 erano rimasti in capo a Sky (si tratta in particolare di alcuni contratti accessori - riguardanti determinati dipendenti e beni materiali, oltre che alcuni contratti per un corrispettivo totale di €10.000 - e della

sublicenza DTT) e che gli effetti prodotti prima della risoluzione della cessione fossero ineliminabili.

Da tale premessa l'Agcm ha tratto la conseguenza che l'operazione notificata non fosse stata interamente abbandonata, così da dover essere in ogni caso valutata, ritendendo poi, in ragione della ricorrenza di effetti anticoncorrenziali, di autorizzare l'operazione con prescrizioni.

Ciò premesso va in primo luogo rilevata la fondatezza del primo motivo di doglianza con il quale parte ricorrente ha lamentato la violazione del contraddittorio procedimentale e del diritto di difesa.

E' infatti incontestabile il fatto che vi sia una significativa differenza tra l'operazione di concentrazione oggetto della CRI (che aveva ad oggetto una complessa pattuizione, il fulcro della quale era costituito dall'acquisizione dell'intera R2, che a sua volta comportava l'acquisto di diversi e numerosi "asset") e quella oggetto del provvedimento definitivo (relativa a singoli accordi – in parte successivi alla stessa risoluzione e dunque al dichiarato abbandono - e ai prospettati effetti irreversibili realizzatisi nel periodo nel quale l'accordo aveva avuto integrale esecuzione).

Ad elidere l'evidente differenza tra la fattispecie originariamente contestata e quella successivamente autorizzata con prescrizioni non può valere la circostanza, sopra riportata, per cui già nella CRI l'Autorità aveva analizzato, invero molto sinteticamente, i possibili effetti residui dell'operazione in caso di una eventuale risoluzione, attesa l'ipotesicità, a quel momento, di un possibile abbandono dell'operazione e, considerato, soprattutto che l'analisi della natura concentrativa del fenomeno e la formulazione delle prospettate prescrizioni erano avvenute, nella CRI, con riferimento all'operazione nella sua interezza.

Il contenuto delle citate ipotesi, peraltro, non risulta richiamato nel provvedimento finale.

Più radicalmente, deve osservarsi come una parte assolutamente significativa (e determinante) delle argomentazioni utilizzate nel provvedimento finale

attiene proprio all'analisi degli effetti restitutori realizzatisi in tempo successivo alla Comunicazione delle risultanze istruttorie (e che dunque la stessa non aveva potuto esaminare), ciò che conferma ulteriormente la differenza tra le due contestazioni, dequotando la rilevanza del richiamo all'abbandono parziale, invero assertivamente invocato nel provvedimento al paragrafo 20.

Tanto ha indubitabilmente comportato, al di là di diverse regolamentazioni procedurali genericamente evocate dalla difesa erariale, una diminuzione delle garanzie partecipative di Sky, che non ha avuto modo di articolare le sue difese sulla ipotesi accusatoria oggetto del provvedimento finale, e più in generale una diminuzione del suo diritto di difesa infraprocedimentale, di particolare rilevanza in materia di provvedimento "antitrust" (sull'automa efficacia invalidante del provvedimento sanzionatorio finale dell'Agcm dovuta all'avvenuto mutamento, in corso di procedimento, dell'impianto della contestazione, in considerazione del particolare rilievo, in materia di procedimenti antitrust, delle prerogative partecipative e procedimentali, cfr. diffusamente Consiglio di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 744, che ha rilevato come *"in base a un ormai consolidato orientamento, il parziale temperamento del principio di legalità in senso sostanziale che caratterizza l'operato delle Autorità indipendenti sia nell'attività di regolazione, sia in quella di controllo e sanzionatoria (temperamento che risulta giustificato dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori) impone, altresì - quale sorta di bilanciamento sistematico -, il rafforzamento delle garanzie di legalità in senso procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori economici nell'ambito dei procedimenti finalizzati all'adozione degli atti sanzionatori, al pari di quelli di regolazione"*).

Anche la giurisprudenza comunitaria ha recentemente osservato, con riferimento a un caso in cui, tra la comunicazione dell'avvio del procedimento e il provvedimento finale era mutato il modello econometrico utilizzato dalla Commissione per misurare gli effetti anticompetitivi, come *"Il rispetto dei diritti*

della difesa prima dell'adozione di una decisione in materia di controllo delle concentrazioni esige dunque che le parti notificanti vengano messe in condizione di far conoscere utilmente il loro punto di vista in merito alla reale consistenza e alla rilevanza di tutti gli elementi sui quali la Commissione intende fondare la propria decisione"; ciò che esclude che l'autorità procedente (Commissione o, nel caso in esame, Autorità nazionale deputata alla tutela della concorrenza) *"possa modificare dopo la comunicazione degli addebiti la sostanza"* della contestazione *"senza portare tale modifica a conoscenza delle imprese interessate e senza consentir loro di far valere le proprie osservazioni al riguardo"* (Corte giustizia UE sez. I, 16 gennaio 2019, n.265)

La peculiare rilevanza degli interessi coinvolti, infatti, impone che l'imperativo di celerità sotteso alla rigorosa scansione temporale dei procedimenti "antitrust" venga conciliata con il rispetto dei diritti della difesa (Corte giustizia UE sez. I, 16 gennaio 2019, n.265).

Nella fattispecie concreta, come rilevato da parte ricorrente, la possibilità (o meglio la necessità, anche alla luce della prassi applicativa seguita in precedenza) che a seguito della nuova contestazione l'Agcm attivasse un nuovo procedimento d'ufficio escludeva, peraltro, la sussistenza in concreto dell'esigenza di celerità posta a base della rapida successione procedimentale in concreto prescelta.

La prospettazione di parte va pure condivisa laddove questa individua alcune criticità istruttorie e motivazionali nelle quali l'Autorità è incorsa nel ricostruire i fatti.

E infatti:

a) come lamentato nel secondo motivo di doglianza, il provvedimento non pare aver tenuto nella giusta considerazione il fatto che la cessione della sub-licenza DTT non ha attribuito a Sky una "esclusiva" su un determinato territorio, atteso che Mediaset ha continuato a trasmettere su "Infinity", né ha attribuito alcun rilievo alla circostanza che la cessione della licenza avrebbe avuto una durata solo biennale, ciò che confligge con la necessità che la

concentrazione produca *“una modifica duratura del controllo delle imprese interessate e nella struttura del mercato”*;

b) come lamentato nel terzo motivo di doglianza, il provvedimento non dedica una puntuale analisi al fatto che le attività secondarie integrino *“un’attività autonoma di impresa cui è attribuibile un fatturato”* (sulla necessità di tale analisi, cfr. 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 e, in giurisprudenza, Consiglio di Stato sez. VI, 31 marzo 2009, n.1894);

c) come lamentato da parte ricorrente con il quarto motivo di ricorso, il provvedimento non risulta aver nuovamente verificato, con riferimento a tutti quelli che esso considera *“asset”* residui, l’esistenza e l’entità di un autonomo fatturato ad essi riferibile;

d) come lamentato nel quinto motivo di ricorso, il provvedimento che ha affermato la natura complessivamente concentrativa di un insieme di operazioni, peraltro neppure cronologicamente coincidenti, ha poi omesso di indagare in ordine alla natura concertativa delle singole operazioni (con particolare riferimento ai contratti accessori) e all’esistenza di un vincolo condizionale tra le diverse operazioni, in ciò violando il paragrafi 43 e 44 della Comunicazione della Commissione (in generale, sul principio per cui l’Autorità, nell’effettuare la scelta di impostare nel modo ritenuto più corretto l’impianto di fondo del proprio ordito accusatorio, assume un autovincolo, in forza del quale essa è tenuta a declinare in maniera coerente la premessa logico-concettuale che intende dimostrare, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 743).

In conclusione il ricorso va accolto con assorbimento di ogni altra censura.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della relativa novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente FF

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Ivo Correale

IL SEGRETARIO