



QUADERNI DI DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA



Numero 1
Anno I
Maggio/Giugno 2011

CON CONTRIBUTI DI:

Sveva Bernardini, Paolo Brini, Iacopo Pietro Cimino, Michele Contartese, Valeria Falce, Gianpiero Gamaleri, Alberto Maria Gambino, Gustavo Ghidini, Elisabetta Grassi, Elena Maggio, Valerio Mosca, Davide Mula, Gilberto Nava, Giulio Pascali, Ferdinando Tozzi, Eleonora Sbarbaro, Marco Scialdone, Andrea Stazi, Vincenzo Zeno-Zencovich.

ISSN (Online edition): 2239-7442

Caso Lega Calcio: il Consiglio di Stato conferma annullamento della delibera AGCM di accettazione degli impegni dalla Lega.

**di
Eleonora Sbarbaro**

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3230/2011 del 30 maggio 2011, ha confermato l'annullamento della delibera del 18 gennaio 2010 con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva accettato gli impegni proposti dalla Lega Nazionale Professionisti (Lega Calcio) ai sensi dell'art. 14ter della Legge 287/90 e chiuso l'istruttoria concernente le procedure selettive per i diritti audiovisivi relativi alle stagioni sportive 2010-2011 e 2011-2012, avviata per l'accertamento dell'esistenza di violazioni dell'art. 82 del Trattato CE (art. 102 TFUE).

La Lega Calcio, che peraltro nel luglio 2010 si è scissa in Lega Nazionale Professionisti di Serie A e Lega Nazionale Professionisti di Serie B, deteneva una posizione dominante nel mercato dei diritti di trasmissione televisiva in Italia degli eventi calcistici disputati regolarmente ogni anno e per tutto il corso dell'anno avendo la titolarità esclusiva, in base al d.lgs. n. 9 del 2008, del diritto di commercializzazione in via centralizzata dei diritti relativi a tutte le competizioni dalla stessa organizzate (tra queste, i campionati di calcio di serie A e di serie B, la Coppa Italia e la Supercoppa).

In particolare, l'istruttoria dell'Autorità Garante era stata aperta in relazione all'invito ad offrire pubblicato dalla Lega nel luglio del 2009, in cui, a giudizio dell'Autorità, le modalità di formazione dei pacchetti erano «inidonee a garantire lo svolgimento di una procedura effettivamente competitiva e suscettibili di condizionare l'allocatione dei diritti ai principali operatori, ostacolando l'ingresso e la crescita di altri soggetti».

Il T.a.r. del Lazio, nella sentenza n. 10571/2010 del 10 maggio 2010, conseguente al ricorso dell'Adiconsum (Associazione Italiana Difesa Consumatori e Ambiente), riguardo all'impugnata delibera di accettazione degli impegni, aveva ritenuto fondate due censure:

1) quella con cui si negava l'idoneità degli impegni proposti dalla Lega a rimuovere i profili anticoncorrenziali delineati con la delibera di avvio del procedimento del 22 luglio 2009;

2) quella con cui si denunciava che l'Autorità avesse violato le regole del contraddittorio procedimentale non avendo pubblicato e sottoposto al c.d. market test gli impegni aggiuntivi – ritenuti poi dall'Autorità determinanti ai fini dell'accettazione – presentati dalla Lega ad integrazione dell'iniziale proposta.

Il Consiglio di Stato ha considerato decisivo, ai fini della conferma della sentenza impugnata, quanto nella stessa sostenuto riguardo alla violazione delle garanzie di partecipazione procedimentale, dichiarando l'assorbimento di ogni ulteriore valutazione in merito all'effettiva idoneità degli impegni accolti a rimuovere i profili anticoncorrenziali rilevati inizialmente dall'Autorità.

L'Autorità, infatti, conformemente alla normativa comunitaria (art. 27 del Regolamento CE n. 1/2003), si è autovincolata, con propria Comunicazione adottata con la delibera n. 16015 del 12 ottobre 2006 ("Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14ter della Legge 10 ottobre 1990 n.

287”), ad assicurare tale partecipazione procedimentale. In particolare la comunicazione prevede che, qualora l’Autorità non deliberi il rigetto per manifesta infondatezza degli impegni proposti, disponga con delibera la pubblicazione sul proprio sito internet (e sul Bollettino di cui all’art. 26 della Legge n. 287 del 1990) dei medesimi impegni. In base a tale procedura 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 sul sito internet. Alla scadenza di detto termine le parti interessate possono rappresentare all’Autorità la propria posizione in merito alle osservazioni dei terzi ed introdurre modifiche accessorie agli impegni.

Il Consiglio di Stato, confermata la piena cogenza del principio (d’ispirazione comunitaria e comunque espressamente richiamato nella Comunicazione di cui si è detto) secondo cui l’accettazione degli impegni deve essere preceduta da una fase di pubblicità e contraddittorio procedimentale con possibilità per gli interessati di presentare le proprie osservazioni, ha dunque ritenuto che la violazione di tale forma di pubblicità dia luogo ad «un vizio procedimentale in grado ex se di inficiare la validità del provvedimento di accettazione degli impegni».

Mentre i primi impegni presentati dalla Lega Calcio erano stati regolarmente sottoposti a pubblicità e market test, lo stesso non era avvenuto per gli impegni proposti successivamente, in data 28 dicembre 2009, i quali, invece di apportare modifiche accessorie ai primi impegni, avevano costituito l’elemento centrale della valutazione compiuta dall’Autorità per stabilire di rendere gli stessi obbligatori e chiudere il procedimento senza l’accertamento dell’infrazione.

La non accessorialità dell’integrazione sarebbe ben evidente, secondo entrambi i giudici amministrativi, dal fatto che i primi impegni, presentati in data 17 novembre 2009, riguardavano i soli diritti relativi ai campionati di serie B – ai quali l’istruttoria era 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 era stata inizialmente avviata con delibera del 22 luglio 2009.

La sentenza del T.a.r. aveva affrontato anche il tema del potere di sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’AGCM.

Nel ritenere fondato il primo motivo d’impugnativa, con cui, in particolare, l’Adiconsum aveva sostenuto che il provvedimento di accettazione degli impegni sarebbe stato immotivato, irragionevole e contraddittorio, il T.a.r. aveva evidenziato che le determinazioni dell’Autorità Garante in merito all’accettazione di impegni ex art. 14ter 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».

Il giudice amministrativo aveva pertanto ribadito il proprio orientamento secondo cui il sindacato giurisdizionale sulle delibere dell’Autorità Garante può estendersi all’esame dei presupposti di fatto e della congruità e ragionevolezza della motivazione a base della decisione, oltre all’accertamento del nesso logico di consequenzialità tra presupposti e conclusioni, concludendo che «le censure volte ad evidenziare la presenza di figure sintomatiche dell’eccesso di potere nell’azione amministrativa sono in questo contesto senz’altro ammissibili».

Il T.a.r. aveva dunque affermato che, a prescindere dalla effettiva esistenza di una fattispecie di abuso di posizione dominante da parte della Lega Nazionale Professionisti, accertamento che certamente esulava dal thema decidendum, costituito solo (ed esclusivamente) dalla verifica di legittimità della delibera adottata dall'Autorità in data 18 gennaio 2010 - l'azione amministrativa era stata complessivamente contraddittoria e, per tale motivo, illogica (manifestamente illogica si legge anche nella pronuncia). L'Autorità aveva infatti chiuso il procedimento rendendo obbligatori impegni che «ictu oculi» non apparivano idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

Infine, merita un cenno l'eccezione pregiudiziale di carenza d'interesse ad agire mossa dall'Avvocatura Generale dello Stato, la quale aveva evidenziato che, in caso di accoglimento del ricorso, la riapertura del procedimento da parte dell'Autorità e l'eventuale accertamento dell'infrazione con conseguente diffida non avrebbero potuto incidere sulla sorte del pacchetto già aggiudicato a favore di Sky (il pacchetto "Platinum Live"), non potendo l'Autorità interferire nell'esecuzione di contratti pienamente efficaci tra le parti. Su tale questione, il T.a.r. si era pronunciato affermando che l'interesse all'accertamento di una situazione anticoncorrenziale, e dunque di una condotta illecita, da parte dell'AGCM, a prescindere dagli effetti che il provvedimento potrebbe determinare sui rapporti contrattuali già sorti, non può escludersi, ed in particolare potrebbe in ogni caso rilevare ai fini risarcitori.