



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

Nuovo orientamento del TAR Lazio in merito alla valutazione degli impegni in materia antitrust.

**di
Gilberto Nava, Elisabetta Grassi**

TAR Lazio, sezione I, sentenza n. 3964 del 9 maggio 2011

Sentenza

sul ricorso numero di registro generale 9640 del 2010, proposto da: Conto Tv S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi e Clelia Vitocolonna, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Giovanni Pierluigi da Palestrina, 47

contro

Autorità 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

Sky Italia S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta, 142; Adiconsum, Associazione Difesa Consumatori e Ambiente; Mediaset S.p.a., non costituiti

per l'annullamento

della delibera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, adottata il 07.07.2010, resa nel procedimento A407 con la quale ha stabilito di: a) rendere obbligatori per la società Sky Italia S.r.l. gli impegni presentati, ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, nei termini sopra descritti e allegati al presente provvedimento di cui fanno parte integrante; b) chiudere il procedimento nei confronti della società Sky Italia S.r.l., senza accertare l'infrazione, ai sensi dell'articolo 14 ter, comma 1, della legge n. 287/90;

di tutti gli atti connessi presupposti o conseguenti, incluse le delibere dell'AGCM: di avvio del procedimento n. 18932 del 2.10.2008; di proroga dei termini n. 20434 del 5.11.2009, n. 20736 del 4.2.2010, di pubblicazione impegni n. 20773 del 4.02.2010, n. di proroga dei termini n. 21161 del 26.05.2010, dei verbali di audizione redatti nel corso dell'iter procedimentale;

del risarcimento del danno con riserva di quantificazione in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura Generale dello Stato;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sky Italia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;
 Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2011 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, nell'adunanza del 7 luglio 2010, ha deliberato di:

rendere obbligatori per la società Sky Italia S.r.l. gli impegni presentati, ai sensi dell'art. 14 ter, co. 1, l. 287/1990, nei termini descritti nel provvedimento;

chiudere il procedimento nei confronti della società Sky Italia S.r.l., senza accertare l'infrazione, ai sensi dell'art. 14 ter, co. 1, l. 287/1990.

Di talché, l'emittente televisiva Conto TV ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 14 ter l. 287/1990, della "Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della l. n. 287/90" assunta nell'adunanza del 12 ottobre 2006; dei considerando e degli artt. 9 e 27 del Regolamento 1/2003, eccesso di potere per difetto di presupposto e travisamento del fatto, motivazione insufficiente e contraddittoria, sviamento.

La ratio dell'istituto degli "impegni" è quella di consentire al soggetto destinatario della comunicazione di avvio di evitare il procedimento antitrust e sottrarsi all'indagine ed al provvedimento che accerta l'infrazione assumendo vincoli comportamentali sul mercato, tali da eliminare i profili concorrenziali oggetto dell'istruttoria, per cui gli "impegni" dovrebbero intervenire in una fase in cui l'istruttoria dell'Autorità non è stata compiuta, ma è stata appena iniziata e cioè, come dispone l'art. 14 ter l. 287/1990, entro tre mesi dall'avvio.

La disciplina comunitaria, invece, non prevede un termine specifico per la presentazione degli "impegni" da parte dell'indagata, ma dalla sua lettura emerge la necessità che quest'ultima debba replicare alle preoccupazioni espresse dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, vale a dire in un momento non molto distante dalla sua formulazione.

Gli impegni, pertanto, potrebbero essere presentati secondo una tempistica ragionevole rispetto al procedimento e non potrebbero essere utilizzati quale escamotage per sottrarsi alla sanzione.

Viceversa, nel caso di specie, la delibera di avvio del procedimento è del 2 ottobre 2008, gli impegni sono stati presentati in data 22 gennaio 2010 ed integrati il 30 marzo 2010 e la delibera di accettazione è stata adottata il 7 luglio 2010, e cioè in una fase più che avanzata dell'istruttoria, in un momento in cui sarebbe stato evidente il suo esito.

L'integrazione degli impegni non si sottrarrebbe al market test in quanto rappresenterebbe una modifica che giustifica una nuova fase di contraddittorio. D'altra parte, la stessa Autorità, con delibera del 26

maggio 2010 n. 21161, alla luce delle modifiche accessorie prestante da Sky il 30 marzo 2010, avrebbe prorogato il termine per la conclusione del procedimento di valutazione degli impegni per consentire il contraddittorio pieno con gli altri partecipanti, mentre Conto TV avrebbe appreso di tali modifiche solo con la comunicazione della delibera di accettazione.

Né, al fine di giustificare la tardività della presentazione degli impegni, può ritenersi che la delibera Agcom 233/2009 abbia avuto rilevanza condizionante il procedimento in questione.

Sky e l'AGCM avrebbero definito il contenuto degli impegni attraverso una modalità "concordata" e svolta ad insaputa delle altre parti interessate nel procedimento.

Il protrarsi dell'iter procedimentale oltre ogni ragionevole aspettativa e l'accettazione di impegni dopo due anni dalla delibera di avvio avrebbero permesso a Sky di continuare a perpetrare la sua condotta in tale periodo di tempo, discriminando Conto TV rispetto alle sue divisioni commerciali attraverso prezzi anticoncorrenziali per l'acquisto di prodotti da parte di terzi che la ricorrente non avrebbe potuto replicare.

L'accettazione degli impegni, in definitiva, pregiudicherebbe la ricorrente perché interviene in ritardo, perché non accertando l'illecito ostacola anche la tutela risarcitoria che si volesse intraprendere e perché comunque non assicura alcuna condotta anticompetitiva da parte di Sky. Violazione e falsa applicazione della decisione della Commissione del 2 aprile 2003 e degli impegni allegati, violazione e falsa applicazione dell'art. 82 CE, degli artt. 14 e 14 ter l. 287/1990, della "Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della legge n. 287/90", del 12 ottobre 2006 pubblicata sul Bollettino n. 39 del 16 ottobre 2006, dei considerando e degli artt. 9 e 27 del Regolamento 1/2003; eccesso di potere per difetto di istruttoria, di presupposto, per travisamento del fatto, per motivazione sufficiente e contraddittoria, irrazionalità, illogicità, sviamento.

Gli impegni, che devono riguardare l'oggetto dell'istruttoria ed essere idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali ipotizzati, per essere accettati dovrebbero produrre gli stessi risultati cui si addiverrebbe con l'adozione di una delibera di accertamento sulla condotta dell'indagata in termini di ripristino della situazione concorrenziale del mercato, per il passato e per il futuro e non potrebbero essere presentati a fronte di condotte che hanno consumato i loro effetti a meno che, rispetto ad esse, non siano in grado di rimuovere questi ultimi con efficacia retroattiva.

Né potrebbero risolversi nel mero adempimento di obblighi già imposti dal legislatore o da decisioni di altri organi amministrativi, interni o comunitari.

Essi, inoltre, dovrebbero portare ad una modifica del comportamento dell'indagata tempestiva e reale, tale da far cessare immediatamente l'abuso rispetto a tutti i rapporti in essere.

Viceversa, gli impegni presentati da Sky non risponderebbero a tali regole in quanto: sono inidonei a far venire meno retroattivamente gli effetti prodottisi dal 2007 ad oggi a causa della condotta anticoncorrenziale di Sky identificata dall'atto di avvio dell'istruttoria del 2 ottobre 2008; sono inidonei a produrre effetti sui contratti che Sky ha sottoscritto fino al 7 luglio 2010 con terzi ed in corso di esecuzione; si risolvono nell'adempimento di obblighi già imposti a Sky dalla decisione della Commissione e dall'Agcom.

L'Autorità, in altri termini, ometterebbe l'accertamento dell'infrazione a fronte di misure inidonee ad assicurare il venir meno dell'abuso, senza dire nulla rispetto alla condotta pregressa tenuta da Sky, giungendo a dichiarare che non vi sono profili anticoncorrenziali.

Diversamente, gli impegni accettati non pongono rimedio retroattivamente agli effetti provocati dalla condotta discriminatoria, non intervenendo sulle conseguenze anticompetitive delle pratiche, e non sono idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali delineati nella comunicazione di avvio dell'istruttoria, nè forniscono nuove garanzie per il rispetto del principio di non discriminazione nella fornitura dei servizi di accesso alla piattaforma satellitare.

L'Avvocatura Generale dello Stato e Sky Italia S.r.l., con ampie ed articolate memorie, hanno contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del gravame.

All'udienza pubblica del 9 marzo 2011, il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'adunanza del 2 ottobre 2008, ha deliberato l'avvio dell'istruttoria ai sensi dell'art. 14 l. 287/1990, nei confronti della società Sky Italia S.r.l., per accertare l'esistenza di una violazione dell'art. 82 del Trattato CE.

Con tale delibera, ha fatto presente che “i fatti e i comportamenti segnalati sembrano manifestare che Sky abbia applicato a Conto TV condizioni per la fornitura di simulcrypt e di altri servizi tecnici e in particolare corrispettivi a titolo di contribuzione ai costi comuni della piattaforma satellitare, che hanno un connotato discriminatorio, anche alla luce dei costi sottostanti”.

Ha soggiunto che “i corrispettivi periodici richiesti da Sky per la copertura dei costi comuni, che costituiscono una percentuale particolarmente elevata dei ricavi di Conto Tv e sono definiti in maniera non trasparente, appaiono discriminatori”; “ciò risulterebbe, in particolare, alla luce dell'offerta presentata dalla stessa Sky per l'acquisto dei diritti relativi alle partite di Serie B del Campionato 2007/08. Infatti, da tale offerta si desume che il 5% dei ricavi conseguiti dalla trasmissione degli eventi è ritenuta da Sky sufficiente a coprire i costi da essa sostenuti, e dunque anche la contribuzione ai costi comuni della piattaforma satellitare”.

Peraltro, ha ancora osservato l'Autorità, "risulta configurabile una condotta discriminatoria da parte di Sky anche nell'ipotesi in cui detta offerta non consentisse all'impresa la piena copertura di tutti i costi sottostanti, ivi compresi i costi comuni di piattaforma. In questo caso, infatti, Sky avrebbe di fatto riservato a se stessa condizioni di accesso alla piattaforma notevolmente meno onerose di quelle applicate a Conto Tv, ottenendo un indebito vantaggio nell'acquisizione dei diritti audiovisivi relativi agli incontri di Serie B e limitando in tal modo la capacità competitiva di Conto Tv nel mercato della pay-tv".

L'amministrazione procedente ha inoltre considerato che "l'impossibilità di accedere alla piattaforma satellitare di Sky a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie rappresenta, nell'attuale contesto di mercato, un ostacolo tale da impedire lo sviluppo di una effettiva concorrenza nel mercato della pay-tv, nella misura in cui limita l'accesso a nuovi concorrenti e la pressione competitiva esercitabile dalle emittenti satellitari già attive", osservando "che la contribuzione richiesta da Sky a Conto TV, in quanto calcolata in funzione dei ricavi derivanti da abbonamenti e dalle vendite di eventi in pay-per-view, rappresenta un costo variabile idoneo a riflettersi direttamente sui prezzi che l'emittente può praticare ai propri clienti. Pertanto, esso rappresenta uno strumento a disposizione dell'operatore dominante particolarmente efficace per incidere sulla capacità competitiva dei propri concorrenti e per limitare gli effetti benefici del confronto concorrenziale".

Gli ostacoli allo sviluppo di una effettiva concorrenza nel mercato della pay-tv, secondo l'Autorità "sono altresì idonei a generare un danno per i consumatori, in quanto possono tradursi sia in prezzi più elevati sia in una ridotta varietà e qualità della programmazione" ed "inoltre, i corrispettivi richiesti da Sky a Conto Tv possono avere prodotto conseguenze distorsive sulla concorrenza nei mercati a monte dell'acquisizione di contenuti audiovisivi quali, ad esempio, i diritti calcistici. In questo senso, occorre verificare se le condizioni economiche imposte a Conto Tv, rispetto a quelle praticate da Sky a se stessa o ad altri operatori terzi per servizi equivalenti, siano tali da pregiudicare la capacità della stessa Conto Tv di acquisire contenuti".

Per quanto evidenziato, l'AGCM, ha ritenuto che "le condizioni economiche imposte da Sky a Conto Tv per i servizi wholesale di accesso alla piattaforma satellitare, laddove ne fosse confermata la natura discriminatoria, sono suscettibili di configurare un abuso di posizione dominante di natura escludente volto a limitare lo sviluppo della concorrenza nel mercato italiano della pay-tv".

Nell'adunanza del 7 luglio 2010, l'Autorità ha deliberato di

- a) rendere obbligatori per la società Sky Italia S.r.l. gli impegni presentati, ai sensi dell'art. 14 ter, co. 1, l. 287/1990, nei termini descritti nel provvedimento;
- b) chiudere il procedimento nei confronti della società Sky Italia S.r.l., senza accertare l'infrazione, ai sensi dell'art. 14 ter, co. 1, l. 287/1990.

La determinazione è stata assunta sulla base delle seguenti valutazioni degli impegni:

“Nel valutare l’idoneità degli Impegni di Sky a risolvere i problemi concorrenziali delineati nel provvedimento di avvio dell’istruttoria, non si può trascurare di considerare che essi si incardinano in uno specifico e complesso quadro regolamentare, che trova la sua matrice negli impegni assunti da Newscorp dinanzi la Commissione Europea nell’ambito della concentrazione comunitaria COMP/M.2876 – Newscorp/Telepiù, implementati anche attraverso una serie di interventi dell’AGCom. L’esistenza di un articolato sistema regolamentare, che definisce già diversi obblighi e limiti dell’attività di Sky, impone la necessità di raccordare il contenuto degli Impegni presentati dalla società con gli altri obblighi esistenti, evidentemente lasciando impregiudicati il contenuto e la durata degli impegni assunti in ambito comunitario, del tutto autonomi e distinti da quelli oggetto del presente provvedimento.

Ciò premesso, come di seguito argomentato, si ritiene che il complesso degli Impegni presentati da Sky, in forza anche delle modifiche apportate volte a rispondere alle osservazioni formulate nell’ambito del market test, risulti idoneo a rimuovere i profili anticoncorrenziali sottesi al presente procedimento e introduca garanzie ulteriori e distinte rispetto al quadro regolamentare esistente.

A tal riguardo, si osserva, in primo luogo, come l’Impegno AGCM n. 1, concernente i trasferimenti interni nella contabilità separata di Sky, sebbene collegato all’obbligo di separazione contabile contenuto negli impegni comunitari e alle determinazioni dell’AGCom in materia di prezzi wholesale di accesso alla piattaforma, fornisca nuove garanzie per il rispetto del principio di parità interno-esterno, cuore della violazione contestata alla società nel provvedimento di avvio.

In merito, va rilevato come la separazione contabile sia un rimedio regolatorio di supporto all’obbligo di non discriminazione nella fornitura di un servizio intermedio da parte di un operatore dominante verticalmente integrato. La separazione contabile comporta, infatti, la predisposizione ed il mantenimento di una contabilità regolatoria idonea a rendere trasparenti i costi ed i ricavi imputabili alle diverse attività svolte dall’operatore verticalmente integrato. Attraverso la contabilità separata si rendono altresì trasparenti i prezzi all’ingrosso praticati ai terzi e i transfer charges interni – poste figurative che danno evidenza dei trasferimenti interni tra le diverse divisioni “separate” – anche al fine di verificare che l’operatore verticalmente integrato non realizzi una discriminazione tra i propri concorrenti e le proprie divisioni interne e non ponga in essere indebiti sussidi incrociati.

Attraverso l’Impegno AGCM n. 1 Sky fornisce specifiche garanzie circa il rispetto del principio di non discriminazione, in quanto definisce le modalità di quantificazione dei transfer charges nella propria contabilità separata, garantendo che questi siano coerenti con le tariffe regolamentari praticate da Sky ai soggetti terzi che accedono alla

piattaforma quali Conto TV. Rileva, inoltre, come Sky si sia impegnata a specificare i transfer charges per le offerte in pay-per-view per macro-tipologia di eventi, definendo così una contabilità separata più dettagliata di quella esistente, atta ad essere utilizzata per verificare il rispetto del principio di non discriminazione anche ad un livello disaggregato.

L'Impegno AGCM n. 2, concernente le informative sul servizio di accesso alla piattaforma, fornisce specifici e concreti obblighi di trasparenza in capo a Sky, tenuto conto delle delibere dell'AGCom che definiscono i prezzi wholesale di accesso alla piattaforma. Sotto il profilo sostanziale, va rilevato come una maggiore trasparenza delle condizioni di accesso alla piattaforma appare idonea a ridurre il rischio che Sky ponga in essere una discriminazione nelle condizioni di accesso tra diverse emittenti terze. Non appare al riguardo condivisibile l'osservazione emersa nel corso del market test secondo cui la trasparenza nelle condizioni di accesso alla piattaforma avrebbe addirittura un connotato anticoncorrenziale: l'obbligo di trasparenza, infatti, oltre ad essere un rimedio regolatorio largamente utilizzato nel settore delle comunicazioni elettroniche, è già contemplato nel caso specifico dagli Impegni CE.

Si osserva, inoltre, come alla luce delle modifiche accessorie apportate da Sky, tale Impegno preveda la pubblicazione di un listino contenente le condizioni economiche di accesso, rese così conoscibili alle potenziali controparti prima della fase negoziale con l'operatore dominante. Si tratta di una modifica che ha ampliato il livello di trasparenza offerto, e dunque la sua portata pro-concorrenziale, allineando il comportamento di Sky a quello tenuto da altre società verticalmente integrate soggette a regolamentazione sia nel settore della pay-TV sia in altri mercati regolamentati.

L'Impegno AGCM n. 3, introducendo una procedura per la gestione delle richieste di accesso alla piattaforma, fornisce specifiche garanzie circa le modalità e la tempistica di negoziazione degli accordi di accesso da parte di Sky. Tale Impegno appare costituire un corollario e completamento dell'Impegno AGCM n. 2, finalizzato ad incentivare l'utilizzo dello strumento dell'accesso alla piattaforma satellitare da parte degli operatori potenzialmente interessati.

Quanto al termine di scadenza degli Impegni, si osserva come Sky abbia apportato una modifica accessoria agli Impegni originariamente sottoposti a market-test, prolungandone la durata al 31 marzo 2012, data successiva alla scadenza degli Impegni CE, attualmente fissata al 31 dicembre 2011.

Quanto all'obiezione secondo cui alla scadenza degli Impegni CE verrebbe meno la possibilità di ogni forma di concorrenza nella pay-TV satellitare, sul presupposto che Sky non sarebbe più tenuta a garantire l'accesso alla piattaforma ai propri concorrenti, si ricorda quanto previsto dalla normativa comunitaria in materia di accesso alle reti di comunicazione elettronica nonché, ove ve ne siano i presupposti, la

possibilità che l'Autorità possa intervenire nell'esercizio delle proprie competenze.

In definitiva, si ritiene che gli Impegni complessivamente proposti da Sky siano idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali delineati nel provvedimento di avvio dell'istruttoria, in quanto forniscono nuove garanzie per il rispetto del principio di non discriminazione nella fornitura dei servizi di accesso alla piattaforma satellitare".

2. Con una prima serie di censure, la ricorrente ha dedotto l'illegittimità dell'azione amministrativa, da un lato, dalla tardività degli impegni presentati e della relativa accettazione, dall'altro, dalla mancata sottoposizione al market test dell'integrazione degli impegni.

Le doglianze non sono condivisibili.

2.1 L'art. 14 ter l. 287/1990 - aggiunto dall'art. 14 d.l. 223/2006, come modificato dalla relativa legge di conversione, l. 248/2006, entrata in vigore il 12 agosto 2006 - stabilisce che, entro tre mesi dalla notifica di un'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della legge o degli artt. 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria; 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.

La norma ha attribuito all'Autorità un potere discrezionale da esercitare nei limiti dell'ordinamento comunitario.

Infatti, è sostanzialmente ispirata all'art. 9 del Reg. CE 16.12.2002 n. 1/2003 in ragione del quale, qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate proponano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese; la decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato.

La Sezione ha già avuto modo di chiarire che la matrice comunitaria dell'istituto degli impegni porta a ritenere che il termine per la presentazione degli stessi non ha carattere perentorio, ma meramente sollecitatorio (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I, 25 febbraio 2010, n. 3077).

Se, infatti, la fissazione di uno sbarramento temporale costituisce un deterrente, derivante dalla necessità di prevenire comportamenti opportunistici delle imprese, in ambito comunitario prevale comunque una logica di tipo effettuale, posto che la funzione dell'istituto richiede, da un lato, che i professionisti siano posti in grado di proporre misure correttive idonee, dall'altro, che l'Autorità disponga di elementi sufficienti per valutare la rispondenza degli impegni alla tutela dei consumatori e degli altri professionisti.

In sostanza, la tempestività della presentazione degli impegni va rapportata, di volta in volta, alla fattispecie concreta e alla valutazione,

operata dalla stessa Autorità circa l'idoneità delle misure proposte ad eliminare i profili di illiceità, vale a dire a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria e ad elidere gli eventuali effetti distorsivi già prodotti.

Peraltro, la ricorrente non ha un proprio interesse diretto, attuale e concreto al rispetto del termine previsto dalla legge.

In altre circostanze (cfr. TAR Lazio, Roma; I, 4 dicembre 2007, 4 dicembre 2007), la questione del termine per la presentazione degli impegni è stata affrontata con riferimento all'angolo visuale dell'impresa indagata ed è stata in tal caso esclusa la prospettata compressione dei termini avendo l'Autorità individuato il dies a quo nella data di entrata in vigore dell'innovazione legislativa per le istruttorie già avviate.

Viceversa, la Società che si ipotizza essere stata lesa dalla condotta escludente dell'operatore in posizione dominante, il cui accertamento costituisce l'oggetto del procedimento interrotto con l'accettazione degli impegni, non ha alcun interesse a dolersi di una eventuale dilatazione dei termini per lo svolgimento del sub procedimento relativo agli impegni.

Infatti, ove, come nel caso di specie, gli impegni siano accettati e la società ritenga che gli stessi siano invece inidonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria, può, come avvenuto, dedurre specifiche doglianze avverso la relativa delibera di accettazione, mentre, ove la relativa delibera sia immune da vizi di legittimità e, quindi, sia tale da soddisfare l'interesse sostanziale a non subire pregiudizi dalla condotta dell'indagata, il residuo interesse all'applicazione di una sanzione pecuniaria nei confronti della destinataria del procedimento rivelerebbe carattere meramente emulativo.

2.2 Conto TV ha altresì rilevato che l'integrazione degli impegni, in data 30 marzo 2010, non avrebbe potuto sottrarsi al market test in quanto rappresenterebbe una modifica che giustifica una nuova fase di contraddittorio.

Il Collegio fa presente che 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, 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 salve 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.

Peraltro, occorre ritenere che tale procedura, oltre che per la presentazione iniziale degli impegni, vada seguita per le integrazioni che determinano modificazioni sostanziali, tali cioè da costituire elementi essenziali di valutazione per decidere se rendere gli impegni obbligatori e chiudere il procedimento senza l'accertamento dell'infrazione, mentre, come meglio si vedrà infra, l'integrazione proposta da Sky il 30 marzo 2010 ha carattere meramente accessorio, sicché non imponeva l'effettuazione di un ulteriore market test.

Peraltro, dalla documentazione in atti, è possibile evincere come, in data 13 maggio 2010, l'amministratore unico di Conto TV abbia chiesto l'accesso agli atti del procedimento e come, in data 4 giugno 2010, tale istanza sia stata accolta e l'Autorità abbia fissato il termine del 18 giugno 2010 per eventuali ulteriori osservazioni sugli impegni presentati da Sky, sicché, prima dell'adozione della delibera, la Società interessata ha comunque avuto l'opportunità di conoscere le integrazioni degli impegni e di presentare eventuali osservazioni.

Per quanto attiene alla considerazione che l'AGCM avrebbe definito il contenuto degli impegni attraverso una modalità "concordata" e svolta ad insaputa delle altre parti interessate, è sufficiente inoltre evidenziare che la presentazione degli impegni è avvenuta ad iniziativa di Sky e che l'iter endoprocedimentale successivo è ascrivibile al fisiologico rapporto tra l'Autorità e l'indagata nel corso del procedimento.

3. Le censure con cui la ricorrente ha dedotto l'inidoneità degli impegni proposti a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria sono fondate e vanno accolte.

L'Autorità, il 2 ottobre 2008, ha avviato un'istruttoria, ai sensi dell'art. 14 l. 287/1990, nei confronti di Sky Italia S.r.l. per accertare se le condotte da essa adottate nella fornitura dei servizi (wholesale) di

accesso alla propria piattaforma tecnica satellitare configurino una violazione dell'art. 82 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE); in particolare, Sky avrebbe praticato all'emittente satellitare Conto Tv condizioni di accesso alla piattaforma più onerose di quelle praticate alle proprie divisioni interne nonché all'emittente Rete Tele Brescia.

Sky, operatore dominante nel mercato della pay tv in Italia, ovvero nel mercato complessivo dei servizi televisivi a pagamento, fornisce ad operatori televisivi terzi servizi all'ingrosso di accesso alla propria piattaforma satellitare e, attraverso tali servizi, gli operatori accedenti possono offrire agli utenti finali servizi televisivi a pagamento fruibili attraverso i decoder e le smart card della stessa Sky.

L'AGCM ha specificato che l'accesso wholesale alla piattaforma satellitare appare configurare un mercato rilevante a sé stante, di dimensione nazionale, all'interno del quale è individuabile la posizione dominante di Sky.

Ha altresì fatto presente che per la fornitura di servizi di accesso wholesale alla propria piattaforma tecnica, Sky richiede alle emittenti satellitari interessate il pagamento sia di tariffe una tantum che di corrispettivi periodici; tra questi ultimi figura anche la "contribuzione ai costi comuni della piattaforma satellitare", corrispettivo richiesto al fine di ripartire i costi comuni della piattaforma tra tutti gli operatori che ne fanno uso per offrire servizi di pay tv, inclusa ovviamente la stessa Sky, la quale, anteriormente alla delibera n. 233/09/CONS dell'AGCom, definiva la suddetta contribuzione in base al principio del beneficio atteso, richiedendo agli operatori accedenti alla piattaforma una certa percentuale dei ricavi generati dalla vendita di ciascun abbonamento/evento agli utenti.

Secondo quanto ipotizzato nell'atto di avvio dell'istruttoria, le condizioni economiche praticate da Sky a Conto Tv per i servizi di accesso alla propria piattaforma e, in particolare, la contribuzione ai costi comuni sarebbero state discriminatorie rispetto alle condizioni che Sky avrebbe riservato alle proprie divisioni interne e, inoltre, Sky avrebbe reso possibile all'emittente Rete Tele Brescia di accedere di fatto alla piattaforma satellitare, al fine di trasmettere eventi calcistici in pay per view, a condizioni economiche migliorative rispetto a quelle "regolamentate" richieste a Conto Tv, discriminando così a svantaggio di quest'ultima.

La discriminazione posta in essere da Sky, osserva l'Autorità procedente, avrebbe ridotto la capacità di Conto TV di formulare offerte competitive per l'acquisizione di contenuti di particolare rilievo strategico e commerciale, con un effetto di preclusione anticoncorrenziale nel mercato a valle della pay tv, sicché, nella comunicazione di avvio, rilevato come i comportamenti di Sky investissero mercati nazionali e fossero, quindi, idonei a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, ha ritenuto che le condotte di Sky potessero dar luogo ad una violazione dell'art. 82 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE).

Sky, in data 22 gennaio 2010, ha presentato impegni, pubblicati sul sito internet dell'Autorità e sottoposti a market test, articolati nel seguente modo:

dettaglio nella contabilità regolatoria delle condizioni economiche di accesso alla piattaforma imputate alla divisione operativa DisCo di Sky secondo quanto indicato nella delibera n. 233/09/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sue eventuali modificazioni (impegno n. 1);

obblighi di informativa sul diritto di accesso nel corso delle negoziazioni con gli editori di canali (impegno n. 2);

definizione di una procedura standard per la gestione delle richieste di accesso alla piattaforma (impegno n. 3);

predisposizione di un rapporto periodico sull'ottemperanza dell'impegno n. 3 (impegno n. 4).

Con comunicazione del 31 marzo 2010, Sky ha proposto alcune modifiche agli impegni, consistenti in una estensione della loro durata ed in una diversa formulazione dell'impegno n. 2.

Con riferimento al primo aspetto, ha prolungato il periodo di vigenza degli impegni presentati fissando la nuova data di scadenza al 31 marzo 2010, termine successivo alla data di scadenza degli impegni assunti in sede comunitaria, mentre, con riferimento agli obblighi di trasparenza di cui all'impegno n. 2, la modifica ha comportato, in luogo della fornitura alle controparti delle informative sull'accesso alla piattaforma nel corso di specifici negoziati, la loro pubblicazione in una sezione dedicata ai rapporti con gli operatori terzi creata sul proprio sito internet. In particolare, Sky si è impegnata a pubblicare, entro 15 giorni dalla definitiva approvazione degli impegni, sia un'informativa sul diritto di accesso alla piattaforma sia una scheda contenente le principali condizioni economiche praticate per l'accesso, in base ai modelli annessi al nuovo formulario presentato dalla società, con la specifica indicazione dei principali corrispettivi una tantum di attivazione, i principali corrispettivi periodici nonché i corrispettivi previsti su base giornaliera per le offerte in modalità pay tv e pay per view.

Il Collegio rileva in primo luogo che le modifiche agli impegni possono essere effettivamente qualificate come accessorie in quanto non si traducono in un quid novi rispetto agli impegni iniziali, ma solo in una elaborazione ulteriore dell'impegno n. 2, sicché in relazione ad esse, non potendosi configurare come elementi essenziali ai fini della complessiva valutazione di idoneità, non può ritenersi sussistere, come già evidenziato, l'obbligo di ripetizione del market test già effettuato dall'Autorità con riferimento ai primi impegni.

Sotto un profilo sostanziale, il Collegio ravvisa fondata ed assorbente la censura con cui la ricorrente ha sostenuto che gli impegni non potrebbero essere presentati ed accettati a fronte di condotte che hanno consumato i loro effetti a meno che, rispetto ad esse, non siano in grado di rimuovere questi ultimi con efficacia retroattiva.

Nel caso di specie, occorre innanzitutto tenere presente che la condotta ipotizzata come escludente in sede di avvio del procedimento ha certamente medio tempore prodotto effetti teoricamente pregiudizievoli ai fini della libertà di concorrenza.

Il Collegio rileva altresì che senza alcun dubbio, a prescindere dalla idoneità degli stessi a far venire meno per il futuro i profili anticoncorrenziali, gli impegni presentati ed accettati non sono idonei a far venire meno gli eventuali effetti pregiudizievoli già prodotti né ad incidere sui rapporti contrattuali in essere alla data di adozione della delibera impugnata.

L'idoneità delle misure proposte a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria, invece, postula anche la capacità degli impegni presentati di elidere gli eventuali effetti distorsivi della concorrenza già prodotti dalla condotta del soggetto in posizione dominante.

In sostanza, l'accettazione degli impegni richiede necessariamente la verifica della loro idoneità alla riparazione con efficacia retroattiva delle condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesivi della libera concorrenza.

Infatti, 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 da Sky Italia S.r.l. sia considerata illecita, e ciò almeno in considerazione dell'eventuale valenza probatoria che tale accertamento, compiuto dall'Autorità istituzionalmente competente, potrebbe avere in un contenzioso civile di risarcimento dei danni.

In altri termini, l'accertamento dell'infrazione da parte dell'Autorità, se è evidentemente inidoneo a far venire meno gli effetti anticoncorrenziali irreversibilmente prodotti dalla condotta esaurita dell'impresa che abbia abusato della posizione dominante, è tuttavia idoneo a soddisfare la pretesa sostanziale che, sotto il profilo in discorso, è dedotta in giudizio dalla ricorrente, in quanto potrebbe assumere rilievo probatorio nel contenzioso civile innanzi al giudice ordinario.

In presenza di un'Autorità indipendente istituita con la specifica finalità di tutelare la concorrenza ed il mercato ed accertare lesioni alla libertà di concorrenza, in sostanza, non è possibile ritenere che - sussistendo effetti irreversibili prodotti dalla condotta sospetta, destinati a permanere anche a seguito degli impegni presentati - la stessa Autorità possa legittimamente abdicare alla propria funzione istituzionale, interrompendo il procedimento volto all'accertamento di un abuso di posizione dominante, e che debba essere lo stesso giudice civile a verificare incidentalmente se vi sia stato un abuso di posizione dominante al fine di decidere sulla controversia al suo esame.

Diversamente opinando, per altro verso, 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, vale a dire che, a seguito di atti non più reversibili compiuti in attuazione della condotta ipotizzata come lesiva della libertà di concorrenza, si consumerebbe il potere dell'Autorità in materia antitrust.

Tale conclusione, però, da un lato, si pone in contrasto con la ratio della normativa di settore, dall'altro, costituisce una conclusione palesemente illogica.

Pertanto, non può affatto escludersi la sussistenza dell'interesse pubblico e privato all'accertamento di una situazione anticoncorrenziale da parte dell'Autorità antitrust con riferimento a condotte già poste in essere, sebbene queste abbiano prodotto effetti irreversibili, con la conseguenza che deve qualificarsi inevitabilmente illegittimo l'atto con cui l'Autorità abbia accettato gli impegni presentati, ritenendoli idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria, nonostante gli stessi non contemplino alcuna misura tale da elidere i possibili effetti anticoncorrenziali già prodotti.

La fondatezza di tale censura determina - assorbite le censure relative all'inidoneità degli impegni a far venire meno le preoccupazioni anticoncorrenziali anche per il futuro, atteso che la proposta di impegni, in assenza di impegni idonei ad elidere ex tunc gli effetti pregiudizievoli già prodotti, non può in alcun caso essere accolta - determina la fondatezza e l'accoglimento del ricorso e, per l'effetto, l'annullamento dell'impugnata delibera del 7 luglio 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.

4. La domanda di risarcimento del danno deve essere respinta in quanto la ricorrente non ha fornito alcuna prova della sussistenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito dell'amministrazione fonte di danno risarcibile.

5. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 5.000 (cinquemila/00), sono poste a favore della ricorrente ed a carico, in parti uguali, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e di Sky Italia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Prima Sezione, accoglie l'azione di annullamento proposta con il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla l'impugnata delibera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato adottata il 7 luglio 2010;

respinge l'azione di risarcimento del danno.

Liquida le spese del giudizio complessivamente in € 5.000 (cinquemila/00) e pone le stesse a favore della ricorrente ed a carico, in parti uguali, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e di Sky Italia.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

IL COMMENTO

Lo scorso 9 maggio, il Tar Lazio ("Tar") ha accolto il ricorso presentato da Conto TV S.r.l. ("Conto TV"), annullando il provvedimento con il quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") aveva chiuso l'istruttoria A407 - Conto TV / Sky Italia, rendendo obbligatori gli impegni presentati da Sky Italia S.r.l. ("Sky").

La sentenza merita di essere segnalata per l'ampia interpretazione del concetto di idoneità degli impegni presentati ex art. 14-ter, legge 10 ottobre 1990, n. 287 ("legge n. 287/90") posta dai Giudici amministrativi a fondamento dell'annullamento del provvedimento dell'AGCM.

Prima di illustrare il contenuto della pronuncia del Tar, è opportuno premettere un breve cenno ai fatti oggetto dell'istruttoria AGCM all'origine del provvedimento impugnato.

Nell'ottobre 2008, l'AGCM avviava un'istruttoria nei confronti di Sky per presunto abuso di posizione dominante sul mercato dell'accesso wholesale alla piattaforma satellitare, realizzato, in particolare, attraverso l'imposizione all'emittente Conto TV di condizioni di accesso alla piattaforma più onerose di quelle praticate alle proprie divisioni interne e ad un'altra emittente.

Dapprima nel gennaio 2010 e, successivamente, nel marzo 2010, Sky proponeva impegni ex art. 14-ter, legge n. 287/90, al fine di ottenere la chiusura del procedimento senza accertamento dell'infrazione [1].

Nel luglio 2010, con il provvedimento oggetto di impugnativa davanti al Tar, l'AGCM effettivamente chiudeva l'istruttoria rendendo obbligatori per Sky gli impegni presentati [2] e senza procedere all'accertamento dell'infrazione.

Dei diversi motivi di doglianza avanzati da Conto TV avverso tale provvedimento [3], i Giudici amministrativi hanno considerato fondato quello relativo all'inidoneità degli impegni presentati a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

La portata innovativa di tale pronuncia non risiede tanto nel fatto che il Tar abbia annullato un provvedimento di accettazione degli impegni presentati ex art. 14-ter, legge n. 287/90, sulla base di considerazioni legate all'inidoneità degli stessi [4], quanto piuttosto, come anticipato, nell'interpretazione che i Giudici amministrativi hanno fornito del concetto di "idoneità degli impegni".

Invero, ad avviso del Tar, gli impegni presentati da Sky non erano idonei, ai sensi dell'art. 14-ter, legge n. 287/90, in quanto non erano in grado di "far venire meno gli eventuali effetti pregiudizievoli già prodotti né (di) incidere sui rapporti contrattuali in essere alla data di adozione della delibera impugnata".

La rilevanza di tale pronuncia si palesa, pertanto, nell'affermazione del principio in virtù del quale, laddove ci si trovi in presenza di condotte che hanno ormai consumato i loro effetti, l'AGCM non può accettare impegni a meno che questi non siano in grado di eliminare retroattivamente gli effetti anticoncorrenziali già prodottisi, dal momento che il concetto di idoneità "postula anche la capacità degli impegni presentati di elidere gli eventuali effetti discorsivi della concorrenza già prodotti dalla condotta del soggetto in posizione dominante".

Il fulcro dell'argomentazione del Tar risiede nella circostanza che, ai sensi dell'art. 14-ter, legge n. 287/90, la decisione con cui si accettano gli impegni implica la chiusura dell'istruttoria senza accertamento dell'infrazione. In altre parole, nel decidere di chiudere un'istruttoria con l'accettazione degli impegni presentati, l'AGCM in un certo senso "rinuncia" all'esercizio della propria funzione di accertamento della violazione antitrust.

Secondo i Giudici amministrativi, deve osservarsi che, nonostante l'accertamento dell'infrazione da parte dell'AGCM sia inidoneo, di per sé, ad eliminare con efficacia ex tunc gli effetti della condotta anticoncorrenziale già prodottisi, tale accertamento risponde ad un interesse pubblico e privato, legato anche ad un eventuale contenzioso civile di risarcimento danni, nell'ambito del quale, l'accertamento dell'infrazione da parte dell'AGCM riduce notevolmente l'onere probatorio gravante sull'attore[5].

In considerazione di tale interesse all'accertamento, quindi, "non è possibile ritenere che - sussistendo effetti irreversibili prodotti dalla condotta sospetta, destinati a permanere anche a seguito degli impegni presentati - la stessa Autorità possa legittimamente abdicare alla propria funzione istituzionale, interrompendo il procedimento volto all'accertamento di un abuso di posizione dominante, e che debba essere lo stesso giudice civile a verificare incidentalmente se vi sia stato un abuso di posizione dominante al fine di decidere sulla controversia al suo esame".

Se, viceversa, l'AGCM potesse chiudere un'istruttoria con l'accettazione di impegni anche in presenza di effetti irreversibili, destinati a permanere nonostante l'attuazione degli impegni presentati, si

giungerebbe alla “paradossale e non accettabile conclusione” che il potere di accertamento conferito all’Autorità non potrebbe essere esercitato [6].

Ad avviso del Tar, pertanto, non può che ritenersi sussistente un interesse pubblico e privato all’accertamento dell’infrazione laddove gli effetti della condotta già posta in essere sono irreversibili.

In conclusione, il principio espresso in questa pronuncia limita notevolmente la possibilità - finora largamente sfruttata tanto dalle imprese quanto dall’Autorità - di chiudere un’istruttoria accettando gli impegni presentati ex art. 14-ter, legge n. 287/90, circoscrivendo l’ambito applicativo di tale istituto ai soli casi in cui siano concepibili e realizzabili impegni in grado di eliminare ex tunc gli effetti della condotta anticoncorrenziale già prodottisi.

L’introduzione di un simile condizione, oltre a contribuire a rendere ancora meno chiari i confini dell’ambito applicativo dell’istituto degli impegni, si presta a diverse valutazioni critiche, in particolare, in relazione alla concreta possibilità di articolare impegni aventi la capacità di elidere retroattivamente gli effetti discorsivi già prodottisi.

Non può che auspicarsi, pertanto, un intervento chiarificatore sul punto da parte del Consiglio di Stato, che possa indirizzare l’azione dell’AGCM e delle imprese.

Note:

[1] Come noto, ai sensi dell’art. 14-ter della legge n. 287/90, nel caso in cui sia avviata un’istruttoria per accertare l’esistenza di un’intesa o di un abuso di posizione dominante, “le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria. 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”.

[2] In particolare, gli impegni presentati nel gennaio 2010 erano così articolati: (i) predisposizione di un dettaglio nella contabilità regolatoria delle condizioni economiche di accesso alla piattaforma imputate alla divisione operativa DisCo di Sky secondo quanto indicato nella delibera n. 233/09/CONS dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sue eventuali modificazioni; (ii) rispetto di obblighi di informativa sul diritto di accesso nel corso delle negoziazioni con gli editori di canali; (iii) definizione di una procedura standard per la gestione delle richieste di accesso alla piattaforma; (iv) predisposizione di un rapporto periodico sull’ottemperanza dell’impegno sub (iii). Le modifiche proposte nel marzo 2010 hanno riguardato, da un lato, il periodo di vigenza degli impegni, prolungato fino al 31 marzo 2012, e dall’altro, la riformulazione dell’impegno sub (ii) nel senso di prevedere, in luogo della fornitura alle controparti delle informative sull’accesso alla piattaforma nel corso di specifici negoziati, la loro pubblicazione in una

sezione del sito internet di Sky dedicata ai rapporti con gli operatori terzi.

[3] In particolare, Conto TV aveva censurato il provvedimento dell'AGCM anche in relazione alla presentazione degli impegni a circa due anni dall'avvio del procedimento ed alla mancata ripetizione del market test a fronte delle modifiche apportate agli impegni nel marzo 2010. A tale riguardo, il Tar Lazio ha ritenuto infondati entrambi i motivi ribadendo, da un lato, la natura meramente ordinatoria del termine trimestrale previsto all'art. 14-ter della legge n. 287/90 e, dall'altro, che un secondo market test si impone solo laddove le modifiche si traducono in un quid novi rispetto agli impegni iniziali e non quando le modifiche, come nel caso di specie, sono meramente accessorie.

[4] Si veda, ad esempio, la sentenza Tar Lazio, n. 10571/2010, Lega Nazionale Professionisti.

[5] A tal proposito, si veda la recente pronuncia della Corte di Cassazione, sezione III Civile, n. 10211/2011.

[6] Nell'opinione dei Giudici amministrativi, tale conclusione "da un lato, si pone in contrasto con la ratio della normativa di settore, dall'altro, costituisce una conclusione palesemente illogica".