

## Provvedimenti sanzionatori dell'antitrust: aspetti sostanziali e processuali (T.A.R. Lazio, sez. I, sent. 11 maggio 2024, n. 9315)

L'azione svolta dall'autorità garante della concorrenza e del mercato rientra nella categoria dei procedimenti sanzionatori esecutivi, in quanto i provvedimenti adottati all'esito dell'istruttoria hanno prioritariamente finalità conformativa dell'attività economica privata, essendo esercizio di un potere di natura ablatoria personale, volto ad eliminare la turbativa dell'interesse pubblico causato dall'infrazione.

I provvedimenti de quibus sono atti di amministrazione attiva, finalizzati alla cura diretta dell'interesse pubblico alla concorrenzialità del mercato; per cui sia l'impresa direttamente destinataria della decisione sia quelle concorrenti sono titolari di un interesse legittimo.

In ragione del momento retributivo-afflittivo, sono espressione dell'esercizio di un potere sanzionatorio puro, a fronte del quale il privato è titolare di un diritto soggettivo.

L'accoglimento del ricorso presentato da un concorrente avverso un provvedimento ex art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 non comporta necessariamente l'annullamento ex tunc o ex nunc dell'atto impugnato, allorché la sua rimozione creerebbe una situazione fattuale contrastante con gli interessi della parte.

Il giudice può limitarsi alla declaratoria del dovere di rinnovazione del procedimento di esercizio del potere, con la conseguenza che l'efficacia dell'atto gravato persisterà fino alla modifica o sostituzione dello stesso da parte dell'autorità.

\*\*\*

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 13133 del 2023, proposto da Dazn limited, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nico Moravia, Gian Luca Zampa, Maurizio Pinnarò e Filippo Alberti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

*nei confronti*

Fastweb s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Elisabetta Pistis e Stefano Calabretta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
*e con l'intervento di*

*ad*

*opponendum:*

Wind Tre s.p.a. società con azionista unico, direzione e coordinamento di Ck Hutchison group Telecom Italy investments, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Guizzi e Ilaria Pagni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Iliad Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Pacciani, Vito Auricchio e Valerio Mosca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. Filippo Pacciani in Roma, via di San Nicola da Tolentino, n. 67;

sul ricorso numero di registro generale 14028 del 2023, proposto da Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Siragusa, G. Cesare Rizza e Alice Setari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

*nei confronti*

Fastweb s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Elisabetta Pistis e Stefano Calabretta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Sky Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Angeloni, Emilio de Giorgi, Emanuela Cocco, Sara Lucia e Marco Valerio Lupoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. Francesca Angeloni in Roma, via Marche, nn. 1-3;

Iliad Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Pacciani, Vito Auricchio e Valerio Mosca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. Filippo Pacciani in Roma, via di San Nicola da Tolentino, n. 67;

Wind Tre s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Guizzi e Ilaria Pagni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Vodafone Italia s.p.a., Wind Tre s.p.a., Open Fiber s.p.a., Colt technology services s.p.a., Irideos s.p.a., Tiscali Italia s.p.a., Associazione italiana internet provider, Federconsumatori a.p.s., Codacons, non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 13786 del 2023, proposto da Fastweb s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Elisabetta Pistis e Stefano Calabretta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

*nei confronti*

Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Siragusa, G. Cesare Rizza, Alice Setari e Ilaria Tucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
Dazn limited, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Nico Moravia, Maurizio Pinnarò, Gian Luca Zampa, Filippo Alberti e Giulia Valenti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
Dazn media services s.r.l., Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 13899 del 2023, proposto da Sky Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesca Angeloni, Emilio de Giorgi, Emanuela Cocco, Sara Lucia e Marco Valerio Lupoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. Francesca Angeloni in Roma, via Marche, nn. 1-3;

*contro*

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

*nei confronti*

Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Siragusa, G. Cesare Rizza, Alice Setari e Ilaria Tucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
Dazn limited, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Nico Moravia, Maurizio Pinnarò, Gian Luca Zampa, Filippo Alberti e Giulia Valenti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
Dazn media services s.r.l., Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 13135 del 2023, proposto da Dazn media services s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Nico Moravia, Gian Luca Zampa, Maurizio Pinnarò e Filippo Alberti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

*nei confronti*

Fastweb s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Elisabetta Pistis e Stefano Calabretta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*e con l'intervento di*

ad opponendum:  
Wind Tre s.p.a. società con azionista unico direzione e coordinamento di Ck Hutchison group Telecom Italy investments, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Guizzi e Ilaria Pagni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
Iliad Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Pacciani, Vito Auricchio e Valerio Mosca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. Filippo Pacciani in Roma, via di San Nicola da Tolentino, n. 67;

*per l'annullamento*

*quanto al ricorso n. 13133 del 2023:*

- del provvedimento del 12 luglio 2023 n. 30699 con il quale l'Agcm, ha qualificato alcune previsioni dell'accordo del 27 gennaio 2021 tra Dazn limited e Tim s.p.a. quale intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e ha irrogato nei confronti della società ricorrente, in solido con la società Dazn media services s.r.l. una sanzione di € 7.240.250,84;
- della decisione prot. 0065763 del 2 agosto 2023 con il quale la medesima Agcm ha respinto la richiesta di revisione della predetta sanzione;
- nonché di ogni atto presupposto, conseguente o comunque connesso.

*quanto al ricorso n. 14028 del 2023:*

del provv. 28 giugno 2023, n. 30699, adottato dall'Agcm a conclusione del procedimento istruttorio I857 – Accordo Tim-Dazn Serie A 2021/2024 e da essa notificato a Tim il 12 luglio 2023, nonché di ogni altro atto e/o comportamento presupposto, consequenziale o comunque connesso.

*quanto al ricorso n. 13786 del 2023:*

nei limiti precisati nei motivi di impugnazione e per quanto di ragione, del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 30699 adottato dalla medesima Autorità nell'adunanza del 28 giugno 2023 in esito al procedimento «I857 – Accordo Tim-Dazn Serie A 2021/2024», notificato a Fastweb s.p.a. il 13 luglio 2023; di ogni altro atto al predetto antecedente, presupposto, connesso o conseguente, incluso ove occorrer possa il provvedimento del 27 luglio 2021, n. 29778 di non adozione delle misure cautelari.

*quanto al ricorso n. 13899 del 2023:*

della decisione dell'Agcm nel caso I857-Accordo Tim-Dazn Serie A 2021/2024, resa nell'adunanza del 28 giugno 2023 e pubblicata sul Bollettino dell'Agcm n. 27/2023 del 17 luglio 2023, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, tra cui in particolare, per quanto necessario, la comunicazione delle risultanze istruttorie, inviata alle parti del procedimento in data 20 gennaio 2023 ai sensi dell'art. 14 d.p.r. 217/1998, il parere dell'Agcom reso il 15 giugno 2023 con delibera n. 141/23/CONS e pervenuto all'Agcm il 16 giugno 2023 e la delibera del 27 luglio 2021, n. 29778 con la quale l'Agcm ha deliberato non sussistere i presupposti per l'adozione di misure cautelari ai sensi dell'art. 14-bis, l. 287/1990.

*quanto al ricorso n. 13135 del 2023:*

- del provvedimento del 12 luglio 2023 n. 30699 con il quale l'Agcm, all'esito del procedimento I857 ha sanzionato Dazn limited e Tim s.p.a. per intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e ha irrogato nei confronti della società ricorrente, in solido con la società Dazn media services s.r.l. una sanzione di € 7.240.250,84;
- della decisione prot. 0065763 del 2 agosto 2023 con il quale la medesima Agcm ha respinto la richiesta di revisione della predetta sanzione;
- nonché di ogni atto presupposto, conseguente o comunque connesso.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nonché di Fastweb s.p.a., di Sky Italia s.r.l., di Iliad Italia s.p.a., di Wind Tre s.p.a., Telecom Italia s.p.a. e di Dazn limited;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2024 il dott. Matthias Viggiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Dazn limited impugnava (ricorso n. 13133 del 2023) il provvedimento sanzionatorio, meglio indicato in epigrafe, del 12 luglio 2023, n. 30699 (conclusivo del procedimento istruttorio I857) dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm).
2. Si costituiva in resistenza l’Autorità.
  - 2.1. Del pari si costituiva in giudizio la società controinteressata Fastweb; inoltre, intervenivano *ad opponendum* Wind Tre e Iliad Italia, tutti chiedendo il rigetto del ricorso.
3. Con un distinto atto di gravame (ricorso n. 13135 del 2023) Dazn media service ricorreva avverso il medesimo provvedimento dell’Agcm.
4. Anche in tale giudizio si costituivano l’Autorità, la società Fastweb e intervenivano Wind Tre e Iliad Italia.
5. Ad ambedue i ricorsi (curati dal medesimo studio legale e di contenuto sostanzialmente identico) era unita istanza di sospensione cautelare dell’efficacia dell’atto gravato cui parte ricorrente rinunciava durante la camera di consiglio del 25 ottobre 2023.
6. Anche la terza società sanzionata con il provvedimento gravato, ossia Tim, proponeva un proprio ricorso, che veniva iscritto al numero di registro generale 14028 del 2023.
7. In quest’ultimo giudizio, si costituivano l’Agcm, nonché alcune delle società cui veniva notificata l’impugnazione, ossia Fastweb, Sky Italia, Wind Tre e Iliad Italia.
8. Tramite un autonomo ricorso (n. 13899 del 2023) Sky Italia, già intervenuta nel procedimento istruttorio I857, impugnava il ridetto provvedimento n. 30699, formulando però – come si avrà modo di approfondire in seguito – censure di segno opposto a quelle spiegate da Dazn e Tim.
9. Si costituiva per resistere a tale gravame l’Agcm.
  - 9.1. Inoltre, si costituivano in giudizio anche Tim e Dazn. Fastweb, invece, proponeva istanza di accesso al fascicolo telematico, cui però rinunciava con dichiarazione depositata in data 22 gennaio 2024: pertanto, la Sezione dava atto di ciò nell’ordinanza pubblicata il 29 gennaio 2024, n. 1640.
10. Infine, con un ulteriore ricorso (n. 13786 del 2023), Fastweb – anch’essa intervenuta nel procedimento istruttorio dinanzi all’Autorità – proponeva un’autonoma impugnazione avverso l’atto sanzionatorio dell’Agcm.
11. Anche per resistere a tale impugnazione si costituiva l’Autorità.
  - 11.1. Inoltre, si costituivano in giudizio anche Dazn e Tim chiedendo il rigetto del ricorso.
12. Tutti gli elencati giudizi venivano chiamati alla pubblica udienza del 21 febbraio 2024 e, all’esito dell’ampia discussione orale, il Collegio tratteneva tutte le cause per la decisione di merito.

#### DIRITTO

13. In primo luogo è necessario esporre la vicenda fattuale sottesa al provvedimento gravato, evidenziando le condotte reputate illecite dall’Agcm.
  - 13.1. In premessa va osservato come in data 26 marzo 2021 la Lega nazionale professionisti Serie A ha assegnato a Dazn i diritti per la trasmissione in esclusiva (su tutti i canali, ossia satellite, digitale terrestre e rete *internet*) di sette partite della giornata calcistica di Serie A, nonché i diritti per gli ulteriori tre incontri in co-esclusiva (ossia, solamente per la rete *internet*). A tal proposito, risulta opportuno rammentare come in precedenza i diritti citati erano trasmessi unicamente (e poi principalmente) sul canale satellitare (c.d. *direct to home* – d.t.h.) per lungo tempo appannaggio di Sky, operatore verticalmente integrato, atteso che, oltre a fornire il servizio al dettaglio, gestisce anche l’infrastruttura satellitare, risultando così essere storicamente l’azienda *leader* nel settore della *pay tv* in Italia.
  - 13.2. Va aggiunto come Sky, negli ultimi anni, abbia altresì implementato la trasmissione dei propri contenuti anche sulla piattaforma digitale terrestre (c.d. *digital terrestrial television* – d.t.t.) e sulla rete (c.d. Sky via *internet*), nonché avviato la commercializzazione di una propria offerta per la connessione alla rete *internet* (c.d. Sky fibra), divenendo quindi un operatore non solo del settore televisivo (che rimane il proprio *core business*), ma anche di quello delle telecomunicazioni.
  - 13.3. Orbene, in tale contesto di mercato, l’Agcm interveniva varie volte al fine di evitare che l’aggiudicazione di alcuni diritti di trasmissione esclusiva (soprattutto dei contenuti calcistici nazionali) potesse determinare una limitazione della concorrenza in favore di Sky. Può citarsi, tra molti, il procedimento C12207, concernente un’acquisizione da parte di Sky di un concorrente:

l'operazione veniva autorizzata dall'Autorità subordinatamente ad una serie di condizioni (v. punti 318 ss. provv. Agcm 27784). Si sottolinea la rilevanza, nell'odierno giudizio, del procedimento appena menzionato in quanto incedente sulla gara per l'assegnazione dei diritti calcistici citata al § 13.1.: difatti, Sky non avrebbe potuto risultare aggiudicatario in esclusiva dei diritti di trasmissione sulla piattaforma *internet*, dovendo, ove si fosse verificata tale ipotesi, condividere i diritti con un altro operatore (c.d. rimedio R2).

13.4. La ragione di tale limitazione discende dalla menzionata disponibilità da parte di Sky dell'infrastruttura satellitare e digitale terrestre, considerata un indubbio vantaggio tecnologico (punti 279 ss. provv. Agcm 27784), reputando quindi preferibile un assetto di mercato in cui i diritti fossero aggiudicati anche da operatori c.d. *over the top*, ossia che sfruttano per la trasmissione la rete *internet* (v. punto 323 provv. Agcm 27784). Difatti, la diluizione del medesimo contenuto su varie piattaforme, nell'ottica dell'Agcm, avrebbe favorito una concorrenza tra gli operatori con effetti benefici per i consumatori (sul punto v. altresì provv. Agcm 28097 reso nel procedimento SR34, di approvazione delle linee guida per la commercializzazione dei diritti audiovisivi calcistici della Serie A italiana ai sensi dell'art. 6, comma 6, d.lgs. 9 gennaio 2008, n. 9, c.d. decreto Melandri).

13.5. A questo punto, risulta necessario evidenziare come Dazn, pur risultando assegnatario dei diritti per la trasmissione di sette partite su dieci di ogni giornata calcistica su tutte le piattaforme, impiegasse unicamente la rete *internet* (c.d. *streaming online*): conseguentemente, si è assistito ad un netto passaggio da una tecnologia (il satellite e il digitale terrestre) ad un'altra, imponendo al cliente finale di munirsi di una buona (intesa come stabile e veloce) connessione alla rete *internet*. A tal proposito, appare notorio come gli attuali *standard* tecnologici prevedano come migliore connessione *internet* quella in fibra ottica, specie se terminante direttamente presso il cliente (c.d. *fiber to the home*, Fthh, da contrapporre alla connessione Fttc – *fiber to the cabinet* – ove l'ultimo tratto, dal c.d. armadietto in strada all'utenza finale, è coperto mediante un doppino in rame).

13.6. Ciò premesso, va rilevato come, in vista della citata gara per l'assegnazione dei diritti tv, Dazn ha concluso (in data 27 gennaio 2021) con Tim un accordo per la realizzazione di una *partnership* per la distribuzione e il supporto tecnologico (c.d. *deal memo distribution*). Può considerarsi notorio il fatto che Tim è l'azienda *leader* nella fornitura del servizio di connessione *internet* sia al dettaglio sia all'ingrosso (in quanto proprietaria di un'estesa infrastruttura di telecomunicazioni), nonché fornitrice di un servizio di *streaming* di contenuti audiovisivi (Tim vision – anch'esso qualificabile come *over the top*).

13.7. Nel dettaglio, l'Autorità ha indicato alcune clausole dell'accordo che avrebbero, in tesi, ristretto la concorrenza: ad esempio, l'esclusiva (*section F*) in favore di Tim avrebbe consentito a quest'ultima di essere l'unico operatore di telecomunicazione e audiovisivo autorizzato da Dazn a vendere i contenuti calcistici in modalità congiunta (c.d. *hard bundle*, ossia l'utente con un unico contratto avrebbe potuto acquistare sia il servizio Tim – es. la connessione *internet* – sia quello Dazn, cioè la trasmissione degli incontri calcistici) oppure con un'offerta a listino (c.d. *à la carte*). In tal modo, Tim sarebbe stato l'unico operatore in grado di formulare promozioni c.d. *triple play*, ricomprendenti cioè sia il servizio telefonico, sia quello della connettività ad alta velocità, sia quello audiovisivo (segnatamente, calcistico): il cliente, pertanto, con un unico contratto e un solo pagamento avrebbe potuto ottenere tutti e tre i servizi.

13.8. Ovviamente, per garantire l'esclusività, Dazn ha assunto l'impegno a non concludere accordi con altri operatori concorrenti (elencati in allegato all'accordo), i quali quindi non avrebbero potuto né promuovere congiuntamente il servizio e neppure formulare offerte *à la carte*. In aggiunta, il *deal memo* ha previsto ulteriori limitazioni a carico di Dazn nella distribuzione diretta stabilendo il divieto di offerta del servizio in piattaforme diverse da *internet* (escludendo quindi il canale satellitare e il digitale terrestre), l'impossibilità di sub-licenziare i diritti sportivi (fatta eccezione delle tre partite della Serie A in co-esclusiva), nonché il divieto di consentire l'installazione dell'app Dazn e del canale Dazn 1 (indispensabili per vedere le partite del campionato di calcio) sui *decoder* e dispositivi Sky (e degli altri operatori concorrenti). Inoltre, è stato imposto a Dazn di non estendere un precedente contratto (efficace fino all'agosto 2022) di distribuzione non esclusiva concluso con un concorrente di Tim (ossia Vodafone): nel dettaglio, Dazn avrebbe potuto, alternativamente, o

concedere la fruizione dei contenuti calcistici unicamente ai già clienti, oppure rendere disponibili per tali soggetti unicamente un'offerta a listino (in quest'ultima evenienza, però il *deal memo* avrebbe previsto delle penalizzazioni economiche per Dazn).

13.9. Conseguentemente, Dazn avrebbe potuto unicamente vendere il proprio servizio direttamente, ovvero distribuirlo con offerte a listino tramite terze parti autorizzate (principalmente, i produttori di *smart tv*, nonché Apple, Amazon e Google, escludendo quindi gli operatori di telecomunicazioni e i fornitori di servizi media audiovisivi), anche in combinazione con altri servizi di tali terze parti autorizzate, consentendo solamente a costoro di utilizzare meccanismi di addebito diretto (c.d. *direct carrier billing*). Tim, invece, si è impegnata a corrispondere alla controparte un minimo garantito di circa quattrocento milioni di euro annui, nonché ad integrare i contenuti Dazn con la propria *content delivery network*, di modo da consentire la migliore possibile qualità di trasmissione (inoltre, vi erano ulteriori pattuizioni minori concernenti le soluzioni tecniche per garantire la piena fruizione degli utenti finali del servizio Dazn – v. punti 29 s. provvedimento): è incontestato che Tim (pur avendone titolo), in luogo di partecipare alla gara per l'assegnazione dei diritti delle Serie A, abbia deciso di concludere una *partnership* con Dazn che sarebbe risultata decisiva per l'esito della gara (invero, Dazn si è aggiudicata i diritti tv a fronte del pagamento di oltre novecento milioni annui, somma ben superiore ai circa settecentocinquanta milioni annui offerti da Sky).

14. Orbene, a fronte di tale accordo – condizionato all'assegnazione dei diritti tv, evento poi effettivamente verificatosi – gli operatori concorrenti segnalavano all'Agcm i possibili profili di anticoncorrenzialità della pattuizione: l'Autorità, quindi, ottenuta dalle parti la copia dell'accordo (in data 23 giugno 2021), avviava l'istruttoria il 6 luglio 2021. Con tale atto è stato rilevato come le previsioni dell'accordo limiterebbero commercialmente e tecnicamente Dazn nell'offerta di servizi di televisione a pagamento, riducendo la capacità di quest'ultima di proporre sconti agli utenti e di scegliere le ulteriori modalità di trasmissione che ritenesse più consone (in termini di metodologie di trasmissione utilizzate, di dispositivi su cui rendere disponibile al pubblico l'app Dazn, di possibilità per gli utenti di usufruire dei servizi di pagamento tramite conto telefonico); inoltre, il *deal memo* avrebbe ridotto gli incentivi all'investimento di Dazn per l'interconnessione con gli operatori di telefonia fissa e mobile e per l'adeguamento della propria rete di distribuzione dei contenuti, ostacolando al contempo gli operatori di telecomunicazioni concorrenti di Tim dall'intraprendere iniziative commerciali: difatti, l'ampia esclusiva, presenterebbe caratteristiche selettive, incidendo anche su rapporti contrattuali già in essere e impedirebbe alle altre compagnie telefoniche di replicare la scontistica di Tim e di concedere ai propri utenti *voucher* promozionali per l'offerta dei contenuti relativi alle partite di Serie A (v. punto 54 comunicazione di avvio).

14.1. In altre parole, l'Autorità ha contestato alle due società di aver concluso un'intesa anticoncorrenziale vietata dall'art. 101 Tfu, in quanto l'esclusiva avrebbe precluso, di fatto, la possibilità per i concorrenti di replicare l'offerta dei servizi di telecomunicazione di Tim (atteso che solo quest'ultima poteva proporre ai propri clienti un *bundle* a prezzo agevolato comprensivo del servizio Dazn); inoltre, essa avrebbe determinato uno sviamento rispetto alla precedente prassi contrattuale che aveva visto la conclusione di svariate *partnership* tra Dazn e altri operatori nelle passate stagioni calcistiche. In aggiunta, le ulteriori pattuizioni avrebbero determinato una limitazione per Dazn nell'individuazione delle modalità di commercializzazione economica e tecnica per l'erogazione del servizio (essendo precluse alcune soluzioni tecnologiche nonché particolari piattaforme distributive, quali il digitale terrestre o il satellite).

15. Unitamente all'avvio dell'istruttoria, l'Autorità apriva anche un sub-procedimento cautelare ai sensi dell'art. 14-bis l. 10 ottobre 1990, n. 287. Sul punto, l'Agcm evidenziava due evenienze che avrebbero potuto eliminare le preoccupazioni concorrenziali appena descritte (o quantomeno il *periculum in mora*): da un lato, la circoscrizione dell'efficacia della clausola d'esclusiva e, dall'altro, la sospensione della clausola che impediva a Dazn di distribuire su canali differenti da *internet* i propri servizi.

15.1. Il menzionato sub-procedimento si concludeva con provvedimento di non adozione di misure cautelari del 27 luglio 2021: difatti, l'Autorità reputava venuto meno il *periculum in mora* in forza delle azioni autonomamente implementate dalle parti a partire dall'agosto 2021.

15.2. Più precisamente, l'Agcm considerava positivamente l'impegno di Tim a non offrire in *bundle* servizi di accesso alla rete e servizi di contenuti calcistici: così, l'utente avrebbe potuto liberamente acquistare il servizio Dazn svincolandolo dalla fornitura della connessione *internet*. Inoltre, per l'eventuale acquisto in *bundle* di Tim vision con l'offerta calcistica di Dazn, Tim si impegnava a non operare discriminazioni in base al fornitore della connessione *internet*. Secondo l'Autorità, dunque, la possibilità riconosciuta ad un cliente di un *other authorised operator* (o.a.o. – cioè di un fornitore del servizio di connessione *internet*, es. Iliad Italia) di acquistare il *bundle* Tim vision-Dazn senza subire discriminazioni rispetto all'acquisto del medesimo pacchetto da parte di un cliente Tim, costituirebbe misura idonea ad impedire l'attività di *pre-emption* da parte di quest'ultima.

15.3. Su tale punto è opportuno precisare che, trasmettendo Dazn unicamente in *streaming*, l'utente che desiderasse fruire dei contenuti calcistici dovrebbe sia disporre della ridetta connessione alla rete, sia di un idoneo dispositivo, quale un pc, uno *smartphone*, un *tablet*, oppure una *smart tv*, sul quale installare l'app Dazn. Il cliente sprovvisto di uno di tali dispositivi avrebbe necessità di procurarsi un *device*, connesso ad *internet*, da collegare con il proprio televisore il quale fungerebbe unicamente da interfaccia grafica per fruire delle dirette sportive (in sostanza, il citato *device* «trasforma» un televisore ordinario, in una *smart tv*). Orbene, come rilevato in precedenza (v. § 13.9.), le pattuizioni del *deal memo* impedivano l'installazione dell'app Dazn sulla gran parte dei *device* che consentono la descritta connessione di una tv ad *internet*: ovviamente, escluso da tale divieto è l'apparecchio di ricezione di Tim (la c.d. *set top box*). Nondimeno, con l'implementazione delle misure volontarie, fermo restando il divieto di installazione dell'app su dispositivi diversi da quelli di Tim (quali ad esempio la Vodafone tv box, Sky Q o Sky glass), Tim avrebbe reso disponibile la propria *set top box* anche a coloro che non risultavano propri clienti, senza operare discriminazioni tra gli acquirenti.

15.4. In aggiunta, evidenziata l'esistenza di una serie di zone del territorio nazionale sfornite di un'adeguata rete in fibra ottica – contingenza che rendeva la fruizione dei contenuti calcistici assai problematica – Dazn si sarebbe impegnata ad attivare un canale digitale terrestre (d.t.t.) di *back up*: all'uopo, però, gli utenti interessati avrebbero dovuto acquistare una *set top box* di Dazn (basata su quella Tim, ma senza le relative personalizzazioni) che sarebbe stata resa disponibile indipendentemente dall'operatore che forniva la connessione *internet*.

15.5. Similmente, anche la sterilizzazione della limitazione di Dazn di proporre sconti e offerte veniva reputata dall'Agcm idonea a neutralizzare il *periculum* allegato con il provvedimento di avvio.

15.6. Dal punto di vista tecnologico, gli impegni di Tim venivano reputati adeguati per superare le perplessità manifestate dall'Agcm in sede di apertura dell'istruttoria: difatti, «Tim si era impegnata a fornire soluzioni di trasporto del segnale multicast, oltre che su *bitstream n.g.a.* [ossia *next generation access*] già previsto dalla regolamentazione vigente e noto da anni agli o.a.o., anche su *v.u.l.a.* [virtual unbundling line access] su tutto il territorio nazionale agli operatori che ne faranno richiesta, e non solo nelle "aree non contendibili". Tale soluzione consentiva agli operatori di erogare e promuovere il proprio servizio alle medesime condizioni disponibili a Tim». Secondo l'Autorità, in tal modo, l'operatore telefonico concorrente avrebbe potuto in parte sfruttare l'infrastruttura di Tim evitando di sovraccaricare la propria: inoltre, disponendo di più d'una rete sarebbe diminuita la probabilità di guasti o malfunzionamenti.

15.7. Al contempo «Dazn si era impegnata a mettere a disposizione degli o.a.o. con quota di mercato, secondo gli ultimi dati dell'osservatorio dell'Agcom, pari a circa il 15 per cento ciascuno, 8 Dazn Edge cache con una capacità di 180 Gbps ciascuna (per gestire quindi sino a 1,4 Tbps di traffico). Inoltre, Dazn si era impegnata a incrementare il numero di cache eventualmente richieste dal singolo o.a.o. sulla base dei dati di traffico effettivo (che verranno condivisi con i singoli o.a.o. su base settimanale), tenendo conto delle medesime proporzioni, come d'intesa con gli o.a.o. e in linea con quanto riflesso nell'atto di indirizzo emanato dall'Agcom, per soddisfare tali esigenze. Nel provvedimento del 27 luglio 2021, n. 29778, l'Autorità ha ritenuto che tali interventi avrebbero dovuto assicurare una fornitura del servizio adeguata, garantendo tanto parità di condizioni fra gli operatori di telecomunicazione quanto adeguati livelli di servizio al consumatore finale».

Tali accorgimenti – comunque non disponibili all'avvio del campionato calcistico di Serie A 2021/2022 – avrebbero garantito un'elevata qualità della fruizione dei contenuti sportivi anche se trasmesse su reti differenti da quelle di Tim.

15.8. Le ridette misure, quindi, venivano reputate tali da impedire la produzione di un danno grave e irreparabile per la concorrenza ipotizzato nell'avvio del sub-procedimento cautelare, con particolare riferimento agli aspetti di possibile *pre-emption* e di realizzazione di condizioni di offerta del servizio discriminatorie. Inoltre, esse venivano ritenute idonee anche ad evitare un pregiudizio per i consumatori finali, sia in termini di libertà di scelta fra le varie alternative disponibili, sia in relazione alla qualità del servizio offerto.

15.9. Nondimeno, alcuni operatori concorrenti segnalavano come Tim avesse proceduto a formulare un'offerta congiunta del servizio *internet* e dell'abbonamento Dazn in violazione delle misure proposte (v. § 15.2.), chiedendo l'adozione di misure cautelari (cui però l'Agcm non dava corso).

16. L'Autorità, quindi, ha proceduto con l'istruttoria – rigettando tra l'altro anche una proposta di impegni (v. provvedimento del 7 giugno 2022) – adottando, in data 12 luglio 2023, il provvedimento conclusivo con cui, rappresentata la contrarietà di alcune clausole del *deal memo* del 27 gennaio 2021 con l'art. 101 Tfue, ha sanzionato le due società del gruppo Dazn (ossia Dazn limited e Dazn media services s.r.l.) nonché Tim, ordinando al contempo di astenersi per il futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata.

16.1. Analizzando nel dettaglio l'atto impugnato, va osservato come l'Agcm abbia escluso in primo luogo la sussistenza di un abuso di posizione dominante da parte di Tim nei confronti degli altri operatori telefonici: invero, sia Fastweb sia Sky avevano ipotizzato una simile infrazione nel mercato della connettività. Nondimeno, l'Autorità ha reputato non configurabile una simile violazione dell'art. 102 Tfue in ragione del mancato riscontro di elementi a sostegno di una condotta unilaterale di Tim, autonomamente valutabile rispetto all'accordo illecito con Dazn.

16.2. Sul *deal memo*, e in particolare sulle clausole restrittive della concorrenza in precedenza illustrate (segnatamente, quella inerente all'esclusiva in favore di Tim), l'Agcm ha evidenziato come esso avesse per oggetto ed effetto quello escludere gli o.a.o. dalla possibilità di replicare le offerte di Tim. Difatti, l'Autorità ha osservato in premessa come i diritti tv per la trasmissione degli incontri calcistici costituiscono un contenuto di primissimo rilievo nell'offerta dei servizi audiovisivi: conseguentemente, la nuova modalità di trasmissione degli stessi esclusivamente (o principalmente) per mezzo dello *streaming online* avrebbe determinato una posizione di assoluto vantaggio concorrenziale in tale mercato per l'operatore che avesse avuto la possibilità di associare alle proprie offerte per la connettività anche la diretta sportiva.

16.3. In tale contesto, le clausole contrattuali che avrebbero riservato a Tim la possibilità di fornire la fruizione dei contenuti calcistici risulterebbero quindi in grado di escludere tutti gli altri operatori di telecomunicazioni: costoro, infatti, non potrebbero in alcun modo offrire un servizio paragonabile (*rectius*, replicabile). In particolare, nell'originaria versione dell'accordo, la sottoscrizione al servizio Tim vision, inclusivo dei contenuti Dazn, era inscindibilmente legata con la disponibilità di una connessione *internet* fornita da Tim, escludendo in tal guisa tutti i clienti di altri operatori concorrenti. Quest'ultima previsione, come già osservato, veniva in parte superata tramite l'implementazione delle misure volontarie, fermo restando che la *set top box* di Tim sarebbe rimasta l'unico dispositivo su cui installare l'app Dazn (possibilità impedita, tra l'altro, sul decoder Sky Q – v. *supra* § 15.3.).

16.4. In aggiunta, l'Agcm ha rilevato come il complesso di pattuizioni del *deal memo* avrebbe determinato un'ulteriore restrizione tecnologica atteso che, da un lato, Dazn non avrebbe avuto alcun incentivo nell'implementazione dell'infrastruttura (provvedendo a ciò in via autonoma Tim) e, dall'altro, gli o.a.o. non avrebbero interesse a sviluppare proprie soluzioni, essendo loro vietato sia installare sui propri dispositivi l'app Dazn sia promuovere con offerte *ad hoc* il servizio Dazn. Inoltre, l'Autorità ha sottolineato come l'intesa avrebbe radicalmente precluso a Dazn qualsiasi distribuzione dei propri contenuti sportivi tramite canali differenti da *live streaming* (es. d.t.h. o d.t.t.) risultando totalmente comprese le opzioni commerciali in relazioni ad altre piattaforme tecnologiche.

16.5. Viepiú, l'Autorità ha evidenziato come solamente il proprio tempestivo intervento nel luglio del 2021 avrebbe evitato conseguenze pregiudizievoli per la concorrenza: particolarmente rilevante, in tale contesto, sarebbero stati sia la parziale sospensione dell'efficacia delle clausole di esclusiva, sia il divieto di ulteriori *partnership* con operatori telefonici concorrenti di Tim. Pertanto, secondo l'Agcm, l'intesa illecita avrebbe avuto una durata limitata all'agosto 2021, con effetti per lo piú potenziali sterilizzati in massima parte dall'attuazione spontanea delle misure presentate durante il sub-procedimento cautelare.

16.6. Per completezza, va osservato come Tim e Dazn abbiano formalizzato, in data 3 agosto 2022, un nuovo accordo (c.d. *distribution agreement*) che ha superato il precedente *deal memo* e che espressamente esclude l'esclusività in favore di Tim (v. in tal senso il punto n. 4 rubricato *non-exclusivity*), riducendo al contempo l'importo corrisposto a titolo di minimo garantito. Immediatamente dopo (il 4 agosto 2022), Dazn ha concluso un accordo con Sky rendendo di nuovo disponibile la propria app sui dispositivi di tale operatore.

17. In ultimo, sempre in punto di fatto, va chiarito come il *deal memo* del gennaio 2021 non abbia rappresentato per Tim un redditizio affare: anzi, appare evidente dallo sviluppo successivo che esso si sia rivelato un investimento con scarsissimo ritorno di utile (circostanza confermata dalla società nel proprio ricorso e non contestata).

17.1. Va precisato come la strategia immaginata dal *management* di Tim (deducibile dal provvedimento e dagli ulteriori atti del fascicolo) era quella di far transitare l'intera clientela che impiegava il canale satellitare per la fruizione dei contenuti calcistici sulla (propria) rete *internet*: in particolare, l'opuscolo informativo distribuito agli investitori nel maggio 2021 rende evidente come nello scenario ipotizzato da Tim un gran numero di utenti Sky avrebbe avuto necessità di munirsi di un'adeguata connessione *internet*, in quanto allo stato sprovvisto. A fronte dell'imposto cambio tecnologico – in quanto a Dazn era precluso in forza del *deal memo* distribuire le dirette calcistiche su piattaforme diverse da quella *internet* – si sarebbe incrementata notevolmente la domanda di connessione in fibra ultraveloce: pertanto, onde evitare che tale domanda potesse essere soddisfatta dai propri concorrenti, Tim decideva di attrarre quanta piú clientela possibile mediante offerte combinate di connessione e di contenuti calcistici, imponendo a Dazn di escludere qualsiasi trasmissione su altri canali (digitale terrestre o satellitare), nonché frapponendo ostacoli economici e tecnologici agli altri operatori.

17.2. Tuttavia, la realtà empirica si è dimostrata diversa. Infatti, a causa (verosimilmente) di un'errata previsione sulle condotte dei consumatori, non si è verificato l'auspicato transito verso le offerte Tim, in quanto la stragrande maggioranza dei clienti Dazn (circa il 70-80%, v. punto 176) acquistava il relativo servizio direttamente dal fornitore: pertanto, la strategia commerciale è risultata poco profittevole per Tim, circostanza inferibile sia dai dati relativi agli abbonamenti, sia dal successivo *distribution agreement* dell'agosto 2022.

18. Ricostruita nei termini anzidetti la vicenda fattuale, è possibile passare all'esposizione delle varie censure spiegate nei cinque ricorsi indicati in epigrafe. Si procederà illustrando prima i ricorsi presentati da Dazn, per poi passare ai motivi del ricorso di Tim, in quanto logicamente prioritari; a seguire, verranno descritte le ulteriori due impugnazioni presentate da Sky e da Fastweb.

19. Principiando dai ricorsi presentati da Dazn limited (13133 del 2023) e Dazn media services (13135 del 2023), va premesso che si procederà una volta sola ad esporre le ragioni di gravame essendo le doglianze identiche nella loro formulazione testuale.

19.1. In particolare, con il primo motivo viene evidenziato come non vi sarebbe alcun nesso di causalità tra la clausola di esclusiva (*rectius*, semi-esclusiva, secondo la terminologia impiegata nel ricorso) e l'infrazione accertata.

Reputando, infatti, quest'ultima coincidente con la vendita in *bundle* del servizio di connessione con quello calcistico, viene osservato che ciò costituirebbe una libera scelta imprenditoriale di Tim non imposta dal *deal memo*.

A corroborare quanto appena affermato, viene precisato come l'infrazione sia stata reputata cessata nell'agosto 2021, ossia un anno prima che venisse superata la clausola di esclusiva: pertanto, al

massimo, illecita potrebbe configurarsi la condotta di Tim, come in una simile fattispecie di abuso di posizione dominante sanzionata di recente dall'Agcm (v. procedimento A524).

19.2. Con la seconda, connessa, doglianza si rappresenta l'impossibilità di qualificare il *deal memo* come intesa vietata *per oggetto*, atteso che – come già osservato – la clausola di esclusiva sarebbe rimasta in vigore ben oltre il termine di accertamento dell'infrazione: pertanto, o la clausola è illecita, e tale dovrebbe rimanere sino all'agosto del 2022, oppure è lecita, e allora non sarebbe configurabile alcuna offesa al bene giuridico neppure nel luglio 2021. Per di più, nella giurisprudenza nazionale ed eurounitaria, le clausole d'esclusiva come quelle del *deal memo* sarebbero sempre state considerate lecite: circostanza che sarebbe confermata dagli esposti scenari controfattuali. Inoltre, neppure potrebbero considerarsi restrittive le clausole tecnologiche: difatti, Dazn non avrebbe avuto interesse a limitare la diffusione del proprio servizio, anzi sarebbe vero il contrario, atteso che il margine di guadagno per Dazn con un cliente «non Tim» sarebbe stato maggiore.

In subordine, parte ricorrente evidenzia un possibile dubbio di compatibilità con il diritto dell'Unione europea: invero, la tesi, asseritamente sostenuta dall'Agcm, della configurabilità di un'intesa, in relazione alla quale sia irrilevante la verifica circa l'oggetto o l'effetto restrittivo della concorrenza, si porrebbe in contrasto con il diritto eurounitario. Conseguentemente, viene chiesto al Collegio di rimettere la questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 Tfu.

19.3. Tramite la terza censura si precisa come il *deal memo* non abbia prodotto alcun effetto anticoncorrenziale né sul mercato della connettività, né su quello della *pay tv*. In particolare, non sarebbero corrette le conclusioni tratte dall'Agcm dall'analisi dei dati sull'incremento delle utenze Tim connesse con fibra ottica (Ftth e Fttc): difatti, da un lato, l'offerta Dazn-Tim sarebbe stata replicabile da altri operatori concorrenti; dall'altro, l'utente avrebbe potuto fruire del servizio Dazn anche senza la connessione Tim. In aggiunta, la crescita della quota di mercato di Tim nelle connessioni ultraveloci (Ftth) sarebbe in linea con il periodo precedente la conclusione del *deal memo*, segno evidente dell'irrelevanza dello stesso. Quanto al mercato dei servizi televisivi, viene evidenziata la sostanziale stabilità degli utenti Tim vision nel periodo di riferimento: più nel dettaglio, la figura 11 del provvedimento evidenzerebbe unicamente un aumento degli abbonati che fruivano anche del pacchetto Dazn, speculare rispetto all'andamento della curva che descrive gli utenti Tim vision senza l'offerta calcistica. Tale peculiare andamento sarebbe riconducibile ad una promozione *ad hoc* di Tim che rendeva disponibile senza costi per un limitato periodo di tempo il servizio Dazn: Tim, poi, non sarebbe riuscita a mantenere tale nuova clientela al termine della prova gratuita, in base a quanto si dedurrebbe dalla lettura delle due curve degli utenti (con e senza Dazn) che apparirebbero perfettamente speculari.

19.4. Con la quarta ragione di gravame si lamenta la mancata esenzione dell'intesa ai sensi del Reg. Ue 2022/720 della Commissione del 10 maggio 2022 (*vertical block exemption regulation* – v.b.e.r.), ovvero del precedente Reg. Ue 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010. Nel dettaglio, il *deal memo* andrebbe qualificato come intesa verticale (o al massimo come accordo di *dual distribution*, ossia verticale con aspetti orizzontali): a tal proposito, erroneo sarebbe il computo delle quote di mercato operato dall'Agcm, atteso che esso andrebbe riferito unicamente al mercato dei servizi audiovisivi, ove le parti, pacificamente, sono presenti con percentuali ben inferiori al 30% previsto dal regolamento europeo. Inoltre, la pattuizione non conterrebbe restrizioni fondamentali della concorrenza: infatti, a Tim non sarebbe stata preclusa la partecipazione alla gara per l'assegnazione dei diritti tv; l'esclusiva pattuita sarebbe poi stata circoscritta a soli tre anni; Dazn avrebbe potuto pacificamente distribuire il proprio servizio con un gran numero di terze parti autorizzate (tra cui giganti economici come Apple, Google, Amazon, Samsung e Sony). In subordine, ove venisse reputato comunque non esentabile un accordo di tal genere, si chiede di rinviare la questione ex art. 267 Tfu alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

19.5. Per mezzo del quinto motivo d'impugnazione parte ricorrente si duole della mancata applicazione dell'esenzione individuale di cui all'art. 101, par. 3 Tfu. In primo luogo viene evidenziato come a fronte del riconoscimento a Dazn di quasi quattrocento milioni di euro l'anno,

qualsiasi razionale operatore economico avrebbe preteso una solida clausola di esclusiva: in altri termini, essa si presenterebbe come *indispensabile*. Inoltre, l'espunzione della clausola di esclusiva nel successivo accordo tra le parti (3 agosto 2022) sarebbe circostanza irrilevante, atteso che la nuova pattuizione avrebbe previsto un minimo garantito da parte di Tim molto inferiore (circa cinquanta milioni di euro l'anno): la ragione di questa revisione al ribasso sarebbe da rinvenire nell'essere tale accordo intervenuto *dopo* l'assegnazione dei diritti tv. Quanto alle altre condizioni normative, si evidenzia che le prescrizioni del *deal memo* risulterebbero indispensabili per aumentare la concorrenza nel mercato delle *pay tv* «rompendo» il quasi monopolio ventennale di Sky e consentendo così una migliore possibilità di scelta ai consumatori (non più legati alle politiche di *lock in* dell'*ex incumbent*). Sul mercato della connettività, invece, le quote dei primi quattro operatori non sarebbero mutate nel periodo di riferimento (attestandosi poco sopra il 20% ciascuno), segno evidente della non eliminazione della concorrenza. In sintesi, l'accordo avrebbe fornito guadagni d'efficienza (mediante l'impiego di una nuova tecnologia) e riservato una parte di utile ai consumatori (non più onerati dell'installazione di parabole satellitari e dell'acquisto di un *decoder*). Anche in questo caso, viene formulata, in via subordinata, un'istanza di rinvio alla Corte di giustizia dell'Unione europea per l'ipotesi che il Tribunale dubiti della corretta interpretazione e applicazione dell'esenzione prevista dall'art. 101, par. 3 Tfu.

19.6. Con la sesta censura si deduce la sproporzione della sanzione, quasi dieci volte superiore a quella comminata a Tim, pur essendo quest'ultima la principale beneficiaria dell'intesa.

19.7. Tramite la settima doglianza si rappresenta l'erronea base di calcolo impiegata per liquidare la sanzione pecuniaria, non potendo essa essere fondata anche sul minimo garantito, non rappresentando quest'ultimo una vendita. Al contempo, tra le vendite rilevanti ai fini del calcolo della sanzione andrebbero annoverate solamente quelle concluse per mezzo di Tim vision e non anche tutte quelle di Dazn nel periodo d'interesse.

19.8. Con l'ottavo motivo (ultimo del ricorso 13133 del 2023) viene lamentata la mancata applicazione delle attenuanti per la collaborazione e per il ruolo marginale di Dazn nell'intesa.

19.9. Tramite la nona censura (esposta unicamente nel ricorso 13135 del 2023) si evidenzia l'erroneo coinvolgimento di Dazn media services, società non facente parte del *deal memo*.

19.10. In ultimo, con il decimo motivo (afferente solamente al ricorso 13135 del 2023) si lamenta il superamento del massimo edittale della sanzione pecuniaria nei confronti di Dazn media services.

20. Passando all'impugnazione spiegata da Tim (ricorso iscritto al numero di registro generale 14028 del 2023), va rilevato come vengano spiegati sei motivi.

20.1. In particolare, con il primo si denuncia la violazione dell'art. 14, comma 2, l. 24 novembre 1981, n. 689, in quanto sarebbero trascorsi più di novanta giorni tra l'accertamento della violazione e la comunicazione dell'atto di avvio dell'istruttoria. Difatti, ipotizzando come *dies a quo* la prima segnalazione pervenuta all'Autorità (datata 21 febbraio 2021) sarebbe chiaro che l'avvio (6 luglio 2021, ossia 135 giorni dopo) vada considerato tardivo.

20.2. Tramite la seconda doglianza viene lamentata la mancata esenzione dell'accordo, qualificabile come intesa verticale ai sensi del citato reg. v.b.e.r. In particolare, Tim e Dazn – contrariamente all'opinione dell'Agcm – non sarebbero società in concorrenza tra loro, bensì collocate su due livelli verticalmente differenti della distribuzione dei contenuti audiovisivi. In aggiunta, il *deal memo* non conterrebbe restrizioni fondamentali, bensì solo quelle *indispensabili*: invero, non potrebbero qualificarsi gravi restrizioni quelle concernenti la possibilità di operare sconti (altrimenti l'Agcm avrebbe dovuto sanzionare le società per la creazione di un cartello di fissazione dei prezzi), né l'esclusione dalla partecipazione di Tim alla gara per l'assegnazione dei diritti tv (circostanza che avrebbe imposto la contestazione di costituzione di un raggruppamento temporaneo di imprese c.d. *sovraabbondante*). Inoltre, erroneo sarebbe il calcolo della posizione di mercato, atteso che nessuna delle parti deterrebbe quote superiore al 30% dell'offerta *pay per view*.

20.3. Con la terza censura si rappresenta come l'accordo non possa qualificarsi come intesa vietata *per oggetto*. Invero, il *deal memo* non avrebbe creato un'esclusiva piena in favore di Tim, in quanto, da una parte, Dazn sarebbe rimasta libera di commercializzare la propria offerta direttamente (ovvero tramite alcune terze parti autorizzate come Amazon, Apple e Google) e,

dall'altra, il contestato *hard bundle* (ossia l'acquisto congiunto di servizi televisivi e di connessione) avrebbe costituito una mera facoltà concessa a Tim che ben avrebbe potuto vendere il servizio *à la carte*.

Inoltre, l'intesa non sarebbe qualificabile come restrittiva *per oggetto* in quanto non diretta a fissare i prezzi, a manipolare le offerte, a limitare la produzione, a ripartire i mercati, a ridurre la capacità, a favorire lo scambio di informazioni sensibili, né finalizzata al boicottaggio collettivo o al *bid-rigging*: queste, infatti, sarebbero le uniche restrizioni *hardcore* desumibili dalla giurisprudenza nazionale ed eurounitaria. Difatti, a ben vedere, le previsioni del *deal memo* sarebbero state dirette unicamente a tutelare l'investimento di Tim portando così all'ampliamento della concorrenza nel mercato rilevante: circostanza che avrebbe determinato un immediato vantaggio per la Lega nazionale Serie A che incassava oltre cento milioni di euro in più rispetto all'offerta formulata da Sky (operatore economico che presentava la seconda miglior offerta). Inoltre, l'assegnazione dei diritti ad un operatore non verticalmente integrato e che impiegava una diversa piattaforma di trasmissione (ossia il *live streaming*) costituirebbe un auspicabile obiettivo concorrenziale che l'accordo Tim-Dazn avrebbe consentito di raggiungere. D'altro canto, l'esame degli ipotetici scenari controfattuali dimostrerebbe come in assenza di accordo si sarebbe perpetuata l'assegnazione all'*incumbent* Sky, dato che Dazn non avrebbe avuto a disposizione le risorse necessarie per presentare un'offerta migliore della società concorrente.

Viene poi evidenziato come la possibilità di offrire contenuti sportivi *premium* (quali le dirette degli incontri di Serie A) non costituirebbe un particolare volano per gli operatori di telecomunicazioni quale Tim: ciò dimostrerebbe, contrariamente alle ricostruzioni dell'Autorità, la replicabilità dell'offerta da parte degli altri operatori.

Vengono poi rilevati una serie di errori nel provvedimento, quale il divieto per Dazn di operare sconti: sul punto, in particolare, si rappresenta come, prima ancora che tale clausola potesse avere un principio di esecuzione, le parti decidevano di non darvi corso impegnandosi ad attuare le misure volontarie.

Quanto alla disponibilità dell'app Dazn, la società ricorrente osserva come essa sia scaricabile e fruibile su un gran numero di dispositivi ulteriori rispetto alla *set top box* di Tim (es. pc, *smartphone*, *tablet*, *smart tv*). Similmente, in relazione al precedente rapporto contrattuale intercorrente tra Dazn e Vodafone, il *deal memo* avrebbe unicamente precisato la portata dei reciproci obblighi di modo da non pregiudicare gli impegni nascenti dalla *partnership*. Infine, quanto alle clausole tecnologiche, Tim evidenzia l'assenza totale di motivazione sul punto: invero, non sarebbe chiarito in che modo l'accordo avrebbe pregiudicato gli o.a.o. Per giunta, tre quarti degli abbonati Dazn non risulterebbe proveniente da Tim, sicché sarebbe palese come gli altri operatori non abbiano subito alcun danno dal *deal memo*.

20.4. A mezzo del quarto motivo viene rappresentata l'assenza di effetti anticoncorrenziali discendenti dal *deal memo*: invero, anche ammettendo che l'illiceità possa conseguire ad effetti *meramente potenziali*, sarebbe comunque necessario dimostrare che essi siano *sufficientemente sensibili*, circostanza che non si sarebbe verificata nel caso in esame. A tal proposito viene evidenziato come irrilevante sarebbe stato l'intervento dell'Agcm nel luglio 2021, poiché gran parte della clientela che Tim puntava a conquistare si era già abbonata direttamente a Dazn per via di una promozione da quest'ultima operata nel giugno 2021. Nel mercato della connettività, inoltre, la necessità di una connessione *internet* per la fruizione dei contenuti calcistici avrebbe determinato un aumento delle relative richieste che si sarebbero distribuite in maniera eguale tra tutti gli operatori: in particolare, nel segmento FttH l'incremento della quota di mercato sarebbe totalmente svincolato dalla conclusione del *deal memo*, come emergerebbe dall'analisi dei dati operata nel ricorso. Viepiù, la maggior parte degli utenti che sottoscrivevano il *bundle* Tim vision-Dazn erano clienti mobili, ossia relativi ad un segmento di mercato non indagato dall'Agcm.

Infine, nel mercato della *pay tv* la sostanziale stabilità dei clienti Tim vision sarebbe dovuta non – come allegato dall'Autorità – ad un effetto sostituzione, bensì ad una dinamica di *upselling* (ossia già clienti che aggiungevano un ulteriore contenuto al proprio abbonamento). In altre parole, non si sarebbe assistito ad un incremento delle vendite del servizio Tim vision, né a nuovi né a precedenti

utenti Tim: tanto che la stessa società avrebbe dovuto ammettere, già a settembre 2021, di ricavare una marginalità ampiamente negativa dall'accordo con Dazn.

20.5. Tramite la quinta ragione di gravame si chiarisce come l'intesa avrebbe dovuto essere qualificata come esentabile ai sensi dell'art. 101, par. 3 Tfu: invero, essa avrebbe determinato un incremento dell'efficienza (circostanza non contestata dall'Agcm), riservando agli utilizzatori di una congrua parte dei benefici (in quanto i consumatori avrebbero avuto a disposizione un più ampio ventaglio di opzioni di acquisto delle trasmissioni calcistiche), nonché limitando le restrizioni al minimo indispensabile, senza eliminare del tutto la concorrenza.

20.6. Infine, con l'ultimo motivo viene contestato l'importo della sanzione, reputato erroneamente quantificato.

21. Passando al ricorso presentato da Sky (13899 del 2023) va osservato come esso abbia per *petitum* immediato l'annullamento del provvedimento gravato: tuttavia, come chiarito anche durante la discussione orale, il fine ultimo della società è di ottenere un ripronunciamento dell'Autorità, reputando la decisione impugnata non conforme al parametro normativo. In altre parole, la richiesta è di una sentenza che ordini, quale effetto conformativo, una riedizione del potere: più precisamente, si auspica che in tale ultima sede si estenda l'accertamento dell'illiceità della condotta di Tim e Dazn oltre il perimetro definito dall'atto in questa sede contestato.

21.1. Nel dettaglio, con la prima censura si rappresenta l'illegittima restrizione dell'oggetto dell'indagine dell'Agcm: invero, non solo le rammentate clausole di esclusiva, bensì l'intero *deal memo* (comprensivo della sua genesi, degli obiettivi perseguiti, del contesto e delle posizioni di mercato) costituirebbe evidenza dell'illecita intesa tra le parti: circostanza, peraltro, evidenziata dalla comunicazione delle risultanze istruttorie della stessa Autorità. In particolare, non sarebbe stato approfondito il complesso delle conseguenze derivanti dall'intesa come, ad esempio, l'espunzione del contenuto calcistico sia dal canale satellitare, sia dal digitale terrestre, creando così un'offerta necessariamente veicolata attraverso *internet*: ciò avrebbe determinato un notevole peggioramento della qualità del servizio (rendendosi palesi tutti i notevoli limiti tecnologici di una tale soluzione), un crollo della domanda e un incremento dei costi. Inoltre, l'esclusività delle offerte determinerebbe tuttora il perdurare dell'impossibilità per Sky di replicare le offerte di Tim.

21.2. Tramite la seconda doglianza si evidenzia la contraddittorietà tra la comunicazione delle risultanze istruttorie e il provvedimento finale in relazione all'idoneità delle misure volontarie a determinare la cessazione dell'illecito: in aggiunta, viene denunciato come la violazione delle stesse da parte di Tim (come segnalato da alcuni concorrenti) costituirebbe evidenza dell'illogicità della decisione di considerare cessata l'infrazione nell'agosto 2021. In particolare, viene rilevato come le misure attuate da Tim e Dazn non avrebbero riguardato il mercato della *pay tv*, pur evidenziando la contestazione iniziale l'incidenza dell'intesa su tale settore.

Si rappresenta, poi, come gli impegni (ai sensi dell'art. 14-ter l. 287/1990) presentati dalle imprese fossero – sostanzialmente – assimilabili alle misure volontarie: conseguentemente, incomprensibile sarebbe il loro rigetto, se al contempo l'Agcm ha reputato terminata l'infrazione con l'implementazione delle misure volontarie.

Allo stesso modo, considerare l'accordo dell'agosto 2022 una circostanza attenuante determinerebbe un cortocircuito logico, atteso che la sanzione è, nel provvedimento, riferita ad una condotta illecita già cessata un anno prima.

Similmente, la clausola di esclusiva avrebbe cessato di avere efficacia solamente il 3 agosto 2022 (con la sottoscrizione del nuovo accordo tra Tim e Dazn), sicché solo da tale momento andrebbe considerata definitivamente conclusa l'illecita restrizione concorrenziale.

21.3. Infine, con l'ultimo motivo si evidenzia come anche il *distribution agreement* avrebbe effetti anticoncorrenziali, poiché Dazn sarebbe disincentivata alla conclusione di *partnership* con operatori terzi, atteso che ciò ridurrebbe la quota di minimo garantito versata da Tim. Inoltre, le evidenze empiriche fornite dal concreto operare del successivo accordo Dazn-Sky dimostrerebbero la perdurante impossibilità di replicare l'offerta Tim e, quindi, la continuazione di attività anticoncorrenziali.

22. In ultimo, anche il ricorso di Fastweb (13786 del 2023), sulla falsariga di quello di Sky, mira ad un annullamento del provvedimento al fine di compulsare l'Autorità al legittimo riesercizio delle proprie attribuzioni.

22.1. Con il primo motivo si evidenzia il contrasto tra le emergenze istruttorie e il provvedimento finale. In particolare, dalle prime emergerebbe pacificamente che le misure volontarie non avrebbero fatto venir meno tutte le conseguenze pregiudizievoli discendenti dall'esclusiva in favore di Tim: difatti, l'intesa illecita è strettamente legata alla clausola d'esclusiva che avrebbe prodotto effetti sin dal gennaio 2021 cessando solo con l'accordo del 3 agosto 2022 che definitivamente la rimuoveva dalle pattuizioni tra le parti. Nondimeno, l'Agcm circoscriveva la pratica anticoncorrenziale al periodo tra il 1° luglio e l'agosto 2021: tale conclusione sarebbe in contrasto anche con la decisione di rigetto degli impegni che, in larga misura, coinciderebbero con le misure volontarie attuate da Tim e Dazn.

22.2. Tramite la seconda ragione di gravame si evidenzia come le misure volontarie non sarebbero in alcun modo in grado di superare le discriminazioni tecnologiche: difatti, gli accorgimenti di Tim e Dazn – al di là dei tempi di implementazione, su cui anche l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) avrebbe espresso le proprie riserve – non consentirebbero di trasmettere i contenuti calcistici con la medesima qualità del servizio offerto da Tim, in quanto le soluzioni proposte non sarebbero sufficienti per gestire la mole di dati necessari dagli utenti di Dazn.

22.3. Per mezzo della terza censura viene denunciata la violazione delle misure volontarie da parte di Tim: debitamente segnalate, l'Agcm non avrebbe in alcun modo sanzionato tale condotta, risultando così l'azione repressiva contraddittoria e illogica.

22.4. Il quarto motivo, poi, è rivolto avverso la valutazione dell'accordo dell'agosto 2022 il quale, secondo Fastweb, non sarebbe idoneo ad eliminare gli effetti negativi del *deal memo*: difatti, sebbene privato della clausola d'esclusiva, tramite il *distribution agreement* perdurerebbero in concreto gli effetti di *lock-in* delle precedenti offerte contrattuali (risultando gli utenti vincolati con Tim per periodi sino a 48 mesi), nonché sussisterebbero ancora incentivi economici affinché Dazn a non concluda accordi con terzi operatori. A fronte di tali rilievi, il provvedimento gravato sarebbe inoltre illogico nel retrodatare la cessazione dell'infrazione all'agosto 2021.

22.5. Con la quinta doglianza viene censurato il provvedimento nella parte in cui non avrebbe accertato e sanzionato Tim per il denunciato abuso di posizione rilevante (art. 102 Tfue): invero, acquistando l'esclusiva sui diritti tv, la società avrebbe agito per danneggiare i propri concorrenti nel mercato delle telecomunicazioni.

22.6. Con l'ultimo motivo, infine, Fastweb reputa illegittima (per difetto) la sanzione pecuniaria comminata dall'Autorità.

23. Conclusa l'esposizione delle doglianze spiegate nei vari ricorsi, va preliminarmente disposta la riunione delle cinque impugnazioni: difatti, esse hanno tutte ad oggetto il medesimo provvedimento (sebbene lo contestino sotto diverse angolazioni), risultando quindi tra loro collegate, di guisa da rendere opportuna una trattazione unitaria.

23.1. Inoltre, i ricorsi possono essere divisi in due gruppi (da un lato Tim e Dazn, dall'altro Sky e Fastweb) che si caratterizzano, rispettivamente, per la formulazione di censure sovrapponibili: conseguentemente, si procederà al loro scrutinio accorpando le doglianze similari, di modo da evitare ripetizioni.

24. Va poi osservato come, prima di affrontare lo scrutinio delle cinque impugnazioni, debbano essere spese alcune considerazioni di ordine generale sul potere esercitato dall'Autorità per mezzo del provvedimento gravato: ciò, infatti, risulta anche funzionale al successivo esame dei ricorsi.

24.1. Orbene, come la Sezione ha già avuto modo di chiarire (v. Tar Lazio, sez. I, 18 luglio 2022, n. 10148), l'azione svolta dall'Agcm ai sensi dell'art. 15 l. 287/1990 rientra nella categoria dei procedimenti c.d. «sanzionatori esecutivi». Difatti, i provvedimenti dell'Autorità non hanno solamente finalità *lato sensu* retributive (o afflittive), bensì anche di conformazione dell'attività economica privata, risultando anzi quest'ultimo scopo addirittura prioritario: invero, l'art. 15 l. 287/1990 (rubricato «diffide e sanzioni») prevede come primo obiettivo dei provvedimenti

dell'Agcm sia il ristabilire la concorrenzialità del mercato, risultando la sanzione pecuniaria assumere invece carattere succedaneo ed eventuale.

24.2. Conseguentemente, il potere esercitato dell'Autorità è (in primo luogo) di natura ablatoria personale, essendo attribuito per eliminare la turbativa dell'interesse pubblico causato dall'infrazione: quest'ultima, in altre parole, viene in rilievo in quanto oggettivamente (anche solo in potenza, come nel caso in esame) lesiva del corretto funzionamento del mercato. Pertanto, l'atto conclusivo dell'istruttoria deve qualificarsi (anche) come «ordine repressivo»: difatti, una volta accertata la menzionata infrazione, l'Agcm potrà imporre (*rectius*, ordinare) quelle misure reputate idonee a rimuovere le cause (nonché le conseguenze) della turbativa, anche mediante la semplice prescrizione di non ripetizione della condotta. Appare evidente, dunque, come l'intervento dell'Agcm nei termini descritti vada qualificato come di *amministrazione attiva*, atteso che esso è finalizzato alla cura diretta dell'interesse pubblico alla concorrenzialità del mercato.

24.3. Nondimeno, essendo al contempo comminata una sanzione amministrativa pecuniaria, va rilevato come il provvedimento conclusivo, nel caso in esame, riunisca in un unico atto l'esercizio di due distinte potestà, ambedue repressive: da un lato quella sanzionatoria *stricto sensu* (o pura); dall'altro, quella ablatoria costringitiva.

24.4. Tale duplicità determina, in capo ai soggetti destinatari del provvedimento, una scomposizione delle posizioni giuridiche soggettive: difatti, a fronte dell'esercizio del potere sanzionatorio puro, il privato è titolare di un *diritto soggettivo* (v. Tar Lazio, sez. I, 23 agosto 2023, n. 13410); viceversa, contrapposto all'ordine repressivo vi è un *interesse legittimo*.

24.5. A corroborare la ricostruzione giuridica del potere esercitato dall'Agcm, risulta calzante il richiamo all'art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a. che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione su «*tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori [...] dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*»: invero, in linea con la giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204), la devoluzione della cognizione in sede di giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo risulta costituzionalmente legittima solo ove essa concerne *particolari materie* caratterizzate dall'esercizio, anche mediato, di un potere pubblico ovvero dalla commistione di differenti posizioni giuridiche soggettive che giustificano (razionalmente) la scelta legislativa di concentrazione delle tutele presso un unico giudice (v. Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191).

25. Svolta questa doverosa premessa, va evidenziata un'altra circostanza che emerge immediatamente dalla lettura del provvedimento, ossia la sua intrinseca contraddittorietà. Difatti, come verrà esposto nel prosieguo con maggior precisione, l'Autorità, da un lato, evidenzia alcune circostanze che avrebbero leso la concorrenza, ma, dall'altro, non trae le logiche conclusioni (ciò vale in particolare per la valutazione della clausola di esclusiva).

25.1. Verosimilmente, tale contrasto tra premesse e conclusioni è da imputare all'appurata antieconomicità dell'intesa per Tim che (come già rilevato in precedenza) non ha ottenuto importanti incrementi nei ricavi dall'accordo con Dazn. Tuttavia, va precisato come la mancanza di un profitto immediato discendente dall'intesa non costituisca prova della sua liceità: invero, il guadagno economico diretto non è annoverato tra gli elementi costitutivi della fattispecie *antitrust* vietata (altrimenti il c.d. *dumping* – ossia la vendita sottocosto – non potrebbe essere mai sanzionato). Anzi, il caso in esame potrebbe essere descritto quasi come paradigmatico per dimostrare come una pratica anticoncorrenziale sia in grado di distruggere valore invece che crearlo.

26. Operate tali ulteriori precisazioni, può passarsi all'esame dei primi tre ricorsi presentati dalle società sanzionate (Dazn e Tim) che, stante la sostanziale similitudine di alcune delle censure spiegate, possono essere trattati congiuntamente.

26.1. In particolare, attesa la natura assorbente della doglianza, deve affrontarsi inizialmente il primo motivo del ricorso di Tim, con cui si lamenta il tardivo avvio del procedimento istruttorio.

26.2. Orbene, sul punto, va dato atto dell'esistenza di due distinti orientamenti in seno alla giustizia amministrativa: un primo e più risalente indirizzo non reputa pienamente applicabile al procedimento istruttorio dell'Agcm la l. 689/1981, essendo l'osservanza della citata legge di depenalizzazione (prevista dall'art. 31 l. 287/1990) circoscritta a quelle disposizioni «*in quanto applicabili*» (v. Cons. Stato, sez. VI, 21 dicembre 2021, n. 8492).

26.3. Viceversa, un più recente indirizzo pretorio – che appare anche consolidarsi – prevede la diretta applicabilità delle disposizioni della l. 689/1981 anche ai procedimenti delle Autorità amministrative indipendenti (salvo deroghe espressamente previste), atteso che la legge sulla depenalizzazione detta regole generali valevoli per ogni procedimento amministrativo al cui esito viene irrogata una sanzione pecuniaria (v. Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8505). Nondimeno, si precisa che il termine di novanta giorni, previsto dall'art. 14, comma 2, l. 689/1981, è riferito alla comunicazione di avvio del procedimento (cfr. Tar Lazio, sez. I, 24 marzo 2022, n. 3335): quanto al *dies a quo*, esso va individuato non nel momento in cui la violazione si verifica, bensì in quello in cui l'amministrazione la «accerta», ossia ha raccolto gli elementi conoscitivi necessari per formulare la contestazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8503; similmente, nella giurisprudenza ordinaria, v. Cass., sez. II, ord., 25 ottobre 2019, n. 27405).

26.4. Ciò premesso, il Collegio osserva come, nel presente giudizio, indipendentemente dall'indirizzo giurisprudenziale sposato, l'Autorità ha avviato tempestivamente l'istruttoria, atteso che ha preso piena cognizione del fatto illecito solo in data 23 giugno 2021 (allorquando le è stata fornita copia del *deal memo*), avviando il procedimento il successivo 6 luglio 2021 (13 giorni dopo).

26.5. Conseguentemente, non appare necessario neppure disporre la sospensione impropria del processo in attesa del pronunciamento della Corte di giustizia dell'Unione europea, investita sul punto proprio da questa Sezione (v. Tar Lazio, sez. I, ord., 1° agosto 2023, n. 12962 – causa C-511/23 tuttora pendente): difatti, anche nell'ipotesi in cui venisse confermata la piena compatibilità dell'art. 14 l. 689/1981 con il diritto eurounitario, la censura formulata da Tim andrebbe comunque respinta in quanto infondata, non essendo spirato il termine di novanta giorni previsto dalla legge.

27. Può ora passarsi all'esame dei primi tre motivi dei ricorsi Dazn unitamente al terzo e quarto motivo del ricorso Tim, che concernono tutti la natura dell'intesa e la sua qualificazione come restrizione *per oggetto* o *per effetto*.

27.1. I motivi sono tutti infondati.

27.2. In primo luogo, va ribadito come l'intesa sia stata correttamente qualificata dall'Autorità come restrittiva *per oggetto*, atteso che lo scopo precipuo dell'accordo era pacificamente quello di escludere una serie di concorrenti sia dal mercato della *pay tv* sia da quello delle telecomunicazioni.

27.3. All'uopo, assai rilevante è l'opuscolo informativo (prodotto da Sky) presentato da Tim agli investitori nel maggio 2021, ove si palesava la sua strategia commerciale: infatti, la *partnership* con Dazn avrebbe eliminato la trasmissione dei contenuti calcistici dal canale satellitare e dal digitale terrestre generando così un notevole incremento della domanda di connessioni *internet* in fibra ultraveloce.

27.4. La titolarità esclusiva nella trasmissione dei ridetti contenuti avrebbe dovuto quindi attrarre la clientela in uscita da Sky, fornendole un servizio combinato, in relazione al quale i diritti tv avrebbero agito come mezzo di aggancio: possibilità preclusa a tutti gli altri operatori telefonici che, invece, avrebbero potuto offrire solo il servizio di connettività (comunque indispensabile per la fruizione del servizio Dazn).

27.5. Similmente, quanto al mercato della *pay tv*, la clausola di esclusiva che precludeva a Dazn di trasmettere su canali diversi dalla rete *internet* aveva l'evidente scopo di impedire la distribuzione del servizio tramite satellite e digitale terrestre: in tal modo, gli operatori di questi mercati non avrebbero avuto alcuna possibilità di sfruttare la leva commerciale rappresentata dai contenuti calcistici e Tim si sarebbe avvantaggiata della maggiore domanda di connessioni in fibra.

27.6. Orbene, se è lecito tentare di conquistare nuova clientela, appare evidente che tale obiettivo non può essere perseguito mediante tecniche che, come quelle appena descritte, escludano dal mercato i concorrenti: sul punto, assai indicativa è la *slide* n. 6 del documento appena citato, che evidenzia come il passaggio dei diritti calcistici da Sky a Dazn abbia determinato anche la riduzione degli operatori telecomunicazioni *partner* dell'assegnatario dei diritti tv da quattro a uno.

27.7. In ogni caso, va osservato come l'Agcm abbia comunque fornito piena prova degli effetti (quanto meno potenziali) di natura anticoncorrenziale dell'intesa. In merito a ciò, Tim, nel proprio ricorso, non distingue la potenzialità offensiva dell'intesa con le concrete conseguenze verificatesi: invero, la circostanza che solo un numero limitato di clienti avesse aderito all'offerta in *bundle* non

costituisce prova dell'assenza di pregiudizio alla concorrenza, trattandosi di un'evenienza discendente dall'attività di *pre-emption* di Dazn, ossia posta in essere prima dell'entrata in vigore del *deal memo* (come già osservato *supra* §§ 17 ss. e § 20.4.). Difatti, l'Agcm ha evidenziato, in maniera logica e coerente, come le pattuizioni descritte in precedenza avrebbero potuto impattare sulle scelte dei consumatori, risultando tali paventati pericoli in parte sterilizzati anche dal tempestivo intervento cautelare.

27.8. Ciò premesso, va rilevato come Tim abbia comunque beneficiato di un incremento tra il [10-20%] dei clienti «fibra», segno tangibile di come sia aumentato il numero di utenze: il fatto che una buona parte già fosse cliente di Tim risulta irrilevante, atteso che il passaggio alla nuova tecnologica rappresenta una diretta conseguenza della modalità di trasmissione dei contenuti calcistici che necessitano di una connessione più performante. Per giunta, in tal modo Tim è divenuto il primo operatore in Italia nella fornitura della connessione FttH (era il quarto nel giugno 2021) con un tasso di crescita del numero di accessi di oltre il 70% nel periodo giugno 2021-settembre 2022: il tutto mantenendo ferma l'assoluta dominanza (oltre il 40%) nel segmento FttC. Sul punto, va precisato come l'Agcm abbia considerato l'intesa cessata nell'agosto 2021, sicché questi dati sarebbero in realtà riferiti ad un periodo successivo all'infrazione: nondimeno, come si avrà modo di puntualizzare in seguito (segnatamente, in sede di esame dei ricorsi di Sky e Fastweb), la contraddittorietà della motivazione sul punto impone di considerare l'aumento della clientela nel più ampio orizzonte temporale analizzato nel provvedimento (v. punti 129 ss.).

27.9. In aggiunta, un operatore telefonico concorrente costituitosi in giudizio ha evidenziato come sin dalla conclusione del *deal memo* Dazn abbia cessato qualsiasi rapporto negoziale, interrompendo altresì bruscamente le trattative (avviate nell'autunno 2020) per un eventuale accordo di distribuzione, riprese solamente a seguito della stipulazione del *distribution agreement* del 3 agosto 2022: a tal proposito assai pertinenti sono le argomentazioni spese da Wind Tre nella propria memoria (v. punto 3.3.) circa l'immediata efficacia anticoncorrenziale dell'accordo del 27 gennaio 2021. Similmente, Sky ha elencato una serie di effetti negativi per il mercato discendenti dall'intesa: difatti, si sarebbe assistito ad un aumento del prezzo del servizio, ad una riduzione delle opzioni di scelta per i consumatori, alla diminuzione dell'*audience*, nonché al peggioramento della qualità delle trasmissioni (v. pagg. 18 s. memoria Sky).

27.10. Sempre su questo tema, va rilevato come il *deal memo* abbia inciso anche su un precedente contratto con un operatore telefonico concorrente di Tim (cioè Vodafone), che aveva in passato concluso un accordo di distribuzione con Dazn. A tal proposito, non condivisibile è l'argomentazione di Tim secondo cui Dazn avrebbe liberamente deciso di risolvere o limitare tale accordo in ragione di un'autonoma valutazione di convenienza economica: difatti, risulta di solare evidenza come la condotta di Dazn, peraltro imposta dall'accordo del 27 gennaio 2021, fosse indirizzata ad escludere gradualmente dal mercato un pericoloso concorrente. Appare utile rammentare che anche Vodafone è recentemente «entrata» nel segmento della *pay tv* offrendo un servizio assai simile a quello di Tim vision: il riferimento è alla c.d. Vodafone tv, per la quale il consumatore riceve altresì un apposito *decoder*, la già citata Vodafone tv box.

27.11. A fronte di tali osservazioni, le difese delle società ricorrenti non risultano convincenti. Infatti, definire la clausola censurata dall'Agcm come di *esclusiva* (come da rubrica della *section F* del *deal memo*, appunto intitolata *exclusivity*), ovvero di *semi-esclusiva* (secondo quanto invece proposto nelle impugnazioni dalle società interessate), risulta sostanzialmente irrilevante, atteso che si tratta di mero artificio dialettico. Difatti, le conseguenze di tale pattuizione – come già osservato – sono palesemente anticoncorrenziali, considerato che esse impedivano a Dazn di concludere accordi di distribuzione con terzi operatori (peraltro, nominativamente individuati in due elenchi allegati): appare chiaro, dunque, che l'accordo poneva Tim in una posizione di assoluta prevalenza rispetto ai propri concorrenti, essendo l'unica impresa di telecomunicazioni a poter offrire alla propria clientela un servizio di altissima attrattiva come la visione del campionato di calcio di Serie A.

27.12. La circostanza che anche i clienti di altre compagnie telefoniche potessero acquistare il servizio Dazn direttamente da tale impresa non induce ad una diversa valutazione della clausola: difatti, risultando precluso formulare offerte congiunte (*bundle*) come quelle di Tim, gli o.a.o. non avrebbero

in alcun modo potuto sfruttare come mezzo attrattivo i contenuti calcistici. Difatti, pur disponendo della tecnologia necessaria per la fruizione del servizio Dazn (ossia la connettività), gli operatori telefonici non erano autorizzati a promuovere un'offerta comprensiva delle dirette calcistiche: peraltro, si è trattato di una netta deviazione dalla prassi contrattuale precedente che vedeva differenti combinazioni di offerte fornite da distinti e concorrenti operatori telefonici.

27.13. In aggiunta, va osservato come l'esclusiva non avrebbe neppure consentito agli o.a.o. l'installazione dell'app Dazn sui propri dispositivi. A tal proposito appare opportuno rammentare che l'utente sprovvisto di idoneo dispositivo televisivo, cioè abilitato alla connessione *internet* (quale una *smart tv*) ovvero di altri strumenti che consentono di «trasformare» in tal guisa un'ordinaria televisione (quali l'Amazon fire stick o similari), risultava impossibilitato alla visione dei contenuti Dazn, potendo procedervi solamente con *device* informatici (come ad esempio *pc*, *smartphone*, *tablet* etc...): infatti, in forza del *deal memo*, l'unico apparato di ricezione collegato stabilmente alla tv abilitato all'installazione dell'app Dazn sarebbe stato la *set top box* di Tim vision (esclusi erano ad esempio i ricevitori Sky Q o Tivúsat). Orbene, appare evidente che in tal guisa il cliente non in possesso di una *smart tv* si sarebbe trovato di fronte alla scelta tra l'acquisto di un nuovo televisore e l'uso dei dispositivi di Tim (può considerarsi pacifico che la visione di una partita di calcio dal televisore sia esperienza diversa da quella tramite *pc* o *tablet*): pertanto, anche sotto tale profilo risulta evidente come l'accordo fosse diretto a indirizzare il cliente verso l'acquisto congiunto, di guisa da rendere il *decoder* Tim l'unico strumento impiegato per fruire di tutti i contenuti audiovisivi.

27.14. Conseguentemente, se è corretto affermare che l'*hard bundle* non fosse una scelta imposta dal *deal memo*, appare evidente che la strategia commerciale puntasse sullo stesso al fine di aumentare la clientela Tim: difatti, rendendo difficoltosa la fruizione dei contenuti Dazn svincolata dai servizi Tim, l'utente sarebbe stato indotto a rivolgersi prioritariamente a tale operatore, soprattutto considerando che l'offerta prevedeva, con un'unica bolletta, una serie di servizi (c.d. *triple play*) a prezzi inferiori rispetto a quelli di regola praticati separatamente sul mercato. A corroborare tale assunto vale osservare come l'Agcm fin dall'avvio del procedimento rilevava una notevole criticità concorrenziale nelle offerte *hard bundle*: infatti, poco dopo, tra le misure volontarie implementate da Tim e Dazn vi era proprio l'astensione dalle offerte di tal specie.

27.15. Pertanto, fallaci sono le argomentazioni difensive che fanno leva sull'assenza del nesso di causalità tra clausola di esclusiva e infrazione *antitrust*: invero, come sinora evidenziato, risulta manifesto il collegamento eziologico tra la condotta descritta e i pregiudizi anticoncorrenziali.

27.16. Passando all'osservazione del mercato della *pay tv*, va rilevato come anche sul punto l'Agcm abbia illustrato compiutamente le conseguenze negative dell'intesa: difatti, non appena veniva concluso il *distribution agreement* del 2022, si assisteva ad un notevole incremento delle attivazioni del servizio Dazn da parte dei clienti Sky, che tuttavia si assestavano (fino ad ottobre 2022) ad una minima percentuale degli abbonati di Tim (v. figura 5 del provvedimento).

27.17. A questo punto risulta opportuno precisare come la natura di *diritto esclusivo* della trasmissione delle dirette degli incontri calcistici non incida sulla valutazione di illiceità dell'intesa: difatti, la struttura regolamentare di aggiudicazione dei diritti tv si ispira alla regola del *no single buyer*, ossia il «divieto di acquisire in esclusiva tutti i pacchetti relativi alle dirette» (v. art. 9, comma 4, decreto Melandri). Ciò comporta che l'aggiudicatario possa poi liberamente scegliere come distribuire agli utenti finali i diritti acquistati: in tal senso, se legittime possono apparire clausole contrattuali finalizzate a tutelare un particolare alleato commerciale che ha fornito la provvista economica indispensabile per l'aggiudicazione, va osservato come nel caso in esame ciò sia avvenuto mediate l'esclusione di tutti gli altri concorrenti sia dell'aggiudicatario, sia del *partner*. Come già ampiamente osservato, infatti, la restrizione ha determinato (potenzialmente) il sostanziale azzeramento della concorrenza nel mercato delle telecomunicazioni e della *pay tv*, risultando l'offerta Tim non replicabile.

27.18. A tal proposito, va osservato come le doglianze circa la replicabilità dell'offerta Tim non siano condivisibili.

27.19. In primo luogo, deve ribadirsi come i diritti di trasmissione in diretta degli incontri di Serie A siano pacificamente una potente leva commerciale: tale conclusione risulta inferibile non tanto dagli studi citati nel provvedimento (come l'indagine demoscopica della Gazzetta dello sport, o lo studio di Altman Solon del 2020), quanto dalla condotta delle imprese interessate. Invero, nel già citato opuscolo informativo distribuito alla comunità finanziaria, Tim evidenziava come lo spostamento della trasmissione dei contenuti calcistici dal satellite ad *internet* avrebbe determinato un notevole aumento della richiesta di connessioni in fibra ultraveloce (difatti, secondo la prospettazione della parte, oltre il 50% degli abbonati alla *pay tv* interessati alle dirette calcistiche risulterebbe sprovvisto di una connessione in fibra): è il segno evidente di come la società reputasse tale contenuto dirimente nelle scelte consumeristiche (c.d. *killer application* secondo la terminologia economica).

27.20. In aggiunta, anche l'enorme flusso di denaro investito per l'acquisto dei diritti di trasmissione (oltre novecento milioni di euro l'anno il prezzo pagato da Dazn, di cui quattrocento provenienti da Tim – fermo restando che per i medesimi pacchetti Sky offriva comunque settecentocinquanta milioni di euro) costituisce sicura evidenza di come il mercato valuti pregevole il contenuto calcistico.

27.21. In ultimo, l'indagine operata dalla medesima Agcm nel 2019 rappresenta tuttora un indizio di come la disponibilità delle dirette degli incontri del campionato calcistico costituisca un elemento dirimente nelle scelte consumeristiche, atteso che oltre il 50% degli utenti appare indirizzato a disdire *in toto* l'abbonamento alla *pay tv* ove fosse privato della trasmissione dei ridetti *match* di calcio.

27.22. Appurata quindi la rilevanza dei contenuti calcistici, va aggiunto come essi, proprio perché assegnati con gara, costituiscano un *unicum* infungibile: di conseguenza, è inevitabile la qualifica di irreplicabilità dell'offerta. Neppure possono essere avallate le tesi difensive secondo cui gli o.a.o. avrebbero potuto formulare promozioni comprensive di altri contenuti molto attrattivi (es. incontri di tennis o gare automobilistiche): difatti, simili offerte non possono considerarsi sostitutive del servizio Dazn (invero, l'appassionato di calcio che vuole seguire le partite della propria squadra non cambierebbe offerta sol perché altro operatore concorrente gli offrirebbe a prezzo inferiore le dirette delle corse automobilistiche ovvero una serie di film in prima visione).

27.23. A corroborare il giudizio di non replicabilità dell'offerta Tim, va altresì osservato come solo quest'ultima impresa potesse offrire il servizio Dazn con sconti *ad hoc*, facoltà preclusa allo stesso assegnatario (salvo che per le circoscritte facoltà, non obblighi, concesse in relazione alla distribuzione tramite Amazon).

27.24. In aggiunta, irrilevante è la circostanza che Tim fosse tenuta ad evidenziare, nelle proprie promozioni, il costo del servizio Dazn ad un prezzo non inferiore a quello pubblicizzato dall'aggiudicatario sul proprio sito: difatti, l'offerta in *bundle* permetteva di far leva sul contenuto calcistico per attrarre clienti, mostrando a volte la gratuità del servizio di connessione (cfr. la promozione dell'ottobre 2021, «*fibra 0 euro fino al 31 dicembre 2021 + Timvision Gold con Dazn*», punto 347 del provvedimento), fidelizzandoli poi con contratti a lungo termine.

27.25. Quanto all'analisi controfattuale proposta dalle società ricorrenti, va osservato come la stessa non infici il provvedimento gravato: difatti, essa si limita ad evidenziare come, in assenza dell'accordo Tim-Dazn, la gara per i diritti tv sarebbe stata nuovamente vinta da Sky. Tuttavia, proprio le accortezze previste dal citato rimedio R2 (v. *supra*) avrebbero impedito di accentrare in tale operatore tutta la trasmissione dei contenuti calcistici. Viceversa, nel caso in esame, si è semplicemente assistito alla traslazione di una posizione dominante, sostituendo un *incumbent* (Sky) con un altro (Dazn): ciò è risultato possibile solo grazie ad un mutamento radicale della tecnologia di trasmissione (dal satellite al *live streaming*). Il tutto rende evidente come non vi sia realtà alcuna concorrenza tra operatori: difatti, l'utente non è libero di scegliere come abbonarsi al servizio calcistico né con quale canale fruire dei relativi contenuti (satellite, digitale terrestre o *internet*).

27.26. In merito a quanto appena evidenziato, va precisato che risulta meramente allegato, ma non dimostrato, l'incremento dell'offerta commerciale: difatti, il passaggio della trasmissione dei contenuti dal canale satellitare a quello delle telecomunicazioni non appare di per sé un immediato beneficio per il mercato della *pay tv*. Peraltro, l'eliminazione secca di due infrastrutture tecnologiche

(trasmissione satellitare e in digitale terrestre) è circostanza che le parti ricorrenti reputano desiderabile: tuttavia, non è comprensibile per quale ragione un simile scenario debba essere preferito ad uno che vede la compresenza di plurime piattaforme tecnologiche in concorrenza tra loro.

27.27. In aggiunta, sempre in relazione al profilo tecnologico, va rilevato come le censure avanzate appaiano poco convincenti: invero, il passaggio forzato alla trasmissione in *streaming* – imposto da Tim e Dazn – non appare aver determinato un incremento di efficienza (a riguardo va osservato come notori siano i problemi di trasmissione per sovraccarico della rete). Difatti, le clausole del *deal memo* prevedevano una certa integrazione del servizio di trasmissione sulla rete Tim, in quanto le previsioni delle parti erano appunto di concentrare su tale operatore la maggior parte delle richieste di accesso (o quanto meno tale era l'aspettativa di Tim): conseguentemente, Dazn non risultava incentivata ad accordarsi con le altre compagnie telefoniche al fine di individuare la soluzione migliore per garantire la trasmissione dei contenuti sulle loro reti (tra l'altro ciò avrebbe comportato un notevole esborso in denaro).

27.28. A corroborare l'assunto appena esposto, va rilevato come proprio in attuazione delle misure volontarie Dazn, da un lato, attivava un canale digitale terrestre di *back up* (al fine di garantire la piena fruizione del segnale nelle aree meno connesse), dall'altro, riservava agli o.a.o. una serie di accessi ai contenuti al fine di integrare le relative soluzioni tecnologiche; similmente, Tim si rendeva disponibile a fornire parte della propria capacità di trasmissione al fine di supplire alla minore capacità degli operatori concorrenti: si tratta, sostanzialmente, di una condotta quasi confessoria della necessità di individuare soluzioni tecniche adeguate alle incrementalmente richieste di trasmissione dati che in origine le società sanzionate non consideravano rilevanti (in quanto si supposeva che i dati transitassero in gran parte sull'infrastruttura gestita da Tim).

27.29. Va poi osservato come il tentativo di Dazn di imputare l'intera intesa a Tim, quale unico soggetto avvantaggiato dalla stessa si scontra con l'evidenza dei fatti sinora esposti: invero, come osservato in precedenza, Tim avrebbe dovuto essere l'impresa che beneficiava della restrizione della concorrenza nei mercati in cui opera direttamente; nondimeno, in realtà Dazn risulta essere la società che otteneva il vantaggio economico maggiore. Sul punto, infatti, essa omette di evidenziare come solo grazie all'apporto di Tim (quantificato in circa quattrocento milioni di euro annui – che non appaiono una somma simbolica) riusciva ad ottenere l'aggiudicazione dei diritti per la trasmissione in diretta degli incontri di Serie A. Inoltre, irrilevante, ai fini della valutazione della liceità o meno dell'accordo, è la posizione dominante di Tim nel mercato della connettività: difatti, come si avrà modo di sottolineare in seguito, la condotta illecita analizzata dall'Agcm inerisce esclusivamente all'accordo concluso con Dazn e alle conseguenze che esso produceva nei mercati della *pay tv* e della connettività, mancando evidenze di attività unilaterali di Tim che possano configurare un abuso *ex art. 102 Tfu*.

27.30. Alla luce di quanto sinora esposto appare evidente la manifesta infondatezza della richiesta di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 Tfu, avanzata da Dazn. Invero, l'Agcm non ha individuato un terzo genere di intesa restrittiva della concorrenza vietata ai sensi dell'art. 101 Tfu che non sia *per oggetto* o *per effetto*: sul punto il provvedimento è chiarissimo nell'indicare come l'accordo sanzionato abbia natura restrittiva per oggetto; in aggiunta, l'Autorità, anche al fine di argomentare compiutamente sul punto, ha altresì evidenziato come le pattuizioni abbiano anche effetti anticoncorrenziali.

28. Può ora passarsi alle doglianze circa la mancata applicazione dell'esenzione prevista dal citato reg. v.b.e.r. (quarto motivo dei ricorsi Dazn e secondo motivo del ricorso Tim).

28.1. In primo luogo, va rilevato come correttamente l'Agcm qualificava l'intesa esaminata come orizzontale, operando sia Dazn sia Tim nel mercato della fornitura dei servizi audiovisivi: tale circostanza risulta dirimente per escludere l'applicabilità del menzionato regolamento di esenzione.

28.2. Sul punto, infatti, non può condividersi quanto osservato dalle società ricorrenti circa la natura verticale dell'intesa (con limitati effetti orizzontali): difatti, quello oggetto d'indagine da parte dell'Agcm risulta pacificamente un accordo orizzontale con parziali effetti verticali (ossia in un mercato collegato, quale quello della connettività). A tal proposito è sufficiente il richiamo ai vari

passaggi nei ricorsi ove si evidenzia come Tim avrebbe potuto, in astratto, concorrere per l'assegnazione dei diritti tv della Serie A: si tratta di una circostanza pacifica e incontestata che dimostra incontrovertibilmente la natura di concorrenti rivestita dalle due società nel mercato della *pay tv*. All'uopo, va ribadito che la conclusione del *deal memo* ha determinato (di fatto) l'astensione di Tim dalla gara: invero, la società ha preferito finanziare, indirettamente, Dazn, reputando tale *modus operandi* maggiormente profittevole. Orbene, è evidente come le due imprese avrebbero potuto competere in una gara pubblica, ma abbiano preferito accordarsi, lasciando a una l'onere di presentare l'offerta e, all'altra, un importante obbligo finanziario.

28.3. In tal senso, la clausola limitativa della possibilità di Dazn di effettuare sconti va intesa come prova della natura orizzontale dell'intesa e non, come sostenuto nei ricorsi (che sul punto quindi appaiono fuorvianti), evidenza di una limitazione fondamentale.

28.4. Fermo restando il descritto carattere orizzontale dell'accordo, va evidenziato come, anche a voler reputare le due società non in concorrenza tra loro e quindi a qualificare l'accordo come verticale (secondo quanto prospettato nei ricorsi), le restrizioni poste dal *deal memo* comunque non potrebbero giustificare un'esenzione ai sensi del regolamento europeo.

28.5. A tal proposito, va in primo luogo osservato come correttamente l'Agcm abbia valorizzato le quote detenute da Tim nel mercato della connettività: difatti, se l'accordo fosse inteso come verticale, con incidenza quindi su due mercati, andrebbero logicamente considerate le quote ivi detenute (v. art. 3 reg. v.b.e.r.), tenuto anche presente che Tim commercializzava in *bundle* il servizio Dazn con la propria offerta fibra (v. punto 295 provvedimento). Pertanto, considerato che nel mercato della connettività Tim detiene una quota superiore al 40%, appare palese la non esentabilità dell'accordo.

28.6. In aggiunta, va rilevato come – in ogni caso – le limitazioni poste nell'accordo siano da ascrivere alla categoria delle restrizioni fondamentali (o comunque escluse). Difatti, come già più volte rappresentato, il *deal memo* poneva delle gravi limitazioni alla distribuzione del servizio Dazn con esclusiva in favore di Tim, creando così un'artificiosa alterazione della concorrenza.

28.7. Manifestamente infondata è anche la richiesta di rinvio pregiudiziale: difatti, contrariamente alle argomentazioni spese da Dazn nel proprio ricorso, l'Agcm ha tratto le corrette conclusioni dalla qualificazione dell'intesa come orizzontale e non si è posta in contrasto con il diritto eurounitario nell'individuazione delle quote di mercato.

29. Similmente, va rilevato come correttamente l'Agcm abbia escluso l'applicazione dell'esenzione individuale ex art. 101, par. 3 Tfu (quinto motivo sia dei ricorsi Dazn sia di Tim).

29.1. In primo luogo, non condivisibile è la critica operata dalle società circa la riserva agli utilizzatori di una parte dei benefici ottenuti grazie all'intesa: anzi, è vero il contrario. Difatti, è *ictu oculi* evidente la riduzione delle possibilità di combinazioni di offerte per la fruizione congiunta dei contenuti calcistici con quelli della connettività, come evidenziato puntualmente da Sky nella propria memoria (pag. 19): invero, in passato (ossia nel precedente ciclo di assegnazione dei diritti per la trasmissione delle partite di Serie A) i consumatori avevano a disposizione oltre dieci possibili combinazioni tra cui scegliere per fruire congiuntamente dei due servizi. Viceversa, in forza della clausola di esclusiva le opzioni per gli utenti si sarebbe ridotte (sostanzialmente) ad una, ossia al più volte menzionato *bundle* offerto da Tim (salvo le limitatissime possibilità concesse alle altre parti autorizzate).

29.2. Quanto esposto è confermato, indirettamente, dall'illustrazione proposta nel proprio ricorso da Dazn che evidenzia come l'utente avrebbe potuto valutare quattro (quindi, comunque un numero inferiore a quanto proposto in precedenza) differenti combinazioni per la fruizione dei propri contenuti sportivi: tuttavia, a ben vedere, l'unica effettiva possibilità di composizione dell'offerta comprensiva dell'indispensabile servizio di connettività è il *bundle* Tim vision. Le promozioni previste nel precedente ciclo di assegnazione dei diritti tv, infatti, non possono considerarsi comparabili con le offerte proposte dalle terze parti autorizzate (atteso che esse non afferivano al mercato della connettività), né con la possibilità di accesso all'app Dazn dai dispositivi di tali imprese (poiché la fruizione del contenuto deve comunque essere acquistata a parte) e neppure con l'acquisto diretto del servizio dal fornitore (in quanto anche in questo caso risulta necessario procurarsi separatamente la connessione *internet*).

29.3. Similmente, come in parte già rilevato, non risulta dimostrato il valore aggiunto della transazione tecnologica dalla trasmissione satellitare a quella in *streaming online*: difatti, anche quest'ultima prevede dei costi iniziali per il consumatore (si pensi a chi deve acquistare una nuova *smart tv*) comparabili con quelli imposti dall'installazione del *decoder* satellitare. Per giunta, in alcuni casi il mutamento della tecnologia si potrebbe addirittura rivelare controproducente, considerata l'assenza di idonee infrastrutture in alcune zone del Paese (le c.d. *aree bianche*): a tal proposito, va osservato come la stessa Dazn si rendeva disponibile, in sede di attuazione delle misure volontarie, ad attivare un canale digitale terrestre (d.t.t.) al fine di garantire la corretta trasmissione del proprio servizio.

29.4. In altre parole, si tratta di una condotta a valenza quasi confessoria del deterioramento della qualità del servizio per alcuni consumatori: sicché, nei fatti, è smentita la tesi sostenuta dalla parte ricorrente circa l'utilità ottenuta dagli utenti del servizio. In merito a ciò, i riferimenti alle varie decisioni dell'Agcom che interessavano la qualità del servizio di trasmissione di Dazn, ordinandone lo svolgimento con peculiari modalità, cui poi l'impresa non ottemperava, sono assai confacenti per evidenziare il calo qualitativo del servizio (v. pag. 39 memoria Fastweb). A ben vedere, va rilevato come un effettivo beneficio sarebbe immaginabile solamente ove al consumatore fosse effettivamente garantita la possibilità di scegliere la tecnologia di trasmissione, potendo così optare per quella reputata maggiormente soddisfacente in un rapporto qualità/prezzo.

29.4. Quanto all'indispensabilità delle clausole di esclusiva per il conseguimento della favorevole situazione commerciale discendente dall'intesa, va evidenziato come il ragionamento proposto dalle parti ricorrenti sia capovolto rispetto al parametro normativo: invero, la compressione della concorrenza nel mercato va rapportata (ai fini dell'esenzione) al beneficio apportato ai consumatori, non anche all'utile ritorno per le imprese partecipanti all'intesa. In altre parole, l'ordinamento consente la restrizione della concorrenza non al fine di garantire un vantaggio economico per le imprese partecipanti all'intesa, bensì perché in tal guisa si giunge ad un assetto di interessi favorevole per i consumatori finali: conseguentemente, è evidente la non indispensabilità della clausola di esclusiva, come desumibile dal permanere di un accordo tra le parti che ne prescinde (v. *distribution agreement* del 3 agosto 2022), risultando essa necessaria solamente per garantire un utile alle società.

29.5. Infine, va ribadito come l'originaria clausola di esclusiva del *deal memo* abbia eliminato in radice la possibilità di una concorrenza nell'offerta dei contenuti calcistici per tutti gli operatori telefonici: come già osservato, se prima dell'accordo Tim-Dazn vi erano quattro società che potevano in vario modo offrire la visione dei contenuti, dopo la conclusione dell'intesa tale facoltà risultava possibile solamente per Tim. In aggiunta, anche dal punto di vista tecnico, la pattuizione escludeva *tout court* la trasmissione delle dirette degli incontri di Serie A sia via satellite, sia sul digitale terrestre.

29.6. Orbene, tali incontestabili dati rendono evidente l'impossibilità di applicare l'esenzione individuale di cui all'art. 101, par. 3 Tfu: si tratta di un'interpretazione pacifica pienamente in linea con la giurisprudenza euromunitaria che non rende necessaria la rimessione della questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

30. I rimanenti motivi dei ricorsi Dazn (Rg 13133/2023 e 13135/2023), invece, afferiscono tutti alla sanzione in concreto comminata dall'Agcm: essi possono essere trattati congiuntamente, ma non sono suscettibili di positivo apprezzamento.

30.1. In particolare, non appare sproporzionata la maggiore sanzione comminata a Dazn in quanto, sebbene l'intesa avesse come principale obiettivo quello di ridurre la concorrenza nei confronti di Tim, va rilevato come in concreto autentici beneficiari delle illecite pattuizioni siano state proprio le società del gruppo anglosassone. Esse, infatti, per mezzo del *deal memo*, ottenevano da Tim circa quattrocento milioni di euro annui, grazie ai quali si aggiudicavano un contenuto di altissima attrattiva come la trasmissione delle dirette della Serie A; inoltre, vedevano eliminata completamente la concorrenza sulle altre due piattaforme di trasmissione (d.t.h. e d.t.t.) e riuscivano, con un'accurata strategia commerciale, ad acquisire un gran numero di clienti che aumentavano notevolmente i propri ricavi. Questi ultimi costituiscono, come è noto, la base di calcolo per le

sanzioni *antitrust*: pertanto, essendo questi ben maggiori di quelli registrati da Tim, appare logico e coerente che la sanzione comminata sia corrispondentemente superiore.

30.2. A tal proposito, corretta risulta l'inclusione, tra le vendite, del minimo garantito versato da Tim, atteso che esso si presenta esattamente come corrispettivo versato per poter distribuire (in esclusiva) i contenuti calcistici. Similmente, il conteggio di tutte le vendite operate da Dazn (e non solo quelle tramite Tim vision) costituisce una legittima modalità di commisurazione della sanzione, in quanto è il complesso della condotta ad essere influenzato dal *deal memo*. Quanto al periodo temporale da considerare, va reputata corretta l'estensione della verifica a tutto l'anno calcistico (ossia la stagione 2021/2022) in quanto restringere l'indagine all'anno 2021 sarebbe risultato non indicativo, essendo la dinamica del mercato assai peculiare, come puntualmente esposto nel provvedimento.

30.3. Infine, va osservato come anche l'atteggiamento collaborativo della parte ricorrente veniva valutato e tenuto in debita considerazione ai fini della quantificazione dell'ammontare della sanzione: sul punto, però va prima ribadito come l'intesa accertata abbia avuto carattere *orizzontale*, correttamente qualificata come *grave* illecito *antitrust*, sicché congrua appare l'individuazione di un coefficiente di gravità del 15%. Ed è proprio su tale importo che l'Autorità applicava l'attenuante della collaborazione (pari al 30%), giungendo a irrogare una sanzione complessivamente inferiore all'1% del fatturato annuo della società.

30.4. Viceversa, logica appare l'esclusione dell'attenuante della minima partecipazione all'intesa: sul punto, oltre a richiamare le considerazioni già spese in precedenza (v. § 27.29. e § 30.1.) circa l'infondatezza di una tale argomentazione, va osservato come la condotta illecita sia imputabile ad ambedue le parti e non anche frutto di un'azione unilaterale di Tim.

30.5. Quanto al coinvolgimento di Dazn media services, va precisato come essa, pur non avendo sottoscritto il *deal memo*, risulta aver partecipato alla complessiva condotta illecita sanzionata col provvedimento impugnato in questa sede: difatti, la società si occupa di produzione e commercializzazione di contenuti multimediali relativi a eventi sportivi. Per altro, pur essendo un'autonoma persona giuridica, risulta parte del medesimo gruppo societario: conseguentemente, ai fini *antitrust*, si tratta di un'unica impresa. Ciò determina che la sanzione (unica) venga comminata in solido ai fini di garantire il soddisfacimento delle ragioni creditorie, escludendosi la necessità di parametrare l'importo comminato in base al fatturato della singola società del gruppo: difatti, le modalità del riparto afferiscono ai rapporti infragruppo che risultano irrilevanti di fronte all'Agcm.

31. Anche l'ultimo motivo del ricorso Tim è infondato.

31.1. Difatti, come già osservato trattando delle doglianze spiegate da Dazn, l'intesa è stata correttamente qualificata come *grave* e *orizzontale*, risultando perfettamente congrua l'applicazione del coefficiente di gravità del 15%.

32. Esaurito l'esame dei tre ricorsi di Dazn e di Tim, può passarsi allo scrutinio di quelli di Sky e Fastweb: anche in tal caso, considerata la sostanziale omogeneità delle censure, si procederà unitariamente, onde evitare ripetizioni.

33. In primo luogo, va esaminata l'eccezione di inammissibilità dei ricorsi sollevata, con varie argomentazioni, sia dall'Agcm sia da Tim e Dazn.

33.1. Essa è fondata unicamente con riferimento al sesto motivo del ricorso di Fastweb.

33.2. Invero, con tale doglianza Fastweb chiede la rideterminazione *in peius* della sanzione pecuniaria irrogata a Tim e Dazn: tuttavia, per tale censura risultano carenti tutte le condizioni dell'azione. Difatti, come osservato in precedenza (v. § 24.4.), a fronte dell'esercizio del potere sanzionatorio puro (ossia meramente afflittivo), il sanzionato è titolare di una posizione giuridica di *diritto soggettivo*; conseguentemente, l'interesse del segnalante (ossia di Fastweb) è di mero fatto, insuscettibile di tutela giurisdizionale.

33.3. Inoltre, anche a voler reputare sussistente in capo a Fastweb la legittimazione ad agire (pur in assenza di una posizione giuridica sostanziale), va rilevato come carente sia il requisito dell'interesse al ricorso: a ben vedere, infatti, la comminazione di una sanzione pecuniaria ad un concorrente non determina, in capo al segnalante, né l'acquisto né la perdita, immediata e diretta, di alcun bene della vita, sicché per costui l'effettiva misura della sanzione risulta indifferente. Ne consegue che,

difettando l'utilità concreta ottenibile con l'azione giurisdizionale, quest'ultima debba essere dichiarata inammissibile.

33.4. Né a diverse conclusioni potrebbe giungersi invocando l'art. 31 reg. Ce n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, che prevede l'estensione al merito della competenza giurisdizionale della Corte di giustizia dell'Unione europea «*per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora. Essa può estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora irrogata*»: tale disposizione non può reputarsi applicabile al giudizio amministrativo italiano atteso che esso è strutturato per garantire la tutela delle situazioni giuridiche soggettive e non anche per il mero ripristino della legalità violata.

33.5. Per il resto, tutte le censure sono ammissibili.

33.6. Difatti, ambedue le società ricorrenti (ossia Sky e Fastweb) hanno partecipato al procedimento istruttorio (risultando altresì tra i soggetti segnalanti l'illecito). Come è noto, la giurisprudenza esclude che la mera partecipazione al procedimento amministrativo determini il sorgere di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela giurisdizionale; nondimeno, nel caso in esame appare evidente la peculiarità della posizione delle ricorrenti nel procedimento, soprattutto in relazione all'esercizio del potere ablatorio (il citato ordine repressivo).

33.7. Invero, quest'ultimo è una manifestazione di una potestà di cura diretta dell'interesse pubblico, con la conseguenza che la posizione sia dei destinatari dell'ordine, sia delle altre società concorrenti risulta qualificabile come *interesse legittimo* (sebbene mirante a beni della vita contrapposti). Difatti, le società concorrenti non possono dirsi indifferenti rispetto all'esercizio del potere amministrativo, ricavando un diretto beneficio sia dall'accertamento della violazione *antitrust* (stante l'efficacia di prova privilegiata nel giudizio risarcitorio) sia, soprattutto, dalla modalità di conformazione dell'assetto di mercato discendente dall'intervento dell'Autorità (circostanza peraltro non contestata dall'Avvocatura dello Stato, v. punto n. 33 della memoria).

33.8. Acclarata, nei termini appena indicati, la sussistenza di una posizione di interesse legittimo, va osservato come siano individuabili in capo alle società ricorrenti anche le altre due condizioni per l'esercizio dell'azione: difatti, è pacificamente sussistente la legittimazione al ricorso (allegando ambedue le società di essere titolari della posizione giuridica azionata con l'impugnazione); inoltre, sicuramente riscontrabile è l'interesse al ricorso, potendo le società trarre un beneficio immediato e diretto da un'eventuale pronuncia di annullamento che imponga la riedizione dei poteri ablatori secondo quanto dedotto in ricorso (v. Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2022, n. 538).

33.9. Non persuasiva sul punto è la difesa dell'avvocatura erariale che, richiamando risalenti arresti di questo Tribunale, deduce l'insussistenza di un interesse concreto ed attuale al ricorso. Sotto tale profilo, censurabile è quanto esposto al punto n. 38 della memoria difensiva, atteso che le impugnazioni proposte da Sky e Fastweb mirano, come già osservato, ad un effettivo vantaggio personale, collegato però con la cura dell'interesse pubblico: in altre parole, la lesione lamentata in questa sede dalle ricorrenti non discende dalla condotta di Tim e Dazn, bensì dall'azione amministrativa dell'Agcm.

33.10. Similmente, non sono condivisibili le eccezioni formulate da Tim e Dazn: difatti, come già osservato in precedenza, Sky e Fastweb agiscono in giudizio per ottenere una pronuncia che imponga all'Autorità di esercitare correttamente (secondo la propria prospettazione) i poteri che la legge le attribuisce. In tal senso, le società sanzionate espongono una distorta lettura dell'art. 34 c.p.a.: invero, le censure spiegate non sono finalizzate ad ottenere una pronuncia che accerti la commissione di una determinata infrazione, bensì alla verifica della conformità dell'atto dell'Agcm al parametro normativo.

34. Ciò chiarito, va rilevato come il quinto motivo del ricorso di Fastweb, con il quale si denuncia il mancato esercizio del potere sanzionatorio *ex art. 102 Tfu*, sia infondato.

34.1. Difatti, sul punto il provvedimento chiarisce in maniera logica e lineare come gli elementi raccolti durante l'istruttoria non fossero idonei a suffragare un'ipotesi di abuso di posizione dominante commesso da Tim. Peraltro, la restrizione della concorrenza nel mercato della connettività risulta una conseguenza immediata e diretta della clausola di esclusiva del *deal memo*, in relazione alla quale irrilevante è la posizione di dominanza di Tim in tale mercato.

34.2. D'altronde, anche le censure di Fastweb appaiono poco incisive: invero, esse si limitano ad osservare come Dazn avrebbe avuto un ruolo marginale nell'intesa e come l'Agcm non avrebbe indagato alcuni temi.

34.3. Orbene, quanto al primo profilo, è sufficiente osservare come il ruolo di Dazn nell'illecito sia stato correttamente descritto e valutato dall'Agcm, in linea con le emergenze istruttorie che la ricostruzione sinora esposta ha evidenziato essere perfettamente logiche e coerenti. Quanto al mancato approfondimento di alcuni aspetti inerenti alla discriminazione tecnica, va rilevato come l'Autorità abbia ampiamente illustrato quali circostanze fossero correlate all'intesa anticoncorrenziale e come il *deal memo* abbia determinato una restrizione del mercato per diversi o.a.o. concorrenti di Tim.

34.4. Peraltro, premesso che il sindacato sugli atti negativi dell'Agcm è limitato ai casi di manifesta illogicità, contraddittorietà o travisamento di fatto (Cons. Stato, sez. VI, 8 agosto 2014, n. 4228), va aggiunto come Fastweb non abbia allegato alcun ulteriore elemento che evidenzi la ricorrenza dei menzionati vizi. Invero, la doglianza si presenta assolutamente generica senza riuscire a scalfire la solidità della motivazione del provvedimento sul punto.

35. Similmente, il primo ed il terzo motivo del ricorso di Sky sono infondati.

35.1. In particolare, le doglianze sono rivolte avverso la valutazione dell'Agcm circa l'accertamento di illiceità della condotta: invero, non solo alcune clausole contrattuali, bensì l'intero complesso di accordi Dazn-Tim (ivi compreso quello del 3 agosto 2022) sarebbero – secondo la tesi sostenuta nel gravame – in contrasto con l'art. 101 Tfu. Orbene, sul punto va rilevato come l'Autorità abbia esposto in maniera logica e coerente – secondo quanto emerso durante l'istruttoria – le ragioni per le quali unicamente alcune clausole del *deal memo* dovessero considerarsi vietate. A tal proposito va rilevato come, in linea di principio, la stipulazione di una *partnership* tra due concorrenti al fine di partecipare ad una gara per l'assegnazione di un diritto esclusivo non possa reputarsi di per sé illecita; similmente, anche l'obiettivo di sottrarre clienti a Sky facendo leva sui contenuti calcistici non risulta in contrasto con un assetto concorrenziale del mercato (viceversa, illecito è impiegare mezzi che impediscano una leale e corretta gara tra concorrenti).

35.2. In secondo luogo, va precisato come le clausole del contratto censurate dall'Agcm rappresentano l'essenza stessa della pattuizione: in altre parole, l'estensione della qualifica di illiceità all'intero *deal memo* non determinerebbe alcuna concreta variazione nella decisione amministrativa, atteso che l'indagine dell'Autorità non può che soffermarsi sulle pattuizioni lesive della concorrenza.

35.3. D'altro canto, ad una lettura più approfondita della censura (v. in particolare pagg. 21 ss.), appare evidente come Sky miri ad un inammissibile riesame nel *merito* delle risultanze istruttorie, di guisa da vietare in radice un accordo tra Tim e Dazn: difatti, le circostanze elencate rappresentano elementi fattuali rispettivamente irrilevanti ai fini *antitrust* (ad es. la conclusione di un accordo commerciale), oppure puntualmente vagliati dall'Agcm (come le restrizioni anticoncorrenziali, sulle quali ampiamente si sofferma il provvedimento). Pertanto, considerato che la controversia introdotta da Sky si inserisce nel quadro della giurisdizione generale di legittimità, appare preclusa l'estensione della cognizione al merito, risultando impedito al giudice sostituirsi all'amministrazione.

35.4. In aggiunta, va rilevato come parte della censura di Sky sia rivolta anche alla gara per l'assegnazione dei diritti tv, reputando l'aggiudicazione di Dazn una conseguenza anticoncorrenziale discendente dall'asseritamente illecito *deal memo*. Tuttavia, va ribadito come l'emersione di un nuovo operatore economico capace di «rompere» il precedente assetto di mercato (caratterizzato per la presenza di un unico operatore verticalmente integrato, ossia Sky) sia una circostanza non avversata dal diritto *antitrust*: pertanto, un eventuale accordo con tale scopo non può di per sé reputarsi illecito (salvo che, come nel caso in esame, determini per altro verso una restrizione della concorrenza).

35.5. Alla luce di quanto appena osservato, risulta palese che anche le censure rivolte avverso la valutazione dell'accordo del 3 agosto 2022 risultino infondate, atteso che sembrano ignorare un dato di fatto incontestabile, ossia la legittima assegnazione dei diritti tv a Dazn: difatti, una volta

consolidato tale dato – sul quale non è possibile in questa sede esprimere alcun tipo di valutazione – l'assegnatario è libero di formalizzare delle *partnership* nei modi reputati più idonei. Viceversa, vietata è invece una condotta che determini delle limitazioni nella possibilità di distribuzione del servizio a favore di alcuni selezionati operatori economici: tuttavia, come già ampiamente illustrato, il provvedimento è chiaro nel rappresentare quali specifiche pattuizioni abbiano inciso negativamente sul mercato (quanto meno in potenza) e con quali modalità.

35.6. Pertanto, una volta rimossa (con il *distribution agreement*) la clausola di esclusiva, ogni operatore può chiedere di accordarsi con Dazn, ovviamente alle condizioni dettate da quest'ultima società, essendo titolare di un diritto esclusivo. Tale astratta possibilità è stata correttamente valutata dall'Agcm, in coerenza con le emergenze risultanti dall'istruttoria (in particolare il parere dell'Agcom): invero, senza la clausola di esclusiva, tutti gli operatori concorrenti sono posti, formalmente, su un piano di parità di fronte a Dazn, non essendovi restrizioni che possano favorire un'impresa piuttosto che un'altra.

35.7. A ben vedere, Sky appare rappresentare il desiderio di poter ottenere a un conveniente prezzo la possibilità di promuovere il servizio Dazn sui propri dispositivi (in tal senso, si veda la doglianza sull'onerosa *access fee* pretesa da Dazn): orbene, appare evidente che l'aggiudicatario possa liberamente contrattare con altri operatori secondo le insindacabili ragioni di convenienza economica, trattandosi di attività di società lucrative private. Pertanto, solo ove Dazn dovesse abusare della propria forza contrattuale, discendente dall'assegnazione dei diritti tv, potrebbe incorrere nelle sanzioni di cui all'art. 102 Tfu; tuttavia, tale profilo, neppure adombrato dall'Agcm o dalle parti, risulta meramente ipotetico e, quindi, insuscettibile di approfondimento in questa sede.

36. Passando al secondo motivo del ricorso di Sky, va rilevato come esso sia sostanzialmente assai simile alle doglianze spiegate da Fastweb nei primi quattro motivi della propria impugnazione: appare opportuno, pertanto, trattare unitariamente tali censure, considerato anche che esse sono fondate nei termini che si vanno ad esporre.

36.1. Difatti, come già osservato, emerge con evidenza la contraddittorietà (quale figura sintomatica dell'eccesso di potere) del provvedimento impugnato, atteso l'insanabile e inspiegabile contrasto tra la comunicazione delle risultanze istruttorie e la decisione finale. Sul punto, fuori fuoco sono le argomentazioni difensive dell'Avvocatura dello Stato secondo cui l'atto istruttorio non limiterebbe l'autonomia decisionale del collegio dell'Autorità: difatti, se, da un lato, tale affermazione è pienamente condivisibile, dall'altro, va comunque osservato come l'eventuale discostamento dalle risultanze istruttorie debba essere debitamente motivato. Viceversa, nel provvedimento gravato non risulta puntualmente chiarita la deviazione rispetto a quanto esposto dal responsabile del procedimento: anzi, in alcuni frangenti l'atto impugnato si presenta intimamente incongruo, ambiguo ed equivoco.

36.2. A tal proposito appare opportuno evidenziare che la comunicazione delle risultanze istruttorie abbia descritto l'intesa vietata conclusa da Tim e Dazn come incidente sul mercato dal 27 gennaio 2021 al 4 agosto 2022: il provvedimento finale, invece, ha circoscritto l'infrazione al periodo che va dal «1° luglio 2021, data in cui ha avuto inizio la commercializzazione dei diritti sulla base del deal memo, sino all'agosto 2021, data in cui sono state implementate le misure adottate spontaneamente da Tim e Dazn nell'ambito del sub-procedimento cautelare» (punto 373 provvedimento). Tale conclusione sarebbe giustificata rilevando che «si tratta dell'arco temporale in cui si osserva il descritto fenomeno di sterilizzazione degli effetti restrittivi della concorrenza che discendevano dal tenore delle clausole oggetto della presente valutazione» (ivi): orbene, interpretando logicamente l'asserzione, va considerato come l'Agcm abbia reputato cessati gli effetti restrittivi della concorrenza con l'attuazione delle misure volontarie (ossia dall'agosto 2021). Tuttavia, tale affermazione risulta in stridente contrasto con gli ulteriori elementi fattuali esposti nel provvedimento.

36.3. In primo luogo, va osservato come nell'indicazione del *dies a quo* l'Agcm abbia agito in maniera irragionevole: invero, non appare chiaro per quale ragione la violazione sia stata circoscritta al periodo successivo all'avvio delle offerte in *bundle* di Tim (cioè dal 1° luglio 2021) se sin dal gennaio 2021 Dazn aveva già assunto l'impegno a non concludere *partnership* con altri operatori concorrenti di Tim. Difatti, come afferma la stessa Autorità, sin da tale momento la possibilità di accordi

commerciali tra Dazn e gli o.a.o. era preclusa dal *deal memo*: a conferma di quanto appena evidenziato, si rinvia alle riflessioni spese *supra* (§ 27.9.) circa l'interruzione delle trattative con Wind Tre.

36.4. Viepiù, avendo l'Autorità reputato incidente sul mercato della *pay tv* l'accordo illecito, un'argomentazione logica imporrebbe di evidenziare quale degli interventi volontari delle imprese abbia determinato la cessazione degli effetti anticoncorrenziali riscontrati in tale settore merceologico. Tuttavia, le misure volontarie proposte da Tim e Dazn hanno avuto riguardo esclusivamente al mercato della connettività: pertanto, non è chiarito come esse abbiano potuto rimuovere gli ostacoli concorrenziali nel mercato della vendita al dettaglio dei servizi televisivi a pagamento.

36.5. A corroborare il giudizio di contraddittorietà del provvedimento su tal punto, può osservarsi come immediatamente dopo l'eliminazione della clausola di esclusiva (3 agosto 2022) Dazn abbia concluso proprio con Sky un accordo di distribuzione: si tratta di un segno tangibile del superamento, a partire dall'agosto 2022, delle evidenziate remore *antitrust* (prima le possibilità di un accordo era preclusa in forza della ricordata *section F* del *deal memo*). Analogamente, il parere dell'Agcom ha evidenziato (punto n. 76) che la conclusione del *distribution agreement* del 3 agosto 2022 (che ha eliminato la clausola di esclusiva) è «apparsa *per sé* migliorativa della posizione relativa nel mercato della *pay-tv* precedentemente detenuta dal Tim».

36.6. Inoltre, il rigetto della proposta di impegni – che sostanzialmente replicava il contenuto delle misure volontarie – non risulta comprensibile se rapportato alla decisione di circoscrivere l'intesa all'agosto 2021. In merito a ciò, va osservato come nel provvedimento del 7 giugno 2022 l'Agcm deliberava di non accogliere gli impegni proposti in quanto essi sarebbero stati «*inidonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali*»: orbene, se le stesse misure, attuate volontariamente (e quindi liberamente modificabili dalle società) dall'agosto 2021, sono poi state reputate idonee a cessare l'infrazione, non si comprende per quale ragione esse non siano state accolte nel giugno 2022 come impegno, di guisa da rendere obbligatoria per le parti la loro piena implementazione (consentendo, peraltro, la sanzionabilità dell'eventuale loro violazione). Sotto altro profilo, va rilevato come la motivazione del provvedimento su tale circostanza sia assai scarna, limitandosi l'Autorità a esporre, da un lato, il rigetto e, dall'altro, la pregressa cessazione dell'infrazione.

36.7. In aggiunta, come già evidenziato in precedenza, un gran numero di dati economici (es. l'analisi degli abbonamenti a Tim vision, la posizione di Tim nel mercato FttH, il periodo annuale in relazione al quale calcolare il fatturato rilevante ai fini della sanzione etc...) si sviluppa su un orizzonte temporale molto più ampio (grosso modo fino all'agosto 2022), segno evidente di come l'Agcm abbia (almeno in parte) considerato l'intesa perdurante anche oltre l'implementazione delle misure volontarie. Diversamente opinando, non si comprenderebbe per quale ragione l'andamento della *customer base* possa essere rilevante per la ricostruzione di un'intesa ampiamente cessata.

36.8. Sempre su tale profilo, risulta illogica la motivazione che, da una parte, descrive l'esclusiva possibilità di offerte in *bundle* riconosciuta a Tim come evidenza dell'illiceità dell'intesa (v. punto 350) e, dall'altra, reputa tale facoltà (sviluppatasi per tutta la stagione calcistica 2021/2022, quindi anche oltre l'attuazione delle misure volontarie) come legittima modalità di promozione dei propri servizi. Difatti, elevare a *noyau dur* della violazione l'esclusiva in favore di Tim impone logicamente di considerare l'infrazione sussistente per tutto il tempo in cui essa è rimasta in vigore. In merito a ciò, pertinente è il rilievo di Fastweb che indica l'intrinseca contraddittorietà di un passaggio motivazionale, ove l'Agcm precisa *expressis verbis* che solamente con «*l'accordo stipulato il 4 agosto del 2022 fra Tim e Dazn [è stata eliminata] del tutto l'esclusiva fra Tim e Dazn consentendo a tutti gli operatori della comunicazione di concludere partnership con Dazn*» (punto 352).

36.9. Sull'attuazione delle misure volontarie, e in particolare sui loro risvolti tecnologici, Fastweb rappresenta come le problematiche nascenti dal *deal memo* non venissero in alcun modo risolte, soprattutto in ragione dei tempi lunghi richiesti dagli accorgimenti proposti (ad es. per l'attivazione del canale d.t.t. da parte di Dazn). In tal senso, anche l'Agcom, nel parere infraprocedimentale, rappresentava la necessità di implementazioni tecniche al fine di garantire la miglior possibile trasmissione dei contenuti calcistici: va precisato come il tavolo tecnico convocato dall'Agcom

risultava ancora in corso al momento della formulazione del citato parere (giugno 2023), segno tangibile della non immediata risoluzione delle problematiche infrastrutturali nascenti dai picchi di richieste di dati nelle giornate di trasmissione delle dirette calcistiche. Pertanto, la perduranza di criticità tecniche che possono determinare una discriminazione tra gli operatori delle telecomunicazioni evidenzia l'incongruenza del provvedimento nella parte in cui reputa qualsiasi preoccupazione concorrenziale superata dall'implementazione delle misure volontarie.

36.10. Ulteriori elementi di contraddizione sono desumibili dalle circostanze valutate ai fini della liquidazione della sanzione: si ribadisce che non è in discussione il *quantum* irrogato, in quanto si evidenzieranno degli elementi indiziari impiegati dall'Agcm per la quantificazione della sanzione al fine di descrivere l'illogicità della motivazione del provvedimento nella parte inerente alla durata dell'infrazione.

36.11. Così, ad esempio, se l'Agcm ha considerato cessata l'infrazione nell'agosto 2021, l'accordo sostitutivo del 3 agosto 2022 (il ridetto *distribution agreement*) non può avere alcun rilievo nella determinazione della sanzione: difatti, esso si palesa come condotta posteriore alla cessazione della violazione. A tal proposito, appare opportuno precisare come il punto 23 delle linee guida per la determinazione delle sanzioni *antitrust* (del. Agcm 22 ottobre 2014, n. 25152) indica – come circostanza attenuante – le «*iniziative adeguate per mitigare gli effetti della violazione, [in grado di ripristinare] le condizioni di concorrenza precedenti all'infrazione*»: pertanto, una condotta dell'impresa può essere qualificata come circostanza attenuante solamente ove essa intervenga prima della cessazione dell'infrazione (ovvero la determini); *au contraire*, non può considerarsi attenuante un'azione intrapresa circa un anno dopo l'asserito esaurimento degli effetti anticoncorrenziali. Ne consegue che palesemente illogico è il punto n. 373 del provvedimento se rapportato al punto n. 386: difatti, se la «*conclusione dell'accordo del 4 agosto 2022 [ha] eliminato alla radice le preoccupazioni concorrenziali sottese alla sussistenza dell'esclusiva distributiva*», coerenza logica impone di reputare cessata l'infrazione a tale data (e in tal caso, effettivamente, il *distribution agreement* potrebbe assurgere a circostanza attenuante).

36.12. Infine, la mancata tempestiva attuazione delle misure volontarie (peraltro denunciata da diversi operatori all'Agcm) non risulta in alcun modo valutata dall'Autorità nel provvedimento gravato. In particolare, va precisato che essa è stata menzionata nella comunicazione delle risultanze istruttorie (punto n. 184): tuttavia, in tale atto tale non è stata posta particolare enfasi su questo omesso puntuale adempimento, essendo la circostanza correlata unicamente alla necessità di adottare un provvedimento cautelare. In altre parole, l'ufficio istruttore ha reputato le misure volontarie (anche se solo parzialmente implementate) comunque sufficienti ad azzerare il *periculum in mora* di guisa da rendere superfluo un intervento interinale dell'Autorità. Al contempo, però, la descritta condotta volontaria di Tim e Dazn è stata comunque reputata espressione della complessiva intesa anticoncorrenziale, in quanto l'infrazione è stata considerata cessata solo dal 3 agosto 2022.

36.12. Al contrario, il provvedimento sanzionatorio – come già osservato – ha considerato cessata l'infrazione nell'agosto 2021, precisando che le criticità concorrenziali sarebbero state superate con l'adozione delle misure volontarie: tuttavia, la motivazione, sul tale specifico punto, appare totalmente apodittica. Difatti, l'Autorità non ha chiarito se il contegno mantenuto da Tim nell'autunno 2021 potesse considerarsi puntuale implementazione delle misure volontarie (conclusione che contrasterebbe con la comunicazione delle risultanze istruttorie); similmente, non è stato specificato se il mancato rispetto delle misure volontarie fosse stato o meno idoneo a garantire il corretto svolgimento della gara concorrenziale nel mercato (v. punto n. 273).

37. Alla luce della parziale fondatezza delle censure spiegate da Sky e Fastweb, vanno accolti i loro ricorsi, nei limiti appena descritti, con obbligo dell'Autorità di riavviare il procedimento istruttorio concludendolo nel rispetto della presente sentenza.

37.1. Appare opportuno precisare, stante le peculiarità del pronunciamento, le conseguenze sull'efficacia della decisione gravata del ridetto parziale accoglimento. Difatti, nell'odierna vicenda, la parziale fondatezza dei due ricorsi di Sky e Fastweb non determina l'annullamento *ex tunc* o *ex nunc* del provvedimento impugnato (analogamente a quanto accaduto nella vicenda decisa da Cons.

Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2577), atteso che la rimozione del provvedimento condurrebbe ad una situazione fattuale contrastante con gli interessi della parte ricorrente. Pertanto, l'accoglimento deve intendersi limitato alla declaratoria del dovere di rinnovazione del procedimento di esercizio del potere, in conformità di quanto statuito complessivamente nella presente sentenza in relazione a tutti e cinque i ricorsi: ne discende che l'efficacia dell'atto gravato avrà ora come termine finale il momento di modifica o sostituzione del provvedimento ad opera dell'Autorità all'esito della riedizione del potere.

38. Pertanto, in conclusione, vanno rigettate le impugnazioni presentate da Tim e da Dazn mentre vanno accolti, nei limiti appena descritti, i ricorsi di Sky e Fastweb.

39. Le spese seguono la soccombenza in favore dell'Autorità nei giudizi proposti dalle società sanzionate, mentre possono essere compensate per il resto stante la parziale fondatezza delle impugnazioni.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, previa riunione degli stessi così provvede:

- respinge i ricorsi iscritti al numero di registro generale 13133 del 2023 (Dazn limited), 13135 del 2023 (Dazn media services) e 14028 del 2023 (Tim);
- accoglie in parte, nei limiti di cui in motivazione, i ricorsi iscritti al numero di registro generale 13899 del 2023 (Sky Italia) e 13786 del 2023 (Fastweb) e, per l'effetto, dichiara il dovere dell'Agcm di procedere alla riadozione del provvedimento, in conformità delle statuizioni della presente sentenza;
- condanna Dazn limited, Dazn media services e Tim alla rifusione, in favore dell'Agcm, delle spese di lite relative ai giudizi proposti che liquida in € 3.000,00 per ciascuna società;
- compensa per il resto le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Matthias Viggiano, Referendario, Estensore

Alberto Ugo, Referendario