

APPELLO ROMA**15 GENNAIO 2001****PRESIDENTE:** DURANTE**ESTENSORE:** LACQUANTI**PARTI:** STREAM S.P.A.

(avv. Salafia, Tesauero, Pettiti)

TELEPIÙ S.P.A.

(avv. Siragusa, Punzi, Gullo,
La Pegna, Emanuele)**PRIMA TV S.P.A., ATENA SERVIZI****S.P.A., EUROPA TV S.P.A.**

(avv. Poli)

Diritti televisivi in forma criptata • Concorrenza • Posizione dell'ex monopolista • Vincolo di esclusiva contrattuale • Rinnovo per periodo prolungato • Abuso di posizione dominante • Sussistenza.

L'inserimento di clausole di esclusiva di durata eccessivamente prolungata (sei anni rispetto all'ordinario termine di tre anni, fino a quel momento invalso nella pratica contrattuale) nei contratti di cessione dello sfruttamento dei diritti televisivi in forma criptata da parte dell'emittente ex-monopolista al momento dell'ingresso sul mercato di una nuova emittente televisiva a pagamento, costituisce un abuso della posizione dominante sul mercato. Analogamente, il rinnovo di simili contratti prossimi alla scadenza per un ulteriore periodo triennale determina la creazione di una barriera invalicabile all'entrata, comportando l'impossibilità di accedere al mercato per la nuova emittente televisiva a pagamento, e costituisce un illecito concorrenziale nella forma dell'abuso di posizione dominante da parte dell'ex-monopolista.

Diritti televisivi in forma criptata • Partite di calcio • Diritto di prelazione e vincolo di esclusiva • Sfruttamento delle trattative altrui • Abuso di posizione dominante • Sussistenza.

La pattuizione mediante la quale si prevede un diritto di prelazione a favore dell'originario monopolista nel rinnovo dei contratti di sfruttamento dei diritti televisivi su talune manifestazioni sportive determina un abuso della posizione

dominante, in quanto mediante tale condotta l'emittente televisiva a pagamento esclude dal mercato i potenziali concorrenti, sfruttando altresì le trattative poste in essere dai concorrenti e i risultati da questi ottenuti, senza che a ciò corrisponda alcun dispendio di attività economica, aziendale e strutturale.

Diritti televisivi • Televisione a pagamento (pay TV) • Campionato di calcio • Limitazioni legislative all'acquisizione di quote • Carattere inderogabile della limitazione • Derogabilità in difetto.

L'art. 2 della legge 78/1999 — che prescrive un limite del sessanta per cento per gli operatori nell'acquisizione dei diritti televisivi sul Campionato di calcio di serie A — non risolve qualsiasi questione attinente alla limitazione della concorrenza, ma dimostra esclusivamente che il legislatore ha inteso disciplinare il settore con maggiore severità. La normativa non sostituisce la disciplina generale, ma la integra soltanto, dichiarando che è ravvisabile una violazione della libera concorrenza in ogni caso in cui la quota di società acquisite superi il sessanta per cento di quelle complessivamente iscritte al Campionato di calcio di serie A; in tale ipotesi, pertanto, l'illiceità è in re ipsa, e non necessita di ulteriore prova se non quella dell'eccedenza rispetto alla quota. Questo peraltro non esclude che l'acquisizione di quote inferiori possa essere dichiarata illecita, qualora si dimostri che tale condotta integra gli estremi della violazione delle regole che presiedono alla tutela della libera concorrenza.

Abuso di posizione dominante • Pay TV • Diritti televisivi in forma criptata • Determinazione del mercato rilevante • Eventi sportivi • Peculiarità delle manifestazioni calcistiche • Autonomia del Campionato di calcio di Serie A • Livello della richiesta da parte degli spettatori • Mercato ex se rilevante.

Nell'ambito del mercato l'acquisizione dei diritti televisivi delle partite di calcio riguardanti il Campionato nazionale, soprattutto di serie A, assume particolare importanza, in quanto in tale settore si registra il maggiore interesse del pubblico degli spettatori, che in tal modo ha la possibilità di seguire dalla propria abitazione le partite della squadra prediletta sia quando gioca in trasferta che in casa, e ciò con riferimento ad ampi settori delle varie tifoserie (incluse quelle

maggiormente seguite). La titolarità dei diritti televisivi su tali manifestazioni convoglia su di sé la maggior parte delle risorse del mercato, con la conseguenza che la relativa acquisizione consente di assumere una posizione dominante non solo nell'ambito del calcio (di per sé autonomamente rilevante), ma anche sull'intero mercato della pay tv, direttamente condizionato dai diritti televisivi sul Campionato di calcio di serie A.

Con atto depositato il 12 luglio 2000 il ricorrente ha chiesto, a norma dell'art. 33 L. 287/1990 (legge antitrust), che, accertato l'abuso di posizione dominante esercitato da Telepiù sul mercato rilevante della diffusione televisiva a pagamento con particolare riferimento alla cessione dei diritti televisivi delle società professionistiche di calcio e a quella dei diritti sui films da parte delle case cinematografiche, fosse, in via d'urgenza, sospesa, ai sensi del secondo comma dell'articolo di legge citato, l'efficacia dei relativi contratti stipulati da dette società o, comunque, la clausola di esclusiva negli stessi contenuta, con inibizione a Telepiù di dare esecuzione a detti contratti o di stipularne altri e adottando ogni altro provvedimento idoneo ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione della causa di merito (nullità dei contratti e risarcimento del danno).

All'udienza stabilita, costituitasi in giudizio, Telepiù, eccepita l'incompetenza della Corte e, sotto vari profili, l'inammissibilità del ricorso, ne ha chiesto, il rigetto nel merito.

Disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti delle altre società del gruppo Telepiù, delle società produttrici dei film e delle società di calcio titolari di contratto con Telepiù, secondo elenco specificato, Stream conveniva in giudizio tutti i soggetti indicati, tranne le case cinematografiche.

Con atto del 17 agosto 2000, interveniva in causa, in via adesiva autonoma, la S.S. Calcio Napoli s.p.a.

Nel frattempo, con atto depositato il 9 settembre 2000, Stream proponeva analogo ricorso contro Telepiù e le società dalla stessa controllate Prima TV s.p.a., Europa TV s.p.a. e Atena Servizi s.p.a. nonché nei confronti delle società di calcio interessate. Con provvedimento del 10 settembre 2000, il Presidente della Corte fissava, per la trattazione del ricorso, l'udienza del 14 settembre 2000 (già stabilita per l'altra causa), ordinando, su richiesta della ricorrente, la notificazione del ricorso a tutti i controinteressati, da effettuare, data la particolare urgenza, anche a mezzo fax entro il termine del 13 settembre 2000.

Costituitisi parte del giudizio in accoglimento dell'eccezione proposta dal Milan A.C. s.p.a. fatta propria anche dalle altre società costituite, veniva dichiarata l'inesistenza della notificazione perché eseguita dai difensori di Stream a mezzo fax dal proprio studio legale e senza assistenza dell'ufficiale giudiziario e quindi l'inammissibilità del ricorso. Stream proponeva quindi un altro ricorso, identico al secondo, con atto depositato il 16 ottobre 2000, notificandolo, previa autorizzazione del Presidente della sezione, a tutte le parti a mezzo fax inviato tramite ufficiale giudiziario e previo rispetto delle condizioni al riguardo prescritte. Costituitesi le parti indicate in epigrafe, concesso termine per memorie in ambedue le cause su questioni pregiudiziali proposte, veniva fissata l'udienza del 30 novembre 2000 per la discussione, all'esito della quale la Corte riservava la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — Preliminarmente, essendovi identità soggettiva e oggettiva di cause, la Corte dispone la riunione dei ricorsi presentati nelle date sopra indicate nei confronti dei soggetti indicati in epigrafe.

Nel costituirsi Telepiù e poi, le sue associate Prima TV s.p.a., Atena servizi s.p.a. e Europa TV s.p.a. e talune società di calcio costituite in giudizio, hanno sollevato una serie di questioni pregiudiziali, in particolare, eccependo:

a) l'incompetenza della Corte di Appello per inapplicabilità della norma speciale di cui all'art. 33, comma 2, L. 10 ottobre 1990, n. 287, trattandosi di fattispecie che, rientrando nell'ambito di applicabilità della normativa comunitaria (artt. 81 e 82, già 85 e 86 del trattato CE), sarebbe esplicitamente esclusa dalla competenza giurisdizionale della Corte di Appello dall'art. 1 della L. 287/1990, come affermato anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, sollecitata da Stream, con decisione A 274 del 14 giugno 2000, aveva accertato l'abuso di posizione dominante di Telepiù nell'ambito della politica commerciale tenuta in tema di acquisizione dei diritti televisivi delle società di calcio e come sostenuto dalla stessa Stream che avrebbe basato il ricorso proposto proprio sulla violazione delle citate norme comunitarie, inutilmente tentando di correggere mediante « meri ritocchi testuali » tale impostazione con l'ultimo ricorso.

Osserva la Corte quanto segue.

L'art. 33 della L. 10 ottobre 1990, n. 287, dopo avere nel primo comma individuato come unico giudice dotato di competenza giurisdizionale esclusiva quello amministrativo, in ordine all'impugnazione dei provvedimenti emessi dal « Garante » nei casi previsti dai titoli I e IV della legge stabilisce, nel secondo comma che « le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi a ottenere provvedimenti di urgenza, in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla Corte di Appello competente per territorio ». Sono note le difficoltà interpretative che la norma in esame pone, soprattutto in tema di individuazione del giudice competente a emettere i provvedimenti ivi previsti. Un esame della norma rende, però, evidente l'affidamento in materia di una duplice competenza funzionale: da un lato quella del T.A.R. Lazio, quale giudice dell'impugnazione per quanto concerne in generale i provvedimenti emessi dal Garante in funzione di sanzioni delle attività compiute trasgredendo le regole in questione e, dall'altro, quella della Corte di Appello competente per territorio, per le que-

stioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché in tema di emanazione di provvedimenti d'urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni del I, II, III e IV titolo della legge n. 287/90.

In base all'obiettiva e inequivoca specificazione letterale si è ritenuto, sia in dottrina che in giurisprudenza (cfr., tra le altre, esplicitamente App. Milano, 23 gennaio e 15 luglio 1992; Trib. Napoli, 9 febbraio 1998; App. Torino, 17 febbraio 1995; T.A.R. Lazio, 5 maggio 1994, n. 652 e, implicitamente, App. Milano, 8 ottobre, 11 novembre 1994 e 2 luglio 1998) che la norma sia idonea a individuare indubbiamente nella Corte di Appello l'unico giudice competente in materia di emanazione di provvedimenti d'urgenza con carattere di generalità per l'intera materia (titoli I, II, III e IV della legge); non ignora, peraltro, il Collegio un indirizzo interpretativo diverso seguito in parte anche da questa Corte in fase di prima applicazione della legge in questione (cfr. ordd. 14 gennaio, 21 dicembre 1993 e 12 aprile 1995, *contra*, peraltro, ord. 9 settembre 1999, FIEG/Samà), che limita tale competenza alle sole pronunce di nullità o di risarcimento danni, superando la chiara e univoca formulazione della norma in base a un'interpretazione logico-sistematica che si richiama a criteri tradizionali in tema di riparto di giurisdizione (la strumentalità del giudizio, cautelare rispetto a quello di merito imporrebbe che i due processi dovrebbero svolgersi dinanzi a giudici appartenenti allo stesso ordine giurisdizionale). Si è, peraltro, osservato al riguardo innanzi tutto, che appare sicuramente arduo condividere tale interpretazione scaturita, fra l'altro, da un'ampia controversia sviluppatasi in ambito giurisdizionale e risolta, infine, da più interventi, anche a sezioni unite, della Corte di Cassazione, sacrificando, in funzione di questa, il dato obiettivo e letterale che sembra chiara espressione della volontà del legislatore di assegnare in un settore, già caratterizzato dall'affidamento di una giurisdizione esclusiva, un potere generale di adozione, revoca e modifica dei provvedimenti cautelari. Particolarmente significativa al riguardo è anche l'omissione del titolo quinto dalla materia affidata alla competenza cautelare, mentre non si deve dimenticare, fra l'altro, che già nei progetti di legge presentati al riguardo, l'intenzione era quella di individuare un organo giurisdizionale con specifica competenza in tema di tutela antitrust. In secondo luogo, si è sottolineato che tale interpretazione condurrebbe a ritenere la legge in questione (al contrario delle normative analoghe adottate nei vari paesi) in gran parte sostanzialmente priva di rimedi cautelari, di talché la riconduzione a legittimità dell'attività di operatori economici che agiscano in violazione dei principi ispiratori della legge in questione rimarrebbe priva di strumenti di immediato intervento, così rendendo vani gli scopi essenziali della legge tra i quali, l'efficacia della tutela che non può prescindere dall'immediatezza della sua attuazione al fine di fare effettivamente rispettare le regole della libera concorrenza nell'ambito del mercato. Né sarebbe sufficiente adombrare, per tale aspetto, un'eventuale profilo di incostituzionalità (proprio per la mancata previsione di strumenti di tutela immediata e cautelare) dovendo, ulteriormente, sottolinearsi come debba essere sicuramente preferita quella metodica interpretativa che conduce a un significato costituzionalmente legittimo rispetto a quella che, invece, ne appare in contrasto.

Già, seguendo il primo indirizzo interpretativo, la competenza di questa Corte sarebbe incontestabile, essendo stata richiesta dalla ricorrente l'adozione di provvedimenti di urgenza per i quali l'esegesi prettamente let-

terale della norma comporta una competenza funzionale al riguardo della Corte di Appello. Ma anche aldilà della possibile condivisione di una tale impostazione, pur se supportata dai rilevati argomenti testuali e logici, non v'è dubbio che il ricorso proposto in via cautelare da Stream presuppone, come esplicitamente affermato dalla stessa ricorrente, quali cause di riferimento nel merito, l'accertamento della nullità dei vari contratti asseritamente stipulati in contrasto con la normativa in esame e il risarcimento del danno conseguente all'ostacolo frapposto dalla conclusione dei contratti stessi da parte di Telepiù allo svolgimento di analoga attività da parte di Stream materie che il citato art. 33, ultimo comma della legge assegna a titolo di competenza funzionale alla Corte di Appello. Né può sostenersi che, dovendo, comunque, la giurisdizione nazionale cedere il passo a quella comunitaria, tale circostanza determinerebbe la competenza ordinaria e cioè del tribunale in ordine ai provvedimenti d'urgenza (ciò in base alla teoria che nega la competenza funzionale al riguardo della Corte di Appello). Osserva, infatti, la Corte che la legge n. 287 del 1990, riproducendo quasi letteralmente, agli artt. 2 e 3, le norme degli artt. 81 e 82 (già 85 e 86) del Trattato CE, regola in maniera identica, sotto il profilo sostanziale, anche ai fini delle sanzioni (nullità, espressamente o implicitamente comminata), le restrizioni alle regole della concorrenza e gli abusi di posizione dominante che si verifichino sul territorio nazionale. La linea di demarcazione nell'applicazione delle norme comunitarie o statali è, pertanto, individuabile (in aderenza alla tesi a suo tempo prevalsa a livello di Corte Europea) non nei comportamenti e nelle condotte lesive delle regole concorrenziali, che, appunto, non assumono carattere di diversità sotto il profilo sostanziale, ma solo sotto quello degli effetti delle condotte stesse, qualora questi rimangano circoscritti al mercato nazionale (o a una sua parte rilevante), ovvero producano conseguenze anche nella struttura concorrenziale del mercato comune. In tal caso è prevista la subordinazione dell'intervento repressivo della singola nazione a quello comunitario, pur nella riconosciuta mancanza di preclusione dell'operatività degli strumenti di tutela al riguardo previsti dall'apparato nazionale in caso di mancato intervento dell'autorità comunitaria, sia anche in caso di apertura da parte di questa di una diretta procedura, per gli aspetti esclusivamente interessanti il mercato nazionale (principio del coordinamento riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, T.A.R. Lazio 1902/1998).

Ritiene, però, la Corte che non è stata accennata e, tantomeno, dimostrata, in concreto, alcuna ragione che renda plausibile una possibile influenza della questione in esame in ambito comunitario. D'altra parte, pur sostenendo il Garante l'influenza della dichiarata assunzione di posizione dominante da parte di Telepiù nell'ambito del mercato comune — fatto che non assume rilevanza e tantomeno può far stato nella procedura in corso stante l'assoluta autonomia dei due procedimenti sia sotto il profilo processuale (non essendo previsto un rapporto di pregiudizialità), sia sotto quello sostanziale (non assumendo i rispettivi procedimenti alcuna influenza o condizionamento sulle decisioni delle diverse autorità) — riconosce (pag. 38 del provvedimento citato) che l'ampiezza geografica del mercato della pay tv è limitata all'ambito nazionale. Inoltre, il giudice comunitario cui il Garante ha comunicato gli atti ai fini previsti dall'art. 1, secondo comma della legge 287/1990, non ha iniziato alcuna procedura al riguardo. Pur dovendosi dare atto della preminenza della competenza

giurisdizionale comunitaria su quella nazionale, non deve, infatti, trascurarsi di valutare in quale modo e misura un comportamento anticoncorrenziale travalichi i confini del mercato nazionale espandendosi in ambito europeo, perché, seppur è vero che tale espansione può avere carattere, come è stato sostenuto anche in sede comunitaria, anche potenziale e che può riguardare anche una sola parte del mercato stesso (artt. 81 e 82 del Trattato), tale giudizio non può prescindere dalla valutazione dell'esistenza di effettivi e obiettivi riscontri, da un concreto esame dell'intercomunicabilità dei mercati e dall'idoneità delle violazioni in corso di accertamento a influenzare il commercio tra gli Stati membri, a meno di voler rendere del tutto vuota di significato la previsione di riparto di giurisdizione in esame. Tali condizioni — che dovrebbero evidenziare un problema di limitazione della concorrenza nell'ambito del mercato comune con possibilità di individuazione di società, operanti in campo sovranazionale, la cui attività potrebbe subire restrizioni a seguito dell'abuso ascrivito a Telepiù — difettano assolutamente nel caso in esame, non emergono dal provvedimento del Garante che ne ha fatto solo un cenno generico, non sono certamente state enunciate o, almeno, individuate da Telepiù, sulla quale ricadeva il relativo onere, quale promotrice dell'eccezione, e non sono in alcun modo riscontrabili negli atti di causa, pur essendo, com'è regola comune, compito di chi prospetta una tesi, in tema di difetto di giurisdizione o anche di incompetenza, fornire i necessari elementi idonei a dimostrare la fondatezza del proprio rilievo. Né questa può trovare riscontro nell'indicazione da parte di Stream, quali norme violate in tema di concorrenza degli artt. 85 e 86 (ora 81 e 82) del Trattato CE: tale indicazione, non assume, infatti, alcuna particolare valenza al riguardo, perché non acquista efficacia processuale, rimanendo circoscritto il riferimento effettuato al contenuto sostanziale degli articoli citati, come già detto pressoché del tutto identico a quello delle corrispondenti norme della legge antitrust italiana e che, comunque, in base al criterio di adeguamento interpretativo effettuato nel quarto comma dell'art. 2 della legge 287/1990, ben potrebbero essere richiamate anche a titolo di mero parametro valutativo di comportamenti effettuati in violazione delle regole della libera concorrenza.

L'eccezione di incompetenza prospetta deve, quindi, essere respinta e affermata la giurisdizione e la competenza esclusiva al riguardo di questa Corte.

b) L'improponibilità assoluta della domanda per mancanza di correlazione tra decisione definitiva e tutela provvisoria richiesta in questa sede: sarebbe, cioè, richiesta l'emanazione di un provvedimento (« sospensione dell'efficacia di contratti aventi a oggetto i diritti [cinematografici — la parentesi quadra apposta ha un senso per quanto in seguito sarà precisato —] e i diritti di calcio stipulati da Telepiù » e di « inibire a Telepiù di porre in essere qualsiasi iniziativa intesa a dare esecuzione ai contratti in parola o a stipularne altri ») che non potrebbe essere reso neppure all'esito del giudizio di merito, e non avrebbe quella funzione strumentale, anticipatrice, in via provvisoria, degli effetti della pronuncia definitiva, che il corpo di norme di cui agli artt. 669 e ss. e l'art. 700 gli assegna. Si tratterebbe, inoltre di provvedimento costitutivo, insuscettibile di passaggio in giudicato, incompatibile con la provvisoriarietà tipica di una misura cautelare e che, in sostanza finirebbe per avere le stesse conseguenze di una pronuncia di nullità.

Anche tale eccezione è infondata.

La Corte non ritiene di condividere l'impostazione proposta. Innanzi tutto, non può sostenersi, da un lato, l'impossibilità per il provvedimento cautelare richiesto di avere carattere anticipatorio degli effetti del provvedimento definitivo e, successivamente, affermarne l'impossibilità di adottarlo, sottolineando una sua presunta natura « costitutiva » in quanto « finirebbe per avere le stesse conseguenze di una pronuncia di nullità ». È proprio questa, infatti, la finalità cui tende l'adozione del provvedimento cautelare e, cioè, « l'idoneità ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito » mediante anticipazione degli stessi, come riconosciuto dalla stessa resistente Telepiù.

Orbene, non v'è dubbio che rispetto a una causa di merito il cui esito finale richiesto sia una pronuncia di nullità di uno o più contratti, la cautela adottata per evitare che sia subito un pregiudizio imminente e irreparabile non può che essere la sospensione dell'efficacia del o dei contratti stessi.

Quanto alla dedotta « costitutività » e « definitività » di un tale provvedimento, basta osservare che, in tali limiti, tutti i provvedimenti cautelari sono costitutivi e definitivi, mentre la loro provvisorietà deriva o dal loro effettivo assorbimento (o rigetto) nel provvedimento che chiude il procedimento di merito, ovvero dalla facoltà di revoca e di modifica che può sempre essere adottata in via di impugnazione o dallo stesso giudice che lo ha emesso con ricorso dei requisiti previsti. È, al contrario, la stessa natura del provvedimento richiesto, di carattere sospensivo, che ne rende evidente la provvisorietà e precarietà. Prescindendo poi, ancora una volta, dal campo di applicabilità dell'intervento cautelare funzionale affidato dall'art. 33 L. 287/1990 della Corte di Appello e limitando questo ai soli provvedimenti strumentali alle pronunce di nullità e di risarcimento del danno (evidentemente conseguente o alla stessa azione di nullità, ovvero ad altra azione di accertamento di una situazione di illegittimità), deve ulteriormente rilevarsi che il provvedimento cautelare, come richiesto ai sensi dell'art. 700 c.p.c., nella particolare fattispecie delle violazioni delle regole della libera concorrenza, deve tendere, da un lato, a paralizzare i comportamenti che si pongono in contrasto con la specifica normativa e, contestualmente, deve essere finalizzato a limitare il danno paventato, dipendente dall'impossibilità di occupare in regime di libera concorrenza una parte del mercato a causa della condotta del concorrente abusivo, utilizzando a tal fine la propria atipicità, così potendo assumere — perché teso alla eliminazione del presupposto stato di antigiuridicità — anche un contenuto qualitativamente diverso da quello definitivo nel merito.

La paventata « inattuabilità coattiva » dedotta a proposito del provvedimento cautelare non potrebbe, in ipotesi, non riguardare anche l'eventuale provvedimento definitivo nel merito, ma, comunque, risulterebbero soddisfatti i requisiti sopra accennati di valenza e finalità del provvedimento stesso (eliminazione della situazione antigiuridica e possibilità di ingresso nella parte di mercato abusivamente detrattagli dal concorrente reclamante che dovrà, comunque, a sua volta, accettare le regole del mercato stesso e i risultati della eventuale, successiva contrattazione). Le pronunce emesse nella particolare materia a tutela della libera concorrenza (si prescinde dall'eventuale risarcimento danni che riguarda una fase successiva) non consentono, infatti, il raggiungimento di un risultato in sé

utile e, come tale, eseguibile, ma consentono lo sfruttamento di una chance, altrimenti preclusa.

La ritenuta giurisdizione e competenza (funzionale) della Corte sia per la domanda di merito, sia per quella cautelare, rendono evidente l'infondatezza dell'ulteriore motivo di inammissibilità della domanda eccetto da Telepiù sotto il profilo dell'esistenza di un rimedio tipico per la tutela in via d'urgenza della situazione lamentata da Stream. La sospensione indicata al riguardo da Telepiù è, infatti, potere riscontrabile in capo al Garante e, quindi, può essere adottato solo da tale autorità, nell'ambito di svolgimento dei compiti demandatigli in sede amministrativa a tutela degli indirizzi generali del mercato, mentre nei casi di competenza giurisdizionale dell'a.g.o. nei quali si tratta degli interessi specificamente civilistici dei soggetti privati direttamente interessati dalle condotte abusive in tema di concorrenza, non può farsi riferimento che agli strumenti da questa utilizzabili sia in generale, che per la specifica attribuzione effettuata dall'art. 33, ult. comma L. 287/1990. Per la stessa ragione, stante l'autonomia e le diverse finalità delle due procedure e non trattandosi per quanto concerne l'attività del Garante di procedura contenziosa in sede giurisdizionale (come previsto dall'art. 295 c.p.c.), è fuori luogo richiedere la sospensione del procedimento in corso in attesa delle disposizioni che saranno emanate dal Garante allo scadere del termine di 180 giorni concesso a Telepiù per presentare una relazione in ordine alle misure idonee a rimuovere le accertate, in tale sede, violazioni delle regole della libera concorrenza. Non è stata fornita, inoltre, alcuna prova della pendenza di procedimento di impugnazione della decisione del Garante dinanzi al T.A.R. del Lazio che possa far prendere in considerazione l'analoga richiesta di sospensione formulata da Telepiù. La ontologica diversità sopra accennata degli interessi posti a base delle rispettive procedure rende, comunque, non accoglibile la richiesta. La « sospensione facoltativa » del giudizio (anche per ragioni di opportunità) richiesta da Telepiù in estremo subordine, è, ugualmente non condivisibile, considerato che non può essere disposta se non con il consenso di tutte le parti (v. art. 296 c.p.c. in relazione al precedente 295).

c) L'inammissibilità della domanda cautelare per mancata formulazione della domanda di merito. L'esplicita individuazione delle domande di nullità dei contratti stipulati con le società di calcio da Telepiù e dalle sue controllate Prima TV s.p.a., Atena servizi s.p.a. e Europa TV s.p.a., quali cause principali cui si ricollega la richiesta di provvedimento d'urgenza effettuato da Stream con i ricorsi in esame (v. pagg. 17, 18 e 19 dei ricorsi stessi) rende evidente l'infondatezza dell'eccezione proposta da Telepiù, considerato anche che, ai fini dell'emanazione di un provvedimento d'urgenza, non è necessaria la previa proposizione della domanda principale.

d) Inammissibilità per indeterminatezza delle domande di Stream e questioni di legittimazione. Sostiene Telepiù — la cui legittimazione diretta, quale società controllante al 100% delle società Prima TV s.p.a., Atena servizi s.p.a. e Europa TV s.p.a., non può essere messa in discussione, tenuto conto anche dell'esplicita previsione contenuta negli artt. 2 e 3 della L. 287/1990 (« associazioni di imprese » ... « una o più imprese ») — che non sono stati individuati da Stream i contratti ai quali dovrebbe applicarsi la sanzione di nullità e la conseguente richiesta di sospensione dell'efficacia e che non sono state individuate le società che hanno effetti-

vamente stipulato i contratti con le società di calcio. Anche questa eccezione è infondata. Premesso, per quanto sarà detto in seguito a proposito della relativa domanda, che può essere in questa fase tralasciata la problematica relativa alle società titolari dei diritti cinematografici ceduti a Telegiù, osserva, infatti, la Corte che sia con il provvedimento di integrazione del contraddittorio emesso da questa Corte il 17 agosto 2000, che con il successivo ricorso depositato il 16 ottobre 2000 da Stream sono state individuate tutte le società di calcio per i contratti delle quali, stipulati con Telegiù, è stata avanzata la domanda cautelare. Sono state anche citate (e già erano state chiamate in causa nel primo processo) le società controllate da Telegiù, Prima TV s.p.a., Atena servizi s.p.a. e Europa TV s.p.a., che risultano parti degli stessi contratti. Queste ultime società si sono costituite in giudizio e si sono opposte alla domanda cautelare di Stream, svolgendo difese analoghe a quelle di Telegiù sia nella memoria di costituzione che in quella successivamente autorizzata. Anche le società calcistiche si sono regolarmente costituite in giudizio nella quasi totalità (v. epigrafe), aderendo, nella sostanza, alla posizione della resistente Telegiù e opponendosi alla richiesta di adozione del provvedimento cautelare. L'integrazione del contraddittorio disposta e la riunione dei procedimenti, oltre alle precisazioni fornite da Stream all'udienza del 14 settembre 2000 sono, pertanto idonee a sanare eventuali irregolarità evidenziate con l'eccezione di cui si tratta. Se poi altre società siano sfuggite nell'individuazione effettuata ai fini dell'integrazione del contraddittorio, mentre è evidente che non ricorrono i principi propri del litisconsorzio necessario sostanziale, nessuna conseguenza ne può derivare sotto il profilo processuale dell'indicazione effettuata nell'ordinanza sopra citata: è ovvio che a queste non potrà, inoltre, essere opposto un eventuale provvedimento che comunque abbia incidenza sul loro contratto (così viene respinta anche l'eccezione al riguardo proposta da alcune delle società di calcio costituite in giudizio).

Deve, da ultimo, essere esaminata l'eccezione di estinzione dell'intero giudizio proposto dalle resistenti per mancata integrazione del contraddittorio da parte di Stream nei confronti di « tutti i soggetti titolari di diritti cinematografici contraenti con Telegiù o le sue controllate » (v. ord. 17 agosto 2000).

Non v'è dubbio che alla mancanza di integrazione del contraddittorio disposta con provvedimento del giudice consegua l'estinzione del processo a norma dell'art. 307 c.p.c. Ciò premesso è, peraltro, opportuno precisare che l'integrazione è stata disposta dalla corte ai sensi dell'art. 107 c.p.c., avendo ritenuto la comunanza di causa e la necessità della loro presenza in giudizio dei soggetti che avevano stipulato con Telegiù e con le sue controllate i contratti dei quali si assume la conclusione in violazione delle regole della concorrenza. L'azione cautelare proposta ha però riguardato due distinte posizioni contrattuali facenti capo da un lato a Telegiù e dall'altro a due serie di soggetti, gli uni costituiti dalle società di calcio che hanno ceduto i propri diritti televisivi a Telegiù e gli altri rappresentati dalle cause cinematografiche che hanno, invece, ceduto a Telegiù i diritti di trasmissione a mezzo TV ai films da loro prodotti. Per ambedue le categorie indicate è stata ipotizzata da parte di Stream la violazione dei principi stabiliti dalla legge in tema di libera concorrenza. Come, peraltro, emerge con chiarezza si tratta di due diverse situazioni che non appaiono connesse oggettivamente, neanche sotto il

profilo probatorio, non assumendo influenza, nei rispettivi ambiti, l'accertamento concluso sull'altro, ma solo soggettivamente e rispetto al solo gruppo Telepiù. Pertanto, trattandosi, all'evidenza, di posizioni non soltanto del tutto scindibili, ma addirittura autonome fra loro, se ne può, tranquillamente, disporre la separazione a norma dell'ultimo comma dell'art. 103 c.p.c. Il difetto di integrazione del contraddittorio relativamente a un solo gruppo di detti soggetti non può, in tal modo, acquistare alcuna efficacia nei confronti dell'altro di talché l'estinzione del processo, pur verificatasi e che deve in questa sede essere dichiarata, in accoglimento dell'eccezione proposta, non può riguardare che il primo gruppo di soggetti (le società cinematografiche) e non incidere sull'altro (le società di calcio) in relazione al quale detta integrazione del contraddittorio è avvenuta regolarmente.

Esaminate e risolte le questioni pregiudiziali proposte, passando al merito del ricorso proposto, osserva la Corte quanto segue.

Stream sostiene che Telepiù, ha abusato della sua posizione dominante nell'ambito del mercato rilevante della cessione dei diritti TV relativi alle partite di calcio della serie A e B trasmessa a pagamento (c.d. *pay TV e pay per view*), ponendo, mediante la stipulazione dei vari contratti di cessione di detti diritti, una serie di clausole che, in concreto, impediscono o rendono particolarmente gravoso l'ingresso sul mercato di altre società concorrenti (la parte relativa alla trasmissione dei films non può più essere considerata per le ragioni sopra esposte).

Non è il caso, in questa sede di descrivere il diverso modo di atteggiarsi delle TV c.d. commerciali (o « in chiaro ») e di quelle a pagamento (c.d. criptate), il diverso ambito nel quale operano e i prodotti che offrono al loro pubblico. Basta ricordare che queste ultime, principalmente, acquistano un prodotto e lo rivendono, diffondendolo a mezzo TV, al proprio pubblico, che paga per questo un abbonamento, che le forme di abbonamento sono varie e possono privilegiare alcuni prodotti rispetto ad altri e che questi riguardano, soprattutto, spettacoli sportivi e, principalmente, partite di calcio.

La richiesta formulata da Stream è quella di emissione in via d'urgenza di un provvedimento idoneo a rimuovere gli ostacoli suddetti, così rendendo possibile l'ingresso sul mercato di altri concorrenti.

In sostanza, Stream non solo lamenta l'assunzione da parte di Telepiù di una posizione dominante — i cui atti di costituzione e di mantenimento nel particolare settore delle comunicazioni radiotelevisive sono già di per sé considerati illeciti ed esplicitamente sanzionati di nullità assoluta dall'art. 2 L. 31 luglio 1997 n. 249 — ma che di tale posizione abbia ulteriormente abusato per evitare l'ingresso nel mercato di altri concorrenti.

A sostegno della propria richiesta, Stream richiama, con ampie citazioni letterali, il provvedimento n. 8386 del 14 giugno 2000, reso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, presso la quale, prima di adire l'a.g.o., Stream ha avviato la procedura amministrativa prevista dalla L. 287/1990 e che, all'esito degli accertamenti svolti, ha ravvisato nella condotta di Telepiù e delle sue controllate gli estremi dell'abuso di posizione dominante sanzionato dall'art. 82 (già 86) del Trattato CE, concedendo un termine di 80 giorni a Telepiù per presentare una relazione in ordine alle iniziative da intraprendere per rimuovere la situazione illecita accertata.

In particolare, dopo un'ampia disamina dei fatti denunciati e delle precisazioni e osservazioni delle parti interessate, l'Autorità Garante ha ritenuto che l'abuso ascrivibile a Telepiù sia rappresentato dall'aver acquisito in esclusiva, dall'anno 1998 — data di ingresso di Stream sul mercato — i diritti televisivi delle partite di calcio della maggior parte delle squadre di serie A e B e, principalmente, di quelle dalle tifoserie più ampie (Juventus, Milan, Inter, alle quali si aggiunge, poi, anche il Napoli, le cui vicende contrattuali sono attualmente al vaglio dell'a.g.o. che, in via d'urgenza, ha accertato la nullità del contratto perché concluso con abuso di posizione dominante da parte di Telepiù, così consentendo, in via provvisoria, il mantenimento di altro contratto stipulato dal Napoli con Stream) che consentivano il maggior seguito di pubblico per una durata superiore e addirittura doppia rispetto ai tre anni che costituiva il limite stabilito per prassi contrattuali nel periodo precedente e per avere apposto nei nuovi contratti clausole di prelazione al termine di scadenza dei contratti per il periodo successivo.

È ovvio che per le ragioni già suesposte (carattere amministrativo del procedimento dinanzi al Garante, autonomia assoluta delle distinte procedure, diversità ontologica e funzionale dei provvedimenti adottati all'esito etc.) i risultati cui è pervenuto il garante, anche se fondati sulle stesse normative applicabili, come sarà in seguito dimostrato, al caso in esame, non possano fare stato nel presente procedimento (non è chiaro che lo stesso provvedimento sia definitivo, ovvero sia stato impugnato dinanzi al T.A.R. Lazio; comunque, sul punto, anche se irrilevante, vi è insufficienza di materiale probatorio).

Ciò non impedisce, peraltro, che i fatti accertati storicamente dal Garante e l'elaborazione di dati effettuata su tale base possano costituire oggetto di esame da parte della Corte e fonte probatoria del proprio convincimento, tantopiù che l'obiettività degli stessi non è stata contestata da Telepiù. Piuttosto deve precisarsi che, seppur è esatto quanto rilevato da Telepiù e cioè che il Garante ha ravvisato l'abuso non in uno o più contratti, ma nella « politica commerciale seguita da Telepiù » non potrebbe essere altrimenti, dato il diverso ambito di intervento del A.G. rispetto a quello dell'a.g.o., l'una finalizzata alla tutela degli interessi generali del mercato e l'altra a quelli privatistici sottesi. La conclusione che può trarsi è, però, diversa rispetto a quella ipotizzata da Telepiù. Il Garante giunge al giudizio emesso mediante procedimento induttivo, risalendovi attraverso l'esame dei contratti stipulati da Telepiù per la cessione dei diritti delle varie società di calcio che recano nella previsione contrattuale le clausole costituenti il sistema attraverso il quale viene perpetrato l'abuso e che contrasta con i principi generali posti a base della libera concorrenza. Ciò non toglie, anzi conferma che le singole clausole esaminate sono anch'esse in contrasto con tali principi e quindi sono sanzionabili nell'ambito dei rapporti privatistici tra le società presenti o che intendono entrare sul mercato, dato che le stesse concretano l'abuso previsto, che può essere rimosso solo con la loro eliminazione da parte dell'a.g.o., secondo quel che sarà precisato in seguito.

Il primo dato certo, ai fini della sussistenza della violazione in questione, è sicuramente che, all'epoca indicata, Telepiù godeva indubbiamente di una posizione dominante sul mercato rilevante della TV a pagamento, posizione che le derivava, principalmente, dall'essere stata, in precedenza, l'unica impresa presente nel mercato stesso sul quale aveva

esercitato per più anni, in precedenza, una posizione monopolistica. La posizione dominante di Telepiù e anche la sua condotta al riguardo abusiva, d'altra parte, è stata riconosciuta in tutti i provvedimenti che sia in sede amministrativa che in quella giurisdizionale si sono succeduti negli ultimi tempi (oltre all'A.G.C.M. si sono pronunciati in tal senso il Tribunale di Roma, il Tribunale e Corte di Appello di Milano nel « caso Napoli »).

Il perdurare della posizione da parte di Telepiù anche dopo l'ingresso nel mercato rilevante in questione da parte di Stream (1998) è ampiamente dimostrata dai dati tecnici rilevabili da detto provvedimento dell'A.G.

Al riguardo è sufficiente rammentare che Telepiù dal 1996 al 1999 ha raddoppiato il numero dei propri abbonati passando da 770.000 a 1.444.941; che nel 1998 gli abbonati di Stream erano 89.350 rispetto al 1.113.792 di Telepiù, che gli incrementi in termini quantitativi annuali del numero degli abbonati tra Stream e Telepiù tra il 1998 e il 1999 sono praticamente uguali (194.000 e 101.840 per Stream e 187.000 e 143.179 per Telepiù), che all'atto dell'ingresso sul mercato di Stream, la contrazione, in termini di abbonati per Telepiù fu dell'8%, ridotto al 93% solo alla fine dell'anno 1999. È evidente dal solo esame delle cifre esposte la presenza preponderante e, quindi, dominante sul mercato di Telepiù che, d'altra parte, riconosce esplicitamente tale situazione nella relazione al bilancio di esercizio dell'anno 1997 (« il gruppo Telepiù risulta essere l'unico operatore di pay tv integrato esistente nel mercato italiano avendo l'unico operatore alternativo un ruolo puramente marginale » ... « si può ragionevolmente ritenere che la posizione ... così acquisita da Telepiù costituisca un importante vantaggio rispetto ai nuovi operatori di pay tv ai quali sarebbe richiesto un flusso di investimenti estremamente elevato e ravvicinato nel tempo tale da non assicurare un sostenibile ritorno economico sull'investimento nel medio-lungo periodo »). Ma fu proprio con l'avvento di Stream e con il suo affacciarsi sul mercato che l'ex monoposta, per mantenere il suo stato di privilegio (la predisposizione dei contratti ne è elemento rivelatore) inserì alcune clausole quali quelle di raddoppio della durata contrattuale (da tre, termine invalso nella prassi contrattuale fino a quel momento, a sei anni). La prossimità del rinnovo di tali convenzioni all'ingresso di Stream e il carattere apertamente anticoncorrenziale della eccessiva durata delle esclusive, tali da non consentire la trattativa ad altri soggetti per un periodo di tempo, comunque troppo lungo considerate le dimensioni e l'agilità dinamica del tipo di mercato e la necessità di procrastinare nel tempo la possibilità di ritorno dell'elevato flusso di investimenti (la cui necessità, come sopra ricordato, è indicata dalla stessa Telepiù), costituiscono chiari elementi sintomatici dell'abuso operato da Telepiù, usufruendo della propria posizione dominante.

Deve considerarsi infatti evidente che il mercato in questione presenta un'ampia possibilità di sviluppo sotto il profilo dell'acquisizione di nuovi abbonati reclutati in base a pacchetti differenziati offerti da ambedue le imprese operanti, tuttavia, tale possibilità è più apparente che reale per quanto concerne in particolare il calcio del quale costituisce il nucleo centrale e fondamentale la trasmissione delle partite del campionato nazionale. L'esclusiva temporalmente eccessiva di cui godeva (e gode) Telepiù, siccome riguardante praticamente la fetta più consistente del mercato stesso (solo il fatturato di abbonamenti per le sole squadre di

Juventus, Inter e Milano rappresentava il 65% del complesso della fatturazione per tutte le squadre di serie A), senza considerare tutte quelle di serie B e il contratto stipulato con il Napoli, stanti le contestazioni in atto ancora *sub iudice*, che, forse, rappresenta il maggior bacino di utenza specifica, impediva di fatto (se non in modo estremamente dilazionato nel tempo) ogni effettiva espansione nel mercato dei nuovi operatori rimanendo congelata a favore dell'impresa dominante la parte più importante, percentualmente, e qualitativamente, dei possibili fruitori del servizio. Non v'è dubbio che la barriera dell'esclusiva anche solo triennale già comportava una impossibilità giuridica prima che tecnica di penetrare nel mercato in termini brevi. Aver raddoppiato tale durata, imponendo un ostacolo praticamente insormontabile all'ingresso sul mercato, idoneo a escludere di fatto ogni parvenza di concorrenza, ha reso praticamente definitivo e immodificabile il limite esclusivistico. Quando, poi, pur con il mantenimento della durata più breve del contratto (ma anche nei casi di raddoppio), fu prevista la ulteriore possibilità di bloccare, alla scadenza contrattuale, eventuali nuove acquisizioni da parte dei possibili concorrenti e, quindi, di Stream con il patto opzionale previsto a favore di Telepiù alla cui stregua, seppur in termini brevi, è prevista la possibilità di acquistare i diritti televisivi alle stesse condizioni previste per il concorrente che le abbia formulate, l'abuso compiuto appare in tutta la sua eclatanza, essendo del tutto chiara la preordinazione di tale previsione contrattuale e la sua potenziale finalizzazione a escludere dal mercato altri concorrenti e ciò senza alcun aggravio, anzi sfruttando le trattative da questi poste in essere e usufruendo dei risultati da loro ottenuti, senza alcun dispendio di attività economica, aziendale e strutturale, ma semplicemente pareggiando le offerte contrattuali da costoro proposte. In tale situazione e rimanendo circoscritta l'indagine nei limiti della sola acquisizione dei diritti del calcio, non può essere condivisa la deduzione di Telepiù dell'assorbimento di ogni questione limitativa della concorrenza nella previsione da parte dell'art. 2 D.L. 15/1999 (convertito nella L. 78/1999) che prevede un limite del 60% per gli operatori nello specifico campo nell'acquisizione dei diritti televisivi del calcio delle partite della serie A. Trattasi, al contrario, di previsione che rispecchia la maggiore severità con la quale il legislatore ha inteso disciplinare i rapporti di libera concorrenza nello specifico settore e che già trova riscontro nella previsione dell'illiceità della sola esistenza di una posizione dominante sul mercato specifico. Tale normativa, lungi dall'abrogare o sostituire la normativa generale, alla quale si affianca, ha la finalità di stabilire, comunque, e anche in caso di inesistenza di violazioni delle regole della libera concorrenza, che questa, nel campo specifico, è presuntivamente violata solo che la quota di società acquisite superi il 60% di quelle complessivamente iscritte al campionato di serie A, senza escludere, peraltro, che anche l'acquisizione di quote inferiori possa integrare violazione delle regole stesse.

Ugualmente non condivisibile è l'ulteriore argomentazione svolta da Telepiù sull'effettiva posizione nel mercato di Stream alla luce degli ultimi programmi posti in onda. A parte la sua fondatezza sia per la provenienza (da parte controinteressata) che per la mancanza di ogni profilo di sostegno documentale, e considerato che l'attività riguarda oggetti diversi e si pone in periodo diverso e successivo alla domanda proposta, sono gli stessi dati offerti che rendono ancora evidente e attuale l'esistenza della

posizione dominante di Telepiù, dato che, nonostante l'acquisizione da parte di Stream di grandi avvenimenti sportivi in esclusiva quali il Torneo di Wimbledon, la proiezione di un programma nuovo per l'Italia e seguito da vari, ampi e non omogenei settori del pubblico quale « Il Grande Fratello » e l'acquisizione dei diritti calcistici per la partecipazione delle squadre italiane alla competizione di Champion League, e, quindi l'acquisto di nuove e rilevanti posizioni in esclusiva del mercato, la rispettiva influenza sullo stesso, quale indicata da Telepiù rimarrebbe, tutto ciò nonostante, del 28% per Stream e del 72% per Telepiù (non è stata indicata l'analoga percentuale in fatturato) e cioè senza spostamenti particolarmente significativi e tali, comunque, da non scalfire la posizione dominante di Telepiù. Anzi la circostanza sembra rendere ancor più evidente l'assoluta rilevanza che nel mercato assume proprio l'acquisizione dei diritti televisivi delle partite di calcio riguardanti il campionato nazionale, soprattutto, di serie A che, comportando la possibilità per ampi settori delle varie tifoserie (e di quelle, già detto, con maggior seguito) di seguire a casa le partite della propria squadra sia in trasferta che in casa, costituisce il faro (per esprimersi con il linguaggio della Corte di giustizia Europea) che convoglia su di sé la maggior parte delle risorse del mercato e la cui acquisizione, almeno in ampia percentuale, consente di assumere una posizione dominante non solo nell'ambito del calcio, ma sull'intero mercato della pay tv.

A tal proposito è opportuno precisare che il concetto di mercato nazionale e, principalmente di parte di esso contenuto nella legge 287/1990 non ha soltanto un significato di delimitazione geografica, né deve intendersi come riferibile alle esclusive conseguenze dell'abuso di posizione dominante sul complesso dei rapporti concorrenziali esistenti a livello nazionale o in ambito territoriale più delimitato, ma assume anche rilevanza sotto il profilo della sua funzionalità nell'ambito della sfera di controllo che l'impresa che commette l'abuso esercita nell'acquisizione del complesso dei prodotti che provvede a distribuire o relativamente a parti o a uno solo degli stessi. La condotta abusiva può, pertanto, riguardare, come nel caso in esame, non l'attività nella sua interezza (il complesso dei prodotti della pay tv), ma solo un suo settore, quale quello di specie delle partite di calcio del quale il campionato nazionale costituisce, come già detto, faro.

Esula dal peculiare esame in corso la valutazione della condotta negativa (ribadita da Telepiù) che varie società costituite assumono sia stata tenuta da Stream nella condizione delle trattative per acquisizione dei diritti relativi a tutte (praticamente) le squadre iscritte al campionato di serie B. A parte che si tratta di affermazioni di parte (Stream descrive in diversa maniera lo svolgimento dei fatti relativi) e neanche verificabili in un giudizio sommario quale quello in corso, deve rilevarsi che, anche a voler dare per accertato che in tale settore Stream abbia goduto di margini di possibile trattativa, l'acquisizione dei relativi diritti non appare particolarmente influente nell'ambito del complessivo mercato di cui trattasi ai fini della valutazione dell'abuso in esame i cui estremi sono stati in precedenza descritti. Ciò nondimeno anche per i contratti stipulati con le società di calcio di serie B valgono gli stessi principi di salvaguardia della libertà di concorrenza sopra indicati, soprattutto in relazione alla loro durata e alle clausole di prelazione (soprattutto previste, in funzione di una promozione in serie A).

Per le esposte ragioni nessun dubbio può, quindi, sussistere in ordine al comportamento abusivo tenuto da Telepiù, che integra, all'evidenza, gli estremi del *fumus boni iuris* richiesto ai fini dell'adozione del provvedimento d'urgenza richiesto.

Quanto al *periculum in mora*, si osserva che, nell'ipotesi di condivisione dell'interpretazione letterale del secondo comma dell'art. 33 L. 287/1990, che comporta una competenza generale della Corte di Appello in tema di emanazione di provvedimenti cautelari, non può sussistere alcun dubbio sulla ricorrenza del requisito in questione essendo, all'evidenza, pregiudizievole in modo irreparabile e immediato per lo svolgimento dei normali rapporti di libera concorrenza nello speciale settore l'esistenza di una posizione dominante sul mercato (v. art. 2 L. 249/1997) e, a maggior ragione, se di tale posizione si abusi. Ma anche nel caso si ritenga che la competenza cautelare della Corte di Appello sia limitata ai soli provvedimenti prodromici e strumentali di sentenze di nullità o di risarcimento danni non può pervenirsi che a identica soluzione, in un sistema economico basato sui principi della libera concorrenza e della parità iniziale di ricerca specifica e tecnologicamente molto avanzata quale quello della ripresa e trasmissione televisiva, costituisce un indubbio pregiudizio attuale, in funzione del sacrificio derivante dalla mole e complessità anche tecnica degli investimenti da effettuare e dalla programmazione da compiere, il non poter raggiungere comunque la chance paritaria con gli altri concorrenti se non a prezzo di sacrifici che contrastano con la possibilità di libera competizione commerciale. In tal caso il pregiudizio non è solo imminente, ma immanente nella situazione di mercato in cui dovrebbe operare il nuovo entrato e deriva dal fatto che il rafforzamento di una posizione già dominante e l'abuso che di tale posizione venga fatta dal suo detentore con l'allontanamento in tempi lunghi della prospettiva competitiva — o, peggio, con la sua vanificazione mediante i patti di prelazione — equivale di fatto a non consentire una partecipazione di altri soggetti, scoraggiandone la presenza sul mercato o, addirittura, escludendola, ed è, quindi, sotto tale profilo anche irreparabile. L'attualità del pregiudizio deve, infatti, essere rapportato all'attività che viene svolta, ai notori grossi investimenti che comporta, ai tempi sicuramente lunghi di una programmazione per l'ingresso in parti rilevanti del mercato ad essere valutata nell'ambito dei parametri descritti e soprattutto in relazione allo svolgimento dell'attività economica di cui si tratta che comporta impegni programmatici preventivi in funzione della chance operativa rappresentata, dall'acquisizione dei diritti televisivi e dalla loro successiva vendita, attività che richiede, preparazione, studio, svolgimento di rapporti e di trattative da effettuare anticipando, evidentemente, i tempi previsti di scadenza contrattuale riguardanti anche, e soprattutto, i concorrenti e che deve tener conto delle scadenze connesse al ritmo dei campionati di calcio e alle connesse evenienze quali retrocessioni o promozioni. Quindi il pregiudizio è in tali casi decisamente idoneo a incidere sulla stessa capacità concorrenziale e a condizionare pesantemente la stessa struttura imprenditoriale, soffocandone ogni possibilità di sviluppo: è cioè idoneo a limitare, quasi annullandola, l'evoluzione produttiva che costituisce una dalle finalità tipiche e fondamentali dell'impresa. In tale ottica, non è quindi azzardata la conclusione che ne trae Stream e cioè che la situazione descritta, minacciando la stessa sua sopravvivenza (*id est* la sua esclusione dal mercato effettivamente rile-

vante) evidenza chiaramente l'irreparabilità del danno richiesta dalla legge.

Deve, in conclusione affermarsi, come già accennato in precedenza, che la violazione della normativa antitrust, in quanto direttamente incidente su principi e situazioni ritenute degne della massima protezione proprio perché relative a parametri inderogabili attinenti alle regole della libera concorrenza, fondamento di un corretto sviluppo del mercato, già di per sé e per la sua rilevanza pubblicistica, potrebbe ritenersi costituire pregiudizio irreparabile; deve, poi, considerarsi che l'impossibilità di recuperare (o di avere la chance di recuperare) in termini ragionevoli i notevoli investimenti effettuati al fine di affacciarsi sul mercato possono determinare squilibri di impresa tali da comportare ripercussioni aziendali anche fatali e sicuramente di difficile, se non impossibile, riparazione.

Dalle osservazioni svolte, risulta, pertanto, con chiarezza, la ricorrenza nella fattispecie in esame di tutti i requisiti per l'emanazione del provvedimento d'urgenza richiesto. Per quanto, in particolare, concerne la sua natura e struttura, richiamato quanto ha già costituito argomento di trattazione alle precedenti pagg. 14 e 15, deve premettersi che le clausole sopra menzionate in quanto integrano l'ipotizzato abuso di posizione dominante sul mercato rilevante in questione si pongono in contrasto con la normativa relativa e, in particolare, con il divieto sancito dall'art. 3 della L. 287/1990. Trattandosi di violazione di norma imperativa, la sanzione prevista dall'art. 1418 c.c. è la nullità. Non v'è alcuna necessità che tale nullità sia comminata espressamente dalla legge, come avviene per le ipotesi previste dall'art. 2 L. 287/1990, stante la indiscutibile previsione della normativa codicistica citata. E non può non ribadirsi che tale sanzione colpisce nel particolare settore degli operatori televisivi anche la sola esistenza di una posizione dominante sia nella sua costituzione che nel suo mantenimento (art. 2 L. 31 luglio 1997 n. 249). Con il provvedimento da emanarsi in via d'urgenza deve, quindi essere conseguito in via temporanea (fino all'emanazione del provvedimento definitivo) l'effetto che sarà, in ipotesi, raggiunto con la decisione definitiva. Questa dovrà esser una pronuncia di nullità (se è esatto l'*iter* logico e giuridico seguito); l'effetto di tale pronuncia da raggiungere provvisoriamente non può essere che la sospensione dell'efficacia delle clausole attraverso le quali si è concretato l'abuso, e cioè di quelle che hanno raddoppiato il periodo di vigenza dell'esclusiva contrattuale e quelle con le quali è stata prevista la prelazione a favore di Teletipiù e delle sue controllate alla scadenza contrattuale alle stesse condizioni offerte dalla concorrenza.

Non è questa la sede, stante, la sommarietà della competenza del giudice cautelare e la provvisoria temporaneità della sua pronuncia, per valutare la rilevanza ai fini della conclusione del contratto della clausola in parola al fine, previsto dall'art. 1419, primo comma c.c., della possibilità di estensione della nullità all'intero contratto nel quale è inserita, né di determinare il periodo di tempo di durata del contratto (non esiste una previsione normativa in materia di sostituzione automatica delle clausole nulle a norma dell'art. 1419 cpv. c.c.). Tale valutazione spetterà, solo in caso di affermata nullità, al giudice del merito che dovrà compiere tale esame e stabilire la rilevanza della clausola nell'economia dell'intero contratto.

Ai fini dell'individuazione concreta dei contratti nei quali sono contenute le clausole deve rilevarsi che solo alcuni di questi sono stati pro-

dotti. Soccorre, anche in questo caso, la precisa individuazione degli stessi effettuata nel più volte citato provvedimento emesso dall'A.G.C.M., alla cui stregua le clausole contrarie alla norma imperativa di cui all'art. 3 L. 287/1990 sono contenute nei contratti stipulati fra Telepiù (o le sue controllate, tra le quali assume un ruolo quasi esclusivo Europa TV s.p.a.) e le società di calcio Juventus F.C. s.p.a., Milan A.C. s.p.a., Internazionale Milano s.p.a., A.S. Napoli Calcio s.p.a. (la questione della validità di questo e dell'altro contratto stipulato con Stream sono ancora *sub iudice*), Bologna Football Calcio 1909 s.p.a., Bari Calcio s.p.a., Verona Hellas Football s.p.a., Perugia Ass. Calcio s.p.a., Reggina Calcio s.p.a., Cagliari Calcio s.p.a., Torino Calcio s.p.a., Piacenza Football Club s.p.a., Empoli F.C. s.p.a., Salernitana Sport s.p.a.

Non ritiene la Corte che tale dichiarazione di inefficacia delle singole clausole specificate sia tale da comportare problemi nell'ambito esecutivo dei vari contratti. È ovvio, infatti, che, mentre l'inefficacia delle clausole di prelazione ha immediata valenza operativa, la sospensione dell'efficacia di quelle relative alla durata del contratto comporta un vuoto negoziale relativo alla sua scadenza in concreto. Questo può, peraltro, essere colmato o da un nuovo regolamento della sua durata nei limiti che sono stati in generale ritenuti ragionevoli anche nell'ambito delle pronunce più volte citate del Garante e dei giudici ordinari che si sono pronunciati in materia (per tali contratti già risulta effettuata una previsione negoziale delle conseguenze di tale ipotesi, con riviviscenza del termine triennale in precedenza adottato), mentre, in caso di mancanza di accordo, le parti potranno adire il giudice ordinario ai fini previsti dall'art. 1183 c.c.

L'accoglimento solo parziale del ricorso e la particolare articolazione della fattispecie esaminata, le ragioni della decisione e l'esistenza di contrasti dottrinali e giurisprudenziali anche profondi in materia consigliano l'integrale compensazione fra tutte le parti delle spese processuali.

P.Q.M. — La Corte, in parziale accoglimento del ricorso proposto da Stream s.p.a. nei confronti di Telepiù s.p.a. e delle società dalla stessa controllate, Prima TV s.p.a., Atena servizi s.p.a. e Europa TV s.p.a., nonché delle società di calcio indicate in epigrafe, così provvede:

— dispone la riunione del procedimento n. 4862/2000 a quello n. 3583/2000;

— ordina la separazione della causa avente a oggetto la cessione e sfruttamento dei diritti cinematografici da quella relativa ai diritti televisivi sulla trasmissione delle partite di calcio e ne dichiara l'estinzione;

— sospende in via d'urgenza e provvisoriamente l'efficacia delle clausole contenute nei contratti stipulati negli anni 1998 e 1999 tra Telepiù, o le sue controllate Prima TV s.p.a., Atena servizi s.p.a. e Europa TV s.p.a., e le società di calcio Juventus F.C. s.p.a., Milan A.C. s.p.a., Internazionale Milano s.p.a., A.S. Napoli Calcio s.p.a., Bologna Football Calcio 1909 s.p.a., Bari Calcio s.p.a., Verona Hellas Football s.p.a., Perugia Ass. Calcio s.p.a., Reggina Calcio s.p.a., Cagliari Calcio s.p.a., Torino Calcio s.p.a., Piacenza Football Club s.p.a., Empoli F.C. s.p.a., Salernitana Sport s.p.a., in tema di cessione dei diritti televisivi delle partite di calcio disputate dalla squadra di calcio delle dette società nei campionati nazionali di serie A e B, per la parte in cui tali clausole prevedono: a) una durata contrattuale superiore ai tre anni; b) la prelazione, alla scadenza del contratto, in favore di Telepiù, o di società dalla stessa controllata,

per l'acquisto dei diritti di trasmissione delle partite di calcio in casa alle stesse condizioni economiche proposte da altre società concorrenti con Telepù.

**L'ABUSO DI POSIZIONE
DOMINANTE NEL MERCATO
DEI DIRITTI TELEVISIVI SU
AVVENIMENTI SPORTIVI**

mento, a causa dell'accertata contrarietà alla libertà di concorrenza sul mercato e, segnatamente, per la ravvisata violazione del divieto di abuso della posizione dominante, rappresenta uno dei primi interventi giurisprudenziali in tema di diritti televisivi², oltre che certamente l'unico specifi-

1. LE PROBLEMATICHE.

La pronuncia mediante la quale la Corte d'Appello di Roma ha sospeso in via d'urgenza l'efficacia dei contratti di acquisizione dei diritti televisivi¹ su talune manifestazioni sportive conclusi da un'emittente televisiva a paga-

¹ La tematica dei diritti televisivi non ha costituito oggetto di approfondita analisi da parte della dottrina. I riferimenti sono piuttosto risalenti, e, in prevalenza, traggono motivi di riflessione dall'emanazione di talune pronunce dell'epoca sulla specifica tematica dei diritti televisivi e radiofonici sulle manifestazioni sportive. Si vedano MIGLIORANZI, *Dir. lav.*, 1954, I, 413; BERNARDINI, *Bene, gara sportiva, spettacolo, utilizzazione esclusiva*, in *Rass. dir. cinem.*, 1958, 43; BERLUCCHI, *Spettacoli sportivi e documentari cinematografici*, in *Corti Brescia e Venezia*, 1959, 357; BERLUCCHI, *Ancora in tema di riprese cinematografiche sportive*, in *Corti Brescia e Venezia*, 1960, 347; R. BORRUSO, *Sempre in tema di ripresa cinematografica o televisiva degli spettacoli sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1960, 361; R. BORRUSO, *La tutela dello spettacolo sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1966, 17; SANTORO, *Manifestazioni sportive e cronaca televisiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1979, 46; R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 177; D. PETTITI, *In tema di riproduzione cinematografica della gara sportiva*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 481; G. OPPO, *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 30; E. SANTORO, *Manifestazioni sportive e cronaca televisiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1979, p. 46; L. SARAZANI, *L'emittente radiofonica e televisiva e i diritti dei creatori dello spettacolo*, in *Dir. aut.*, 1985, 204; A. GIANNINI, *Sulla*

tutela delle manifestazioni sportive, in *Riv. dir. ind.*, 1958, I, 258 ss., spec. 266. Da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, A. MUSSO, *Titolarietà e trasferimento dei diritti radiotelevisivi sulle manifestazioni sportive*, in *AIDA*, 2000, 472 ss.

² Abbiamo rilevato in altra sede che l'elaborazione della giurisprudenza in ambito nazionale ha avuto origine in un momento successivo rispetto a quanto accaduto negli altri Paesi, anche europei, e che la problematica relativa alla regolamentazione dei diritti televisivi è di emersione solo recente in Italia.

Nella prima occasione di intervento giudiziale nella materia dei diritti televisivi la richiesta era stata avanzata da un'emittente televisiva con riferimento alla legittimità di un accordo mediante il quale le altre emittenti nazionali «in chiaro» avevano proceduto alla ripartizione dei diritti televisivi relativi ai principali eventi sportivi a livello nazionale, riducendo significativamente la possibilità di sviluppo della concorrenza sul mercato di riferimento e ostacolando l'ingresso sul mercato di ulteriori concorrenti. A seguito di un successivo accordo concluso tra tutte le emittenti presenti nel settore della televisione commerciale nazionale la suddivisione delle quote di mercato aveva acquisito ulteriore stabilità (mediante il coinvolgimento della medesima emittente televisiva che aveva azionato l'indagine conoscitiva), e si era quindi determinato un pregiudizio potenzialmente ancora maggiore, in quanto relativo ad un maggior numero di soggetti presenti sul mercato e, pertanto, produttivo di un ef-

camente riferito all'applicazione della disciplina dettata dalla legge 78/99³, e offre lo spunto per alcune considerazioni di carattere critico riferibili sia all'*iter* argomentativo che presiede alla decisione in epigrafe, sia anche — e preliminarmente — al medesimo provvedimento legislativo.

L'intervento giurisprudenziale riportato affronta infatti una problematica — quale quella relativa all'operatività della disciplina antimonopolistica nel settore dei diritti televisivi⁴ — che si segnala all'attenzione dell'interprete in quanto costituisce il primo tentativo di individuare l'ambito di applicazione della legge citata. L'interesse suscitato dalla pronuncia è ascrivibile prevalentemente al fatto che, sebbene il mercato dei diritti di trasmissione televisiva degli eventi sportivi⁵ abbia assunto propor-

fetto ancor più restrittivo della concorrenza. Ad avviso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato prima, e del T.A.R. Lazio poi, infatti, l'accordo concretava un impedimento all'accesso degli eventuali concorrenti al mercato dei diritti di trasmissione televisiva delle competizioni calcistiche, mercato che avrebbe dovuto essere considerato di per sé autonomamente rilevante, precludendo così il libero sviluppo e il corretto svolgimento della concorrenza. Il contratto di ripartizione dei diritti televisivi veniva pertanto qualificato come intesa restrittiva della concorrenza, e pertanto sanzionato con la declaratoria di nullità.

L'intera vicenda consta di una pluralità di interventi: in particolare, la pronuncia dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 10 dicembre 1998, n. 6662, si trova pubblicata nel *Bollettino*, 21 dicembre 1998, n. 49, p. 37 ss.; la sentenza del T.A.R. Lazio, 6 marzo 2000, può essere letta in questa *Rivista*, 2000, p. 629 ss., con nota di E. PODDICHE, *Tutela dei diritti televisivi su manifestazioni sportive e normativa antitrust*, cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici e di giurisprudenza comunitaria.

³ L. 29 marzo 1999, n. 78, in *G.U.*, *Serie Generale*, 31 marzo 1999, n. 75, di conversione del D.L. 30 gennaio 1999, n. 15, Pubblicato in *G.U.*, *Serie Generale*, 30 gennaio 1999, n. 24.

⁴ Il dibattito dottrinario in materia si presenta invece notevolmente esteso ed avanzato in ambito statunitense, ove il profilo dell'utilizzazione della normativa anticoncorrenziale e antimonopolistica ai diritti di trasmissione televisiva delle competizioni sportive costituisce da tempo oggetto di approfondita analisi; sul tema si rinvia all'ampia trattazione di R. PARDOLESI - C. OSTI, *Avvisi di burrasca: antitrust e diritti TV su manifestazioni sportive*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1996, 3 ss., nonché, M. COCCIA, *Diritti televisivi sugli eventi sporti-*

vi e concorrenza, in *Mercato, concorrenza e regole*, 1999, p. 519.

⁵ Una articolata controversia si è sviluppata nell'ambito dei diritti di sfruttamento patrimoniale degli eventi sportivi, ma con specifico riferimento al settore delle figurine da collezione e, più in generale, del collezionabile editoriale, laddove l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è intervenuta al fine di dichiarare l'illegittimità dell'accordo mediante il quale l'Associazione Italiana Calciatori aveva concesso in via esclusiva alla società Panini S.p.A. il diritto di utilizzazione economica dell'immagine dei calciatori per la produzione e commercializzazione delle figurine autoadesive, in quanto configurabile come intesa restrittiva della concorrenza. La decisione - A.G.C.M., 31 ottobre 1996, in *Riv. dir. sport.*, 1997, 294, con note di D. LIANTONIO, *Antitrust e diritti esclusivi in materia sportiva; venti di tempesta?*; L. PAOLONI, *Le figurine Panini all'esame dell'Antitrust*; G. RESTA, *Diritto all'immagine, right of publicity e disciplina antitrust (osservazioni in margine al caso Panini)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 692, con nota di G. RESTA, *Il cd. diritto all'utilizzazione economica dell'immagine tra autonomia negoziale e diritto della concorrenza*; in *Concorrenza e mercato*, 1997, 279, con nota di D. SARTI, *Antitrust e diritti esclusivi; osservazioni in margine al caso Panini* - è stata successivamente annullata dal T.A.R. Lazio, 8 gennaio 1998, n. 96 (in *Foro it.*, 1998, III, 74, con nota di R. PARDOLESI - G. RESTA, « Non sono soltanto figurine ... »: *antitrust e nuove forme di proprietà intellettuale?*, in *Foro it.*, 1998, III, 74, e in *ALDA*, 1998, 743, con nota di D. SARTI, *Antitrust e diritti di immagine: nuove riflessioni sul caso Panini*), e l'annullamento ha trovato conferma (seppur con argomentazioni differenti, in ordine alle quali si rinvia ai contributi dottrinali citati) dinanzi al Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 feb-

zioni di indubbio rilievo⁶, l'analisi teorica sulla tematica registra ancora un ridotto grado di sviluppo, atteso che sia la riflessione dottrinale che quella giurisprudenziale si trovano ancora allo stato embrionale. In fatto contesto si inseriscono recentemente, da un lato, un tentativo di regolamentazione legislativa riferito ad un particolare settore (specificamente individuato nei diritti televisivi su determinate partite di calcio), dall'altro la pronuncia in epigrafe che, nel dare applicazione al dettato legislativo, propone un'opzione ermeneutica che desta talune perplessità. Ma la decisione, nell'offrire un'interpretazione applicativa della legge, consente altresì di rilevare i difetti di sistematicità e ragionevolezza insiti nel sistema normativo di riferimento.

2. IL CASO: DIRITTI TELEVISIVI SULLA PAY TV E PROFILI ANTITRUST SUL MERCATO RILEVANTE.

Nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte d'Appello la domanda di accertamento della sussistenza di una violazione dell'art. 33, L. 287/90, e la conseguente richiesta di emanazione di un provvedimento inibitorio, è stata presentata da un'emittente televisiva che trasmette con segnale criptato (Stream) al momento del proprio ingresso sul mercato, nei confronti dell'originario monopolista del mercato della *pay TV* (Telepiù). Tale emittente, infatti, avvertita dell'imminente presenza di un nuovo concorrente sul mercato di riferimento, aveva provveduto all'integrale riconversione dei contratti di sfruttamento dei diritti televisivi sulle manifestazioni calcistiche di maggior rilievo, assicurandosi la possibilità di trasmettere le partite di calcio del Campionato di serie A e le principali competizioni del torneo della serie cadetta per le successive « stagioni » calcistiche, modificando talune clausole dei regolamenti pattizi relativi alla cessione dei diritti televisivi.

braio 1999, n. 172, in *Foro it.*, 2000, con nota R. PARDOLESI - G. RESTA, *Di figurine da collezione, cartelli e trasferimento di monopolio*.

⁶ Il prodigioso incremento degli investimenti nel settore della cessione dei diritti di trasmissione televisiva viene posto in evidenza — sia pure con riferimento all'ambito comunitario, e non specificamente nazionale — dalla Commissione CEE (Commiss. CEE, 10 maggio 2000, in *GUCE*, L 151, 24 giugno 2000, 18 ss.), che, nel giudizio inerente alla natura anticoncorrenziale del sistema di Eurovisione, ha sottolineato che « nel corso dell'ultimo decennio (...) nei cinque maggiori mercati televisivi della Comunità (Germania, Francia, Regno Unito, Italia e Spagna) il numero delle emittenti o dei canali è raddoppiato o triplicato nel periodo dal 1982 al 1997. Le nuove emittenti televisive hanno ovviamente interesse ad investire ingen-

ti somme per manifestazioni sportive di richiamo, al fine di accrescere il prestigio dei loro canali. (...) Di conseguenza lo spazio dedicato alle trasmissioni di manifestazioni sportive ha subito un'espansione vertiginosa negli ultimi anni (...). Con la comparsa di nuovi operatori e l'incremento della capacità dedicata alla trasmissione di avvenimenti sportivi, l'aggiudicazione dei preziosi diritti di trasmissione delle manifestazioni sportive scatena aspre gare di licitazione tra gli operatori (...). Il prezzo dei diritti televisivi per avvenimenti sportivi ha pertanto subito un forte incremento ». Di tale incremento, inoltre, il medesimo documento offre indicazioni specifiche e concrete, riportando nell'allegato IV gli importi dei diritti europei per i giochi olimpici, pagati dall'Unione Europea di Radiodiffusione dal 1984 al 2008 (le indicazioni sono tratte dalla relazione dell'ottobre 1999 di « *Market analysis* »).

L'effetto di « chiusura » del mercato veniva realizzato mediante l'inserimento di clausole di esclusiva di durata doppia rispetto a quella generalmente praticata dalla medesima emittente televisiva per la stessa tipologia di contratti e la contestuale attribuzione di un diritto di prelazione alla scadenza di tale termine, assicurandosi così, da un lato, l'indisponibilità dei diritti sugli eventi calcistici che presentano un maggiore rilievo per il pubblico per un periodo estremamente lungo (già di per sé probabilmente idoneo a precludere ai concorrenti la permanenza sul mercato), con la garanzia, sotto altro profilo, di poter ottenere — a propria insindacabile scelta e senza alcuna trattativa o negoziazione in merito — la cessione dei diritti di trasmissione televisiva degli stessi eventi sportivi anche per i periodi successivi, alle medesime condizioni proposte dai diversi concorrenti.

Nella valutazione attinente all'esistenza del *fumus boni iuris*, strumentale alla declaratoria di provvisoria inutilizzabilità delle clausole di esclusiva o prelazione in tal modo formulate, numerosi fattori hanno costituito oggetto di analisi; focalizzando l'attenzione sullo stato del mercato nella fase in cui i regolamenti contrattuali sono stati modificati si è così accertato che il mercato della televisione a pagamento poteva sostanzialmente essere equiparato ad un settore oggetto di monopolio — quanto agli effetti che interessavano ai fini del giudizio —, atteso che la presenza di ulteriori concorrenti (quale, appunto, era Stream) non era sufficiente ad incidere in misura rilevante sulla concreta ripartizione dei diritti televisivi⁷. La nuova emittente rivestiva infatti una posizione ancillare e, pertanto, marginale, rispetto a quella propria dell'originaria monopolista, titolare della quasi totalità dei diritti televisivi sulle manifestazioni con maggior seguito.

Anche l'analisi del mercato del prodotto⁸ ha condotto a esiti non differenti, comprovando ulteriormente l'esistenza di una posizione di indiscu-

⁷ Nei giudizi volti ad accertare la ricorrenza di una violazione delle regole che presidono alla libera concorrenza, la valutazione inerente al « mercato rilevante » viene effettuata con riferimento a numerosi fattori, e si riferisce prevalentemente alle caratteristiche intrinseche del prodotto, agli effetti che produce l'immissione dello stesso sul mercato, al grado di sostituibilità del bene con altro similare. L'adozione di tali parametri per la determinazione del mercato rilevante ha rivelato, da un lato, l'oggettiva diversità (e quindi separatezza) del mercato della *pay TV* rispetto alla programmazione televisiva « in chiaro », ovvero su segnale liberamente utilizzabile, rendendo evidente l'impossibilità di procedere ad una valutazione comparativa delle posizioni detenute sul mercato con riferimento all'intero settore della trasmissione televisiva. Sotto diverso profilo, anche l'indagine condotta con riferimento al mercato del prodotto ha indotto a dichiarare l'autonomia della trasmissio-

ne delle manifestazioni sportive — e segnatamente calcistiche — rispetto a quella degli altri eventi. In particolare si è ritenuto che anche l'acquisizione dei diritti televisivi su ulteriori eventi sportivi (per esempio, automobilistici) o di programmi di particolare interesse per il pubblico (quali, nella specie, il « Grande fratello »), non costituiva elemento idoneo ad attrarre l'*audience* del pubblico, e si è accertato che le partite di calcio, specie se inserite nel contesto del Campionato della Serie A, costituiscono la trasmissione determinante e di maggiore interesse non soltanto con riferimento alla programmazione di eventi sportivi, ma sul medesimo, intero mercato della televisione a pagamento.

⁸ Un esempio eclatante del rilievo economico delle operazioni commerciali che « ruotano » intorno alla trasmissione televisiva degli eventi sportivi emerge dalle cifre che hanno caratterizzato la cessione dei diritti televisivi sulle Olimpiadi estive, disputate a Sydney nel settembre del 2000.

tibile dominio della prima emittente in *pay TV* in forza della quantità e della tipologia degli spettacoli dei quali aveva ottenuto l'esclusiva, attinenti prevalentemente al settore sportivo e specificamente calcistico, oltre che, nell'ambito dello stesso, delle competizioni più importanti. Specie sotto un profilo qualitativo, infatti, le competizioni calcistiche, e segnatamente le partite del Campionato della massima divisione, ad avviso del giudicante dovrebbero essere considerate tali da incidere in misura determinante non soltanto sul settore della trasmissione delle manifestazioni sportive, ma sull'intero mercato della trasmissione televisiva a pagamento, del quale costituiscono elemento determinante e particolarmente incisivo.

Si è quindi ritenuto che nell'ambito di un assetto del mercato delineato in questi termini e all'interno di tale contesto concorrenziale il rinnovo dei contratti di cessione dei diritti televisivi prossimi alla scadenza per un ulteriore periodo triennale e l'imposizione di un vincolo di esclusiva eccessivamente prolungato presentasse i caratteri tipici dell'abuso, in quanto l'inserzione di tali clausole consentiva all'emittente televisiva di profittare della propria posizione di preminenza sul mercato per escludere i potenziali concorrenti mediante l'adozione di una condotta dotata di connotazioni evidentemente anticoncorrenziali.

Analoga qualificazione di illiceità doveva inoltre essere riconosciuta alla previsione di clausole di prelazione sui contratti di cessione dei diritti televisivi con segnale criptato delle competizioni calcistiche da applicarsi successivamente alla scadenza del termine (già ampio e appositamente esteso); dette pattuizioni, infatti, avrebbero consentito all'emittente — originaria monopolista — di far propri i risultati delle negoziazioni altrui, sfruttando in maniera parassitaria l'attività dei concorrenti per privarli dei risultati, ed avvantaggiandosi delle medesime condizioni da questi ottenute.

La contrarietà ai principi che presiedono alla tutela della libera concorrenza veniva quindi ravvisata nell'utilizzazione dello strumento contrattuale — e segnatamente delle clausole di esclusiva e di prelazione — al fine di escludere dal mercato i concorrenti, precludendo di fatto ai terzi l'intrapresa e la prosecuzione dell'attività di emittenza televisiva a pagamento mediante l'imposizione di « barriere all'entrata » sul mercato⁹,

Per i Giochi Olimpici le emittenti televisive (di tutto il mondo) hanno sostenuto investimenti pari a oltre 2.770 miliardi di lire, incrementando del 47% il corrispettivo corrisposto nella medesima occasione solo quattro anni prima. La portata dell'aumento dei costi dei diritti televisivi, e il carattere esponenziale della crescita, appaiono evidenti se si considera che nel 1960 i diritti televisivi sulle Olimpiadi estive furono pagati circa 12 miliardi di lire. I dati sono riportati da un articolo comparso su *Il sole 24 ore* del 25 agosto 2000, *Sydney, hanno già vinto le TV*.

In ambito nazionale analogo rilievo, sia sotto il profilo dell'*audience*, sia per quanto attiene all'entità economica degli investi-

menti, sia infine in merito al grado di interesse suscitato presso il pubblico (fattori, questi, tutti inscindibilmente correlati e collegati, in quanto reciprocamente dipendenti), deve essere riconosciuto al Campionato di calcio della Serie A, che raccoglie la maggior parte dell'utenza televisiva a pagamento.

La compressione dell'equilibrato assetto concorrenziale del mercato, in questa ipotesi, è stata infatti rinvenuta nell'esistenza di un abuso della posizione dominante, manifestatosi nella conclusione di accordi di natura « verticale », in quanto intervenuti tra soggetti che si trovano in differente posizione sul mercato dei diritti televisivi, ovvero segnatamente una emit-

abusando così tanto dello strumento contrattuale, quanto della posizione di dominio detenuta. E la gravità di tale abuso sarebbe stata tale da determinare — per tutti gli attuali e i successivi, potenziali concorrenti — una possibile eliminazione dal mercato della televisione a pagamento, atteso che la preclusione all'acquisizione dei diritti televisivi sulle più importanti manifestazioni calcistiche (le quali, di per sé, convogliano e raccolgono la maggior parte del pubblico degli spettatori) avrebbe impedito la sopravvivenza di ulteriori emittenti, non consentendo loro di raggiungere ragionevoli livelli di competitività, neppure tramite l'acquisizione dei diritti televisivi su manifestazioni, trasmissioni o eventi di diversa natura.

Sulla spinta di tali considerazioni la Corte d'Appello di Roma ha pertanto ravvisato l'esistenza di un abuso della posizione dominante da parte dell'emittente televisiva Telepiù, e ha conseguentemente disposto la sospensione dell'efficacia delle clausole contenute nei contratti di cessione dei diritti televisivi sulle partite di Campionato della massima divisione e della serie cadetta, con le quali si prevedeva una durata dell'esclusiva nello sfruttamento televisivo superiore a tre anni, nonché delle pattuizioni mediante le quali si introduceva un diritto di prelazione contrattuale a favore dell'emittente in posizione dominante.

3. L'INCIDENZA SUL MERCATO DELLE CLAUSOLE DI ESCLUSIVA E PRELAZIONE NEI CONTRATTI DI ACQUISTO DEI DIRITTI TELEVISIVI; IL PROFILO DELL'EFFICACIA NEI CONFRONTI DEI TERZI.

A fondamento del provvedimento inibitorio riportato in epigrafe si pone quindi (oltre all'applicazione della legge 78/99, della quale si tratterà nel prosieguo) la ravvisata illegittimità della previsione negoziale di clausole di esclusiva e di prelazione da parte di un soggetto che detiene una posizione dominante sul mercato dei diritti televisivi, con riferimento specifico alla trasmissione televisiva a pagamento. La *ratio* della decisione risiede evidentemente nel tentativo di evitare la creazione di distorsioni del regime della concorrenza attuata mediante l'imposizione di limitazioni pattizie alla disponibilità dei diritti televisivi¹⁰ in *pay TV*, in quanto tali clausole potrebbero precludere ai concorrenti l'esercizio dell'attività di emittenza televisiva privata.

tente e i titolari dei diritti di trasmissione televisiva, preclusivi del libero accesso dei concorrenti.

¹⁰ L'esistenza di un rapporto contrattuale tra l'organizzatore della manifestazione e l'emittente televisiva — acquirente dei diritti di trasmissione e messa in onda, infatti, dovrebbe escludere la legittimità dell'altrui interferenza e appropriazione delle utilità derivanti dall'attività economica esercitata da altri, atteso che lo sfruttamento dello spettacolo, se attuato in contrasto con la volontà dell'organizzatore e in violazione del diritto

di esclusiva di un terzo — sembra configurabile come un comportamento contrario ai principi della correttezza professionale. Il contrasto, peraltro, si manifesterebbe (o, comunque, a nostro avviso si dovrebbe manifestare) anche con riferimento alla tutela delle posizioni giuridiche contrattualmente acquisite, con la conseguenza che l'utilizzazione dei rimedi a tutela della propria posizione di titolare dei diritti televisivi, in quanto cessionario degli stessi, comporterebbe la compressione (*rectius*, la chiusura) del relativo mercato.

Un'esigenza analoga si era profilata già in precedenza con riferimento al diverso settore dell'emittenza televisiva «in chiaro» delle televisioni commerciali. In tale occasione il T.A.R. Lazio¹¹ aveva ravvisato la contrarietà alla disciplina posta a tutela della libertà nella concorrenza — sotto il profilo dell'esistenza di un'intesa restrittiva, ai sensi dell'art. 2, L. 287/90 — nella clausola mediante la quale talune emittenti televisive commerciali avevano provveduto alla ripartizione interna dei diritti di trasmissione televisiva di numerose partite di calcio, in modo tale da assicurare il mantenimento delle quote di mercato fino a quel momento rispettivamente possedute dalle singole emittenti¹², sia per quanto attiene all'*audience*, sia anche con riferimento alla raccolta pubblicitaria. Nella fattispecie sottoposta all'esame del T.A.R. Lazio, sostanzialmente, si accerta che l'accordo di ripartizione orizzontale delle fonti di approvvigionamento determina una limitazione ai diritti di trasmissione televisiva delle principali manifestazioni sportive, e pertanto agisce sul mercato producendo un effetto restrittivo della concorrenza; a fondamento della pronuncia di annullamento, quindi, si pone la ritenuta attitudine del contratto ad escludere la competizione sul mercato.

In entrambe le ipotesi delineate, pertanto, il conflitto con la disciplina antimonopolistica viene individuato nella illiceità degli accordi (nel caso di specie, verticali, in quanto intercorrenti tra l'emittente televisiva a pagamento e i titolari dei diritti televisivi sulle manifestazioni sportive — nell'altra ipotesi orizzontali, in quanto intervenuti tra le emittenti televisive commerciali¹³) mediante i quali si stabilisce una esclusiva contrattuale di sfruttamento dei diritti televisivi.

Come già rilevato in altra sede, pertanto, la declaratoria di illegittimità influisce sul riconoscimento della rilevanza e vincolatività dei contratti aventi ad oggetto i diritti televisivi; infatti l'effetto di restrizione della libertà di concorrenza che si ricollega alla presenza di contratti (o di specifiche clausole pattizie) tra i soggetti che operano nel mercato dei diritti televisivi, se da un lato si pone a fondamento del riconoscimento dell'illi-

¹¹ T.A.R. Lazio, 6 marzo 2000, in questa *Rivista*, 2000, p. 629 ss., con nota di E. PODDIGHE, *Tutela dei diritti televisivi su manifestazioni sportive e normativa antitrust*.

¹² Il contrasto con la disciplina *antitrust* degli accordi orizzontali trova fondamento, da un lato, nel carattere «rilevante» del mercato di riferimento, dall'altro nella scarsità della risorsa, costituita appunto dai diritti televisivi su determinate manifestazioni sportive, e in particolare, dai diritti di trasmettere su canali «in chiaro» le competizioni calcistiche nazionali di maggiore rilievo, ovvero tutti quegli eventi che presentano un maggiore grado di interesse e attrattività per il pubblico «sportivo» e, di conseguenza, per gli inserzionisti pubblicitari.

Il funzionamento del mercato della televisione commerciale, il cui meccanismo è fondato sulla raccolta pubblicitaria neces-

saria al finanziamento, unitamente alle peculiari caratteristiche delle manifestazioni sportive, che sotto il profilo tecnico agevolano gli inserimenti pubblicitari e, sotto diverso profilo, aumentano considerevolmente il richiamo del pubblico, rendono particolarmente richiesti i programmi sportivi e calcistici, e proporzionalmente lesivi della libertà e dell'equilibrio sul mercato gli accordi di suddivisione e ripartizione delle quote.

¹³ La definizione e l'individuazione della tipologia degli accordi verticali e orizzontali nel mercato dei diritti televisivi si trova in R. PARDOLESI - C. OSTI, *Avvisi di burrasca: antitrust e diritti TV su manifestazioni sportive*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, 3 ss., ove si individua la struttura del mercato mediante una rappresentazione schematica che rende chiari i diversi livelli su cui possono incidere i contratti.

ceità della condotta (e quindi consente, « in negativo », che i comportamenti che determinano effetti limitativi della concorrenza siano sanzionati), dall'altro costituisce manifestazione emblematica del rilievo giuridico assunto dai suddetti rapporti negoziali, consentendo di ritenere — « in positivo » — che il vincolo pattizio operi anche nei confronti di soggetti ulteriori rispetto alle parti del contratto¹⁴.

In particolare i soggetti estranei al rapporto, per effetto del regolamento negoziale intercorrente tra le emittenti televisive e i titolari dei diritti di trasmissione televisiva di determinati eventi (parti del contratto avente ad oggetto la cessione dei diritti televisivi), subiscono una preclusione al libero esercizio dell'attività di registrazione e messa in onda delle manifestazioni sportive, derivante dal fatto che la titolarità di tali diritti viene riconosciuta in via esclusiva ai soggetti che possiedono un titolo specifico di legittimazione¹⁵. Il diritto di sfruttamento patrimoniale di tali beni viene pertanto attribuito al titolare diretto o al cessionario contrattuale, e a tali soggetti viene riconosciuta la possibilità di utilizzare gli strumenti di tutela funzionali ad assicurare l'effettività dell'esclusiva nell'utilizzazione, includendo quindi, accanto agli ordinari rimedi contrattuali, l'esperibilità delle azioni proprie della tutela aquiliana e concorrenziale¹⁶.

¹⁴ Il riconoscimento di una tutela più ampia, che si estenda oltre i limiti dei rimedi contrattuali a favore dell'organizzatore della manifestazione sportiva e del cessionario contrattuale dei diritti di trasmissione televisiva, costituisce, innanzi tutto, elemento necessario allo sviluppo dei traffici commerciali nel settore, essendo strumentale all'incentivazione degli investimenti l'esistenza di una correlativa tutela. L'impossibilità di ricorrere a rimedi e a garanzie nel caso in cui i terzi si appropriano dei risultati della propria attività, filmando le immagini relative ad un evento sportivo e trasmettendole televisivamente, infatti, produrrebbe risultati paradossali, destabilizzando il sistema degli investimenti e creando una situazione di intollerabile incertezza giuridica.

¹⁵ All'organizzatore della manifestazione sportiva spetta infatti un diritto esclusivo sullo sfruttamento patrimoniale e l'utilizzazione economica della stessa; in forza di tale diritto il titolare può compiere qualsiasi atto di disposizione avente ad oggetto il bene-spettacolo, attribuire ad altri soggetti la titolarità di tale diritto e la disponibilità dello stesso, ovvero concedere l'esercizio di talune facoltà, mediante lo strumento contrattuale. Il bene prodotto rientra pertanto nel patrimonio dell'organizzatore della manifestazione e vi si inserisce in via esclusiva, con tutte le utilità economiche che da questo si possono trarre.

Da ciò dovrebbe potersi desumere la conclusione che la mancanza di un regolamento pattizio tra l'organizzatore della manifestazione sportiva e il terzo, in ordine al conferimento dei diritti televisivi, preclude a quest'ultimo la possibilità di appropriarsi dello spettacolo per effettuarne lo sfruttamento commerciale a proprio vantaggio (*rectius*, impedisce che tale attività sia esercitata legittimamente). La contrarietà alla correttezza professionale di tale comportamento ai sensi dell'art. 2598, n. 3, cod. civ., consente infatti che, in mancanza di un titolo attributivo di carattere negoziale, l'organizzatore della manifestazione possa agire in giudizio per far dichiarare l'illiceità della condotta del terzo sotto il profilo concorrenziale, tutelando così il proprio diritto di disporre del bene prodotto, e segnatamente dei diritti televisivi sullo stesso, e sanzionando l'illiceità condotta del concorrente.

Da questo consegue il riconoscimento dell'utilizzabilità di uno strumento di tutela delle relative posizioni giuridiche, e pertanto la possibilità per il titolare dei diritti televisivi di precludere l'accesso al mercato degli altri soggetti.

¹⁶ L'accoglimento di tale impostazione, peraltro, non è pacifico. La difficoltà ad accogliere tale conclusione deriva dall'impossibilità di qualificare il diritto di trasmettere televisivamente l'evento sportivo come diritto assoluto dell'organizzatore della manifestazione e dal contestuale

Proprio il riconoscimento di un diritto esclusivo tutelabile non solo nei confronti dell'altra parte del contratto, ma anche dei terzi, unitamente all'accertamento del carattere lesivo delle clausole introdotte, ha pertanto indotto la Corte d'Appello di Roma a dichiarare l'esistenza di un abuso della posizione di quasi - monopolio detenuta dall'emittente televisiva a pagamento sul mercato di riferimento e, di conseguenza, a sospendere l'efficacia delle clausole medesime.

4. LA REGOLAMENTAZIONE LEGISLATIVA DEI DIRITTI TELEVISIVI SUL CAMPIONATO DI CALCIO DELLA SERIE A SULLA PAY TV; NOTAZIONI CRITICHE.

Nell'ambito della pronuncia in epigrafe l'Autorità giudicante, al fine di disporre la sospensione degli effetti delle clausole di esclusiva eccessivamente durature e delle clausole di prelazione contrattuale, ovvero delle pattuizioni inserite dall'emittente televisiva a pagamento con l'intento di precludere l'accesso al mercato di un nuovo concorrente, più volte si è espressamente riferita a quanto disposto da un recente provvedimento normativo mediante il quale il legislatore ha introdotto una regolamentazione settoriale dei diritti televisivi.

Il riferimento è relativo all'intervento legislativo attuato con la L. 29 marzo 1999, n. 78 (di conversione del D.L. 30 gennaio 1999, n. 15), mediante il quale — oltre all'espressa attribuzione della titolarità dei diritti di sfruttamento televisivo con segnale criptato alle squadre di calcio di serie A e B¹⁷ —, per quanto in questa sede specificamente interessa è stata

riconoscimento del carattere «relativo» del diritto spettante al soggetto che allestisce lo spettacolo. Da tale qualificazione giuridica parte della dottrina ha desunto che il diritto dell'organizzatore della manifestazione non fosse suscettibile di tutela se non in forza delle posizioni giuridiche successivamente acquisite a seguito dei rapporti contrattuali instaurati, e quindi soltanto nei confronti delle altre parti del contratto. In particolare, secondo tale prospettiva, l'unica possibilità di esperire vittoriosamente un'azione per la tutela della propria posizione giuridica soggettiva veniva riconosciuta all'organizzatore nei confronti degli spettatori o degli altri contraenti, restando invece un vuoto di tutela nei confronti degli altri soggetti.

Naturalmente, in tale prospettiva l'inutilizzabilità di qualsivoglia strumento di protezione non poteva non riflettersi sulle posizioni soggettive connesse, trasmettendosi ai soggetti che appunto mediante la conclusione di un contratto si rendevano cessionari dei diritti di sfruttamento patrimoniale della manifestazione sportiva.

Dall'accoglimento integrale di tale impostazione ricostruttiva che, sostanzialmente, applica pedissequamente il principio per cui *nemo plus iuris transferre potest*

quam ipse habet, deriverebbero conseguenze negative di rilievo, specie in ordine alla funzione deterrente degli investimenti che produrrebbe l'assoluta mancanza di strumenti di garanzia nei confronti delle intromissioni dei terzi. Sembra pertanto più corretto, oltre che maggiormente conforme alle esigenze del sistema e del mercato, ritenere che tanto l'organizzatore della manifestazione quanto il cessionario contrattuale non possano essere privati di una tutela efficace delle proprie posizioni giuridiche soggettive, legittimamente acquisite mediante l'esercizio dell'attività imprenditoriale o contrattuale.

¹⁷ L'incongruità e inopportunità di tale previsione si evince dalla medesima osservazione di taluni dati empirici, laddove si consideri che l'espressa attribuzione dei diritti televisivi alle sole squadre di Serie A e B, innanzi tutto, ingenera dubbi in ordine all'effettiva portata della disposizione, in quanto non si comprende se la norma sia costitutiva (e quindi attributiva) di un diritto *ex novo*, e introduca quindi una nuova regolamentazione (ma in questo caso non si giustificerebbe la settorialità dell'intervento, sia per quanto attiene alla specificità del settore calcistico che anche, nello stesso ambito, alle sole squadre della

introdotta una disposizione di matrice dichiaratamente concorrenziale, volta a disciplinare il mercato dell'emittenza a pagamento con riferimento al settore che trova un maggiore riscontro presso il pubblico dei telespettatori della *pay TV*, ovvero quello calcistico.

L'art. 2 della legge citata, infatti, nell'introdurre una « disciplina per evitare posizioni dominanti nel mercato televisivo », prescrive una limitazione espressa nei confronti di « chiunque » intenda acquisire i diritti di trasmissione televisiva « in forma codificata » (ovvero, presumibilmente, riguardo a chi trasmetta con segnale criptato) del campionato di calcio della massima divisione. In forza di tale norma i diritti di trasmissione televisiva inerenti al Campionato di calcio di serie A, o comunque inerenti al torneo o al campionato di maggior valore che si svolge o viene organizzato in Italia, non possono essere concessi in via esclusiva al medesimo soggetto in misura superiore al sessanta per cento¹⁸.

In questa sede non è possibile sviluppare compiutamente le perplessità che tale intervento suscita, specie per quanto attiene al profilo dell'attribuzione dei diritti di trasmissione televisiva alle sole società di calcio di serie A e B. Tuttavia l'analisi della pronuncia in esame non può prescindere da una (sia pur sintetica) individuazione delle principali problematiche relative all'unica fonte legislativa esistente per la regolamentazione della fattispecie oggetto di analisi, anche in considerazione dei continui richiami operati dalla Corte d'Appello.

La finalità di garantire una diversificazione soggettiva negli investimenti attuati nel settore dei diritti televisivi di maggiore rilievo economico, ed il corrispondente tentativo di assicurare l'esistenza e la permanenza di condizioni di effettiva concorrenza sul mercato di riferimento — come già ricordato — viene perseguita dal legislatore mediante l'imposizione di un divieto di acquisizione dei diritti televisivi del campionato di

massima e della seconda divisione), oppure, al contrario, la norma svolga un ruolo esclusivamente ricognitivo, dichiarando esclusivamente l'esistenza di un diritto che già preesisteva.

Anche in questo caso, tuttavia, la portata della norma non sarebbe chiara, in quanto detto riconoscimento lascerebbe comunque impregiudicata e irrisolta la problematica della regolamentazione dei diritti televisivi nelle competizioni, ove le squadre - e non soltanto quelle della serie A e della serie cadetta, si incontrano e disputano incontri i cui diritti dovrebbero preferibilmente essere attribuiti all'organizzatore degli incontri.

¹⁸ La norma specifica che il divieto di acquisizione o detenzione dei diritti televisivi in misura superiore a tale percentuale opera tanto in via diretta che indirettamente; al fine di evitare l'adozione di pratiche elusive, si specifica che la preclusione si estende ai soggetti controllati o collegati all'acquirente principale, e può essere su-

perata soltanto nell'ipotesi in cui « le condizioni dei relativi mercati determinano la presenza di un solo acquirente, ma (in tal caso) i contratti di acquisizione dei diritti in esclusiva hanno durata non superiore ai tre anni ». In questo caso l'imposizione di un limite cronologico è parsa al legislatore condizione sufficiente per garantire il mercato dal pericolo della stabilizzazione di un regime di monopolio.

La disciplina prevede inoltre una possibilità di introdurre deroghe al limite previsto del sessanta per cento, su autorizzazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sentita l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in considerazione « delle condizioni generali del mercato, della complessiva titolarità degli altri diritti sportivi, della durata dei relativi contratti, della necessità di assicurare l'effettiva concorrenzialità dello stesso mercato », attribuendo in tal modo una certa discrezionalità valutativa all'autorità richiamata.

calcio di serie A a favore di un unico soggetto (segnatamente, da una medesima emittente televisiva) che trasmette con segnale criptato.

Già una prima lettura della disposizione, tuttavia, induce ad effettuare alcuni rilievi critici che, sebbene appaiano di carattere formale e ineriscano prevalentemente alla tecnica redazionale, assumono comunque rilievo determinante in quanto incidono sull'interpretazione e sull'individuazione dell'ambito di operatività della disciplina¹⁹, comportando effetti distorsivi. Ed anche sotto un profilo sostanziale la normativa pare inadeguata a svolgere quella funzione proconcorrenziale cui dovrebbe essere volta. La limitazione alla possibilità di acquisire e detenere la totalità dei diritti televisivi (o una percentuale elevata degli stessi) nei confronti di chiunque si occupi dell'emittenza televisiva a pagamento (*pay TV* e *pay per view TV*) con specifico riferimento a una manifestazione sportiva preventivamente individuata, infatti, pare un'opzione legislativa priva di ragionevolezza, quanto meno sotto il profilo giuridico. L'innovazione sembra piuttosto dettata dal tentativo di soddisfare contingenti e momentanee esigenze di carattere pratico, senza che però — a fondamento della nuova regolamentazione — sia ravvisabile alcuna sistematicità o razionalizzazione della ben più complessa materia.

Infatti il riferimento esplicito al torneo o campionato di calcio italiano di maggior valore — inserito quale indicazione ulteriore rispetto all'oggetto principale del divieto, individuato nei diritti televisivi del Campionato di calcio della serie A — ingenera e conferma la convinzione che il criterio utilizzato sia esclusivamente quello dell'entità economica e commerciale dell'operazione. Se così fosse la scelta del parametro non potrebbe senz'altro essere condivisa, atteso che da un lato si è probabilmente trascurata l'esistenza (o la rilevanza) di ulteriori manifestazioni che destano nel pubblico un simile grado di interesse, e che pertanto

¹⁹ La terminologia utilizzata, infatti, si pone ai limiti della comprensibilità, laddove, ad esempio, nell'individuare l'oggetto della limitazione introdotta con la disposizione in esame ci si riferisce al sessanta per cento dei «diritti di trasmissione in esclusiva in forma codificata di eventi sportivi del campionato di calcio di serie A».

In primo luogo non sarebbe stato inopportuno, infatti, specificare che i «diritti di trasmissione» cui si fa riferimento e che vengono menzionati sono quelli televisivi, e che la trasmissione medesima è quella che avviene mediante la messa in onda televisiva della manifestazione, mentre non rientrano nell'ambito di operatività della norma i diritti di trasmissione radiofonica del Campionato di calcio di serie A.

Inoltre la puntualizzazione introdotta in sede di conversione del decreto legge, che ha introdotto la dicitura «di eventi sportivi» premettendola al campionato di calcio di serie A, non si comprende quale ruolo debba svolgere se non quello di disorientare l'interprete. E infatti, o si vuole esten-

dere l'ambito di operatività della disposizione ad eventi ulteriori rispetto a quello specificamente menzionato, oppure non pare proprio che fosse necessario porre in evidenza che il campionato di cui si tratta costituisce un evento sportivo. Considerazioni non dissimili, inoltre, riguardano l'equiparazione del campionato di serie A al «torneo o campionato di maggior valore che si svolge o viene organizzato in Italia»; se la precisazione ha la finalità di far comprendere che il cambiamento della denominazione del campionato in questione non sarebbe sufficiente per consentire una elusione della normativa, ebbene non pare che fosse necessario segnalarlo in questa sede e con tali modalità.

Infine, merita una notazione critica anche l'impiego della locuzione «in forma codificata», impiegata per indicare la trasmissione televisiva comunemente definita con segnale criptato, ovvero sostanzialmente la *Pay TV* e la *Pay per view TV*, con riferimento alle quali non sembra fosse necessario inventare una denominazione *ad hoc*.

avrebbero dovuto essere disciplinati analogamente; dall'altro il maggior livello di *audience* raggiunto dal Campionato di calcio di serie A rispetto ad altri eventi (sportivi o meno) non pare comunque un motivo sufficiente per accogliere con favore l'introduzione di una così specifica eccezione alla regola della libertà di acquisto dei diritti televisivi, motivata dalla sola circostanza che la volontà di evitare la creazione di posizioni di monopolio, oligopolio, o comunque di posizioni dominanti, è stata avvertita in misura maggiormente pressante con riguardo al menzionato campionato piuttosto che con riferimento ad ulteriori manifestazioni.

5. (SEGUE). LA DETERMINAZIONE DELL'AMBITO DI OPERATIVITÀ DELLA NORMA E I PARAMETRI DI RIFERIMENTO; L'ASSERITO CARATTERE MINIMALE DELLA LIMITAZIONE.

Da tali premesse di ordine generale si evince che i difetti di formulazione testuale e le difficoltà che si incontrano nel rinvenire un effettivo fondamento giustificativo all'intervento legislativo determinano inevitabili difficoltà ermeneutiche per l'interprete, ingenerando numerose perplessità nella fase applicativa della disposizione.

Con specifico riferimento alla fattispecie in esame, come anticipato, nel decidere in merito alla ravvisabilità di un abuso della posizione dominante da parte dell'emittente televisiva ex-monopolista, la Corte d'Appello di Roma ha più volte fatto riferimento all'art. 2, della legge 78/99. Attribuendo alla disposizione un carattere e un rilievo residuale, nel richiamare la norma l'Autorità giudicante ha ritenuto, in primo luogo, che ai fini dell'individuazione di un abuso di posizione dominante da parte di una emittente televisiva a pagamento il divieto relativo allo sfruttamento televisivo del Campionato della massima divisione sia riferibile al numero di squadre facenti parte della Serie A; ed ha inoltre statuito, in secondo luogo, che non è necessario che siano integrati gli estremi della disposizione (art. 2, L. 78/99) affinché sia ravvisabile una violazione della disciplina della concorrenza.

A sostegno di tale opzione ermeneutica si è affermato che « la normativa, lungi dall'abrogare o sostituire la normativa generale, alla quale si affianca, ha la finalità di stabilire comunque e anche in caso di inesistenza di violazioni delle regole della libera concorrenza, che questa, nel campo specifico, è presuntivamente violata solo che la quota di società acquisite superi il sessanta per cento di quelle complessivamente iscritte al campionato di serie A, senza escludere, peraltro, che l'acquisizione di quote inferiori possa integrare violazione delle regole stesse ».

La disposizione viene pertanto considerata quale elemento di ulteriore dimostrazione di una regola (che pare presumersi già esistente in precedenza) in forza della quale — considerato il rilievo assunto dal campionato di calcio delle squadre appartenenti alla massima divisione non soltanto sul mercato dei diritti televisivi relativi alle competizioni calcistiche, ma anche su quello più generale e ampio della emittenza televisiva a pagamento (del quale il campionato di serie A costituirebbe il principale prodotto e il maggiore collettore di spettatori) — non dovrebbe essere considerata legittima l'acquisizione e la detenzione di una quota rilevante dei relativi diritti di trasmissione televisiva. La norma, pertanto, sarebbe stata formulata non al fine di introdurre un elemento di novità nella disciplina concorrenziale sul mercato delle *pay TV*, bensì per imporre l'ado-

zione di parametri di valutazione dotati di maggiore severità, presupponendosi *ab origine* il divieto di detenzione di un monopolio sui diritti televisivi inerenti al Campionato di serie A.

L'interpretazione proposta dalla Corte d'Appello giunge tuttavia a un esito difforme rispetto a quanto sembrerebbe corretto desumere dal tenore letterale della disposizione.

Sotto un primo profilo, infatti, dalla medesima formulazione testuale dell'art. 2, L. 78/99, pare potersi evincere che il divieto di acquisizione introdotto non sia relativo alla percentuale calcolata sul numero di squadre partecipanti al Campionato di serie A - come invece sembra ritenere la Corte d'Appello; l'oggetto della disciplina restrittiva, infatti, a nostro avviso dovrebbe più ragionevolmente essere individuato nei diritti televisivi inerenti al Campionato, atteso che gli interessi economici si concentrano sullo sfruttamento patrimoniale della manifestazione sportiva di maggiore rilievo in ambito nazionale e sull'attribuzione dei relativi diritti, non invece sulla suddivisione effettuata con riferimento alle singole squadre, elemento di per sé privo di rilievo alcuno. La *ratio* della norma, infatti, deve preferibilmente essere rinvenuta nel tentativo di evitare una concentrazione dei diritti di utilizzazione della manifestazione sportiva in capo ad un unico soggetto (integralmente o anche per la maggior parte), ed assume pertanto quale referente oggettivo i diritti televisivi, non i soggetti partecipanti alla competizione.

L'ulteriore difformità interpretativa rilevabile nella motivazione del provvedimento della Corte d'Appello si presenta poi quale corollario di quanto già rilevato, e ne costituisce la diretta conseguenza.

L'aver assunto quale criterio di giudizio la detenzione di una determinata percentuale calcolata assumendo quale riferimento il numero di squadre partecipanti al campionato di serie A, piuttosto che la percentuale dei diritti televisivi relativi alle singole competizioni, infatti, determina l'esigenza di introdurre un criterio correttivo. La Corte d'Appello si trova pertanto obbligata ad asserire che la disposizione introduce non un criterio numerico fisso, bensì soltanto un parametro minimo oltre il quale, sempre e comunque, la soglia della libertà di concorrenza viene considerata (per imposizione legislativa) in ogni caso violata; tale esigenza, evidentemente, è determinata dalla circostanza che il valore dei diritti televisivi relativi a ciascuna competizione, ovviamente, muta considerevolmente a seconda dell'identità delle specifiche squadre partecipanti (tanto che, nell'ambito della stessa sentenza, si rileva che i diritti televisivi relativi alle squadre dell'Inter, del Milan e della Juventus rappresentano da soli il 65% del complesso della fatturazione per tutte le squadre di serie A).

L'interpretazione non pare condivisibile. Come anticipato, infatti, la disposizione pare piuttosto introdurre un limite inerente alla titolarità dei diritti televisivi sul Campionato di calcio di serie A, finalizzato ad impedire la costituzione o la permanenza di posizioni dominanti sul mercato di riferimento, e l'eventuale violazione di detto limite dovrà essere valutata — appunto — in relazione alla percentuale ivi stabilita, senza che vi siano ragioni per ampliare ulteriormente l'ambito applicativo della norma, la quale appare già di per sé sufficientemente garantista a favore della posizione dei potenziali concorrenti.

6. TUTELA DELLA CONCORRENZA E TUTELA DEL CONSUMATORE NEL MERCATO DEI DIRITTI TELEVISIVI SULLA PAY TV: FINALITÀ DELLA DISCIPLINA E INCONGRUITÀ DEGLI STRUMENTI.

Prescindendo dai profili specificamente analizzati dalla Corte d'Appello di Roma ai fini della decisione, le considerazioni precedentemente svolte inducono a soffermare l'attenzione su un'ultima, interessante, contraddizione insita nel provvedimento legislativo di riferimento.

La *ratio* dell'intervento attuato con la legge 78/99, dichiarato espressamente nella medesima rubrica dell'art. 2, è quella di evitare la costituzione di posizioni dominanti nel mercato televisivo, e segnatamente, per quanto rileva, la tutela della concorrenza nello specifico settore dell'emittenza televisiva a pagamento. In linea di principio, e per quanto attiene ai principi generali, la tutela dell'assetto concorrenziale del mercato risiede nel tentativo di precludere ai soggetti che si trovano in posizioni di esclusiva o di forte privilegio nella detenzione e nella disponibilità di una risorsa l'adozione di condotte che si concretino in un abuso, in modo tale da evitare da un lato l'indiscriminato impedimento all'accesso alla risorsa da parte del monopolista (o del detentore di un quasi-monopolio), dall'altro — e soprattutto, in quanto rappresenta il rischio maggiore — la determinazione e l'imposizione di prezzi. Questi ultimi, infatti, se ed in quanto sottratti al « controllo » della concorrenza, potrebbero divenire eccessivamente e ingiustificatamente elevati. Beneficiario finale di siffatto sistema di tutela della concorrenza dovrebbe essere — oltre, naturalmente, al potenziale concorrente —, in via prioritaria, il consumatore, che sarebbe in tal modo posto al riparo dall'incremento dei prezzi dovuto all'abuso di posizione dominante o al monopolio di un soggetto²⁰.

²⁰ In proposito, nell'ambito della motivazione della sentenza sul caso Panini precedentemente citata, il T.A.R. Lazio (sent. 8 gennaio 1998) - nel riconoscere la validità del contratto mediante il quale l'Associazione Italiana Calciatori aveva effettuato la cessione del diritto di sfruttamento dell'immagine dei calciatori in tenuta da gioco in esclusiva a favore della società Panini per un periodo di tempo triennale - aveva ritenuto (tra l'altro) che l'esistenza di un abuso di posizione dominante sul mercato dovesse essere rinvenuta esclusivamente nel caso in cui si producesse un danno nei confronti dei consumatori.

La ricostruzione aveva suscitato numerose critiche. In tal senso si era infatti osservato che l'esistenza di un beneficio immediato per i consumatori non dovrebbe essere utilizzato al fine di giustificare pratiche restrittive della competizione, in quanto « i tentativi di monopolizzazione del mercato, anche quando nel breve pe-

riodo possono portare alcuni vantaggi ai consumatori, nel lungo periodo inevitabilmente determinano aumenti di prezzi o riduzioni della gamma o della quantità dei beni offerti, con conseguente danno (anche) per i acquirenti finali »; così D. SARTI, *Antitrust e diritti di immagine: nuove riflessioni sul caso Panini*, in AIDA, 1998, 745.

Nella medesima prospettiva si era altresì affermato che « la *foreclosure*, attuata mercé una pratica escludente, viene repressa per la sua capacità di occludere il mercato. Poco importa, al riguardo, che tale pratica abbia già manifestato effetti deleteri sui consumatori: anche laddove non se ne fosse riscontrata traccia, essi sarebbero comunque alla portata dell'impresa egemone che avesse portato a compimento la sua strategia »; R. PARDOLESI - G. RESTA, nota a Cons. Stato, 17 febbraio 1999, n. 172, *Di figurine da collezione, cartelli e trasferimento di monopolio*, in *Foro it.*, 2000, III, 255.

Tuttavia, sembra legittimo dubitare che siffatto risultato sia stato raggiunto con l'introduzione della fattispecie legislativa in esame (o, quanto meno, che lo scopo perseguito si renderà effettivo a seguito dell'applicazione della norma).

Il divieto di acquisizione della totalità dei diritti televisivi nel settore dell'emittenza con segnale criptato, infatti, produce l'effetto di imporre la ripartizione della programmazione delle partite del campionato tra una pluralità di soggetti — almeno due cessionari dei diritti di trasmissione televisiva — i quali, dopo aver sostenuto costi rilevanti per assicurarsi la relativa attribuzione, provvederanno a cedere agli spettatori il diritto di assistere alle singole competizioni sportive (nel caso di *pay per view*) ovvero l'intero pacchetto di partite e di altri programmi (nel caso di *pay TV*). In entrambe le ipotesi, pertanto, pare dubbio che il pubblico tragga un beneficio dall'operatività della disciplina in esame, atteso che tanto nell'ipotesi di acquisto del diritto di assistere a una sola partita quanto nel caso di acquisto di un abbonamento annuale lo spettatore dovrà sostenere spese più ingenti.

La parcellizzazione dei diritti televisivi in forma criptata (ovvero, secondo la terminologia legislativa, in forma codificata) tra le diverse emittenti, attuata mediante l'imposizione di una « soglia limite » di acquisizione nei confronti dei cessionari, infatti, determina la necessità di acquistare più abbonamenti; lo spettatore che abbia interesse ad assistere a tutte le partite del Campionato di calcio della massima divisione sarà quindi obbligato a stipulare l'abbonamento con tutte le emittenti televisive a pagamento acquirenti dei diritti medesimi, piuttosto che concludere un unico contratto con l'esclusiva cessionaria.

Sebbene sia possibile che l'applicazione della disposizione determini una diminuzione dei corrispettivi richiesti per la cessione dei diritti di trasmissione televisiva delle partite di calcio del campionato, conformemente alle intenzioni del legislatore, dovrebbe quanto meno essere dubbio che in tal modo l'interesse dello spettatore consumatore sia stato effettivamente tutelato in misura maggiore rispetto alla situazione prece-

Le osservazioni svolte in quella sede possono essere condivise in quanto effettivamente non pare che tra i presupposti dell'operatività della disciplina sull'abuso di posizione dominante possa ravvisarsi quello del danno effettivo al consumatore. Tuttavia ciò non consente di ritenere che il pericolo dell'instaurazione di un sistema monopolistico o di un abuso della posizione dominante da parte di una emittente televisiva giustifichi l'introduzione del regime legislativo in esame. La salvaguardia del regime e dell'assetto concorrenziale, infatti, deve concretamente essere attuata nella fase precedente e con riferimento alla generalità dei diritti televisivi (ovvero con riguardo al mercato dei diritti sulle partite di calcio), in modo tale da consentire un corretto svolgimento della competi-

zione in ordine all'acquisizione dei diritti sul campionato di calcio ovvero sulle altre (numerose) competizioni e tornei relativi allo stesso ovvero ad altri settori sportivi. Garantita l'effettività della concorrenza, tuttavia, non pare ragionevole l'imposizione di una frammentazione di un evento che, come già sottolineato, si presenta unitario sotto il profilo strutturale e funzionale. In questo caso, infatti, la parcellizzazione dei diritti televisivi determina un danno effettivo e rilevante per lo spettatore consumatore, danno che non pare suscettibile di essere ridotto o ammortizzato col passare del tempo e per effetto della concorrenza, atteso che si sostanzia nell'obbligare lo spettatore all'acquisto di più abbonamenti per la fruizione del medesimo prodotto.

dente — e che pertanto il fine ultimo cui la disposizione dovrebbe tendere sia stato realmente raggiunto —, atteso che con tutta probabilità il nuovo regime si rivelerà economicamente più oneroso per lo spettatore²¹.

ELENA PODDIGHE

²¹ Pare infatti improbabile che il decremento dei costi dei diritti televisivi — che dovrebbe costituire l'esito del regime recentemente introdotto (ammesso che effettivamente si produca) — possa assumere un valore economico tanto rilevante da

determinare un beneficio finale per il consumatore, atteso che la sua portata dovrebbe essere talmente ingente da neutralizzare le spese che lo spettatore deve sostenere per l'acquisto di un secondo abbonamento.