



Corso di laurea in Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Commerciale 2

L'acquis communautaire sull'art. 102 TFUE.
Gli ultimi orientamenti della CGUE, tra
overruling e consolidamento, nel caso ENEL.

Prof. Antonio Nuzzo

RELATORE

Prof. Gian Domenico Mosco

CORRELATORE

Sante Mottola di Amato

Matr. 156223

CANDIDATO

Anno Accademico 2022/2023

INDICE

Introduzione	5
Capitolo I – Il caso Enel	
1. Il Caso Enel: dal procedimento ai processi	7
2. La struttura della filiera elettrica e il regime giuridico delle sue fasi	9
3. La fornitura di energia elettrica: il Mercato Libero e il Servizio di Maggior Tutela	11
4. Il Provvedimento	14
4.1 Le società sanzionate e le condotte contestate	14
4.2. La campagna di raccolta dei consensi <i>privacy</i> e la formazione delle Liste SEN	16
4.3 Il trasferimento delle Liste SEN	17
4.4. L'impiego commerciale delle Liste SEN da parte di Enel Energia	19
4.5 Le valutazioni dell'AGCM	20
4.5.1 I mercati rilevanti e la posizione dominante	21
4.5.2. Le condotte contestate: la formazione delle Liste SEN e il loro utilizzo a fini promozionali	23
4.5.3. L'intento escludente	26
5. L'impugnazione del provvedimento dinnanzi al TAR del Lazio	29
5.1. Il giudizio di primo grado per Servizio Elettrico Nazionale ed Enel Energia	30
5.2. Il giudizio di primo grado per Enel	34
6. L'appello al Consiglio di Stato: il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea	35
7. La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea	41
7.1 La prima questione pregiudiziale	41
7.2 La seconda questione pregiudiziale	44
7.3 La terza questione pregiudiziale	45
7.4 La quarta questione pregiudiziale	45
7.5 La quinta questione pregiudiziale	46
8. La sentenza definitiva del Consiglio di Stato	46

Capitolo II – L’abuso di posizione dominante	
1. Premessa	49
2. Sulla nozione di impresa	51
2.1 L’impresa come <i>unità economica</i>	56
3. Sulla nozione di mercato rilevante	60
3.1 La definizione del mercato rilevante	62
3.2 Le particolarità del mercato rilevante in relazione alla fattispecie di abuso di posizione dominante	65
4. Legami inter-ordinamentali	66
5. L’abuso di posizione dominante	70
5.1 La posizione dominante e il suo accertamento	71
5.2 La posizione dominante collettiva	78
5.3 La speciale responsabilità	82
6. Sulla nozione di sfruttamento abusivo della posizione dominante	84
Capitolo III – La concorrenza basata sui meriti e il <i>consumer welfare</i>	
1. Introduzione al terzo capitolo	90
SEZIONE I – IL BENESSERE DEL CONSUMATORE	
2. Nozioni preliminari	92
3. I complessi rapporti tra diritto ed economia	95
4. Cenni storici: l’esperienza statunitense	97
4.1 Cenni storici: l’esperienza europea	99
5. “ <i>Ma a che serve l’antitrust?</i> ”	101
6. Il benessere dei consumatori nel caso Servizio Elettrico Nazionale	104
7. La nozione economica di <i>consumer welfare</i>	106
SEZIONE II – LA CONCORRENZA BASATA SUI MERITI	
8. Una premessa	109
9. La concorrenza basata sui meriti nel caso <i>Servizio Elettrico Nazionale</i>	110
10. L’abusività delle condotte tra (ii) idoneità escludente e (iii) <i>quid pluris</i> di antigiuridicità	111
11. La concorrenza fondata sui meriti	115
SEZIONE III – Conclusioni	
12. Il fascino senza tempo del <i>form-based approach</i>	119

13. La terza via	122
14. L'ordoliberalismo	124
15. "Nuove" soluzioni per "vecchi" problemi: l'ordoliberalismo	126
Bibliografia	131

Introduzione

La presente trattazione mira a ricostruire l'*acquis communautaire* sull'istituto di abuso di posizione dominante, a partire dalla recente sentenza resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ("CGUE") all'esito di un rinvio pregiudiziale effettuato dal Consiglio di Stato, nell'ambito della vicenda nota come Caso ENEL. Tramite le risposte fornite dalla CGUE ai quesiti postile dal Consiglio di Stato, è possibile ricostruire efficacemente lo stato dell'arte in materia di abuso di posizione dominante, il quale rappresenta la base più idonea per un'analisi retrospettiva e, per quanto possibile, prospettica, che verifichi il concreto atteggiarsi dei presupposti della fattispecie in esame, secondo l'interpretazione che di essi hanno fatto la giurisprudenza sovranazionale e nazionale; in particolare, si tenterà di indagare quali tra essi abbiano assunto, oramai, contorni ermeneutici più nitidi e quali, al contrario, formino ancora oggetto di questioni aperte.

Un chiarimento preliminare appare necessario: in nessun'altra branca dell'ordinamento, così come in quella *antitrust*, l'esame di una sentenza rivestirebbe un ruolo tanto rilevante. In nessun altro caso, infatti, la giurisprudenza assume, fisiologicamente almeno, un ruolo tanto prossimo a quello del legislatore. Una siffatta peculiarità si spiega se solo si considera che lo scopo principale del diritto *antitrust* è quello di reprimere gli abusi che le imprese facciano del proprio potere di mercato a danno della collettività. In concreto, tali abusi assumono forme estremamente cangianti, quale riflesso della natura mutevole e contingente dei contesti di mercato che fanno loro da sfondo e dei modelli di *business* adottati dalle imprese. Evidentemente, il fine di garantire l'efficacia nel tempo delle norme di diritto della concorrenza, nonostante l'attitudine proteiforme del substrato di fatto in cui s'inseriscono e che mirano a regolare, poteva essere perseguito solo conferendo loro - in luogo di una rigida tipizzazione delle condotte abusive, la quale sarebbe stata, in ogni caso, quantomeno ardua - una struttura elastica, caratterizzata dall'impiego diffuso di clausole generali e concetti giuridici indeterminati. L'attività di *enforcement* del diritto *antitrust* (vale a dire, la sua concreta applicazione) ha, tuttavia, imposto di riempire di significato, alla luce delle circostanze dei casi concreti, tali clausole generali e ciò hanno fatto i giudici europei, prima, e quelli degli Stati Membri dell'UE, dopo, mediante una complessa

attività di “*contestualizzazione*”. Quest’ultima è spesso sfociata nell’individuazione di vere e proprie coordinate applicative, utili agli interpreti ma, anche e soprattutto, alle imprese dominanti, che da esse hanno potuto trarre spunti operativi funzionali ad orientare le proprie condotte di mercato. Tanto ha consentito di ovviare alle incertezze derivanti dalle, pur volontarie, lacune di diritto positivo, ma ha anche inevitabilmente condotto a una forma di surrettizia produzione giuridica, realizzata sul piano interpretativo, attraverso il conferimento, *de facto*, del ruolo di *standard* normativi ai principi di diritto volta per volta enunciati dai giudici. Tale ruolo *paralegislativo*, certamente peculiare per l’ordinamento italiano, è invece coerente con lo sviluppo dell’ordinamento europeo e della sua influenza sul diritto degli Stati Membri.

Insomma, se una tecnica normativa siffatta ha avuto il pregio di garantire la duttilità del complesso normativo *antitrust* – il quale, infatti, raramente è stato rimaneggiato nei suoi pilastri fondamentali – il margine di imprevedibilità, insito all’attività di *contestualizzazione*, che da essa è scaturito, ha determinato un certo grado di incertezza applicativa. Essa è valsa, in sostanza, a fare del diritto della concorrenza un’enclave di *common law* in ordinamenti di *civil law*, un diritto casistico caratterizzato da forme, più o meno marcate, di atomismo delle regole.

Per queste ragioni la sentenza richiamata in apertura è degna di una trattazione specifica, poiché con essa la Corte di Giustizia UE non si è limitata a ribadire orientamenti già emersi nella sua giurisprudenza, ma ha anche posto a sistema e coordinato i principi di diritto stratificatisi nel tempo in materia di abuso di posizione dominante. Pronunce di tal fatta, esplicitando le relazioni tra le regole di diritto della concorrenza, permettono in definitiva di inquadrarle all’interno di un sistema giuridico propriamente detto, la cui coerenza e completezza si rivolgono a beneficio dello stato di salute dei mercati, delle imprese e della collettività tutta.

CAPITOLO I – IL CASO SERVIZIO ELETTRICO NAZIONALE

1. Il caso Enel: dal procedimento ai processi - 2. La struttura del mercato dell'energia elettrica - 3. La fornitura di energia elettrica: il Mercato Libero e il Servizio di Maggior Tutela - 4. Il provvedimento - 4.1 Le società sanzionate e le condotte contestate - 4.2. La campagna di raccolta dei consensi *privacy* e la formazione delle Liste SEN - 4.3. Il trasferimento delle Liste SEN - 4.4. L'impiego commerciale delle Liste SEN da parte di Enel Energia - 4.5. Le valutazioni dell'AGCM - 4.5.1. I mercati rilevanti e la posizione dominante - 4.5.2. Le condotte contestate: la formazione delle Liste SEN e il loro utilizzo a fini promozionali - 4.5.3. L'intento escludente - 5. L'impugnazione del Provvedimento dinnanzi al TAR del Lazio - 5.1. Il giudizio di primo grado per Servizio Elettrico Nazionale ed Enel Energia - 5.2. Il giudizio di primo grado per Enel - 6. L'appello al Consiglio di Stato: il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea - 7. La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea - 7.1 La prima questione pregiudiziale - 7.2 La seconda questione pregiudiziale - 7.3 La terza questione pregiudiziale - 7.4 La quarta questione pregiudiziale - 7.5 La quinta questione pregiudiziale - 8. La sentenza definitiva del Consiglio di Stato

1. Il caso Enel: dal procedimento ai processi

La vicenda nota come “Caso ENEL” ha assunto rilevanza giuridica a partire dal provvedimento di avvio dell'istruttoria¹ *A511-ENEL/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM” o “Autorità”) in data 04.05.2017 e seguito, a distanza di circa un anno e mezzo², dal provvedimento (prot. n. 27494/2018, “*il Provvedimento*”) di accertamento dell'illiceità *antitrust* – ai sensi dell'art. 102 TFUE – delle condotte realizzate da Enel S.p.A. (“*Enel*”), Enel Energia S.p.A. (“*EE*”) e Servizio Elettrico Nazionale S.p.A. (“*SEN*”), rispettivamente la società *holding* del gruppo omonimo e due società da essa controllate nell'ambito del gruppo. Più nello specifico, il Provvedimento ha accertato che le predette società “*hanno posto in essere un abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 102 TFUE, consistente nell'adozione di una strategia escludente realizzata*

¹ AGCM, provv. n. 26581/2017, *A511-ENEL/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*

² In data 20.12.2018

mediante l'utilizzo illegittimo, al fine di competere con i propri concorrenti nell'acquisizione di contratti di vendita di energia elettrica a condizioni di libero mercato, dei dati di contatto della base clienti tutelata acquisiti mediante il meccanismo del consenso privacy per finalità commerciali"³. A fronte di tale violazione, l'Autorità ha sanzionato le predette società per un totale di €93.084.790,50 e ha loro imposto, per il futuro, di astenersi dal realizzare nuovamente le infrazioni accertate e altre condotte analoghe; infine, di trasmettere entro novanta giorni dalla notifica del Provvedimento una "*specificazione scritta*"⁴ esplicativa delle misure rimediali adottate per adempiere all'inibitoria.

Ciascuna delle società sanzionate ha autonomamente impugnato il Provvedimento, per ottenerne l'annullamento, dinnanzi al TAR del Lazio⁵, che si è pronunciato in identica composizione con tre distinte sentenze, relative alla posizione di ENEL (sent. 11957/2019) e a quelle di SEN (sent. 11958/2019) e di EE (sent. 11954/2019). Queste ultime hanno tutte confermato in massima parte la ricostruzione dei fatti operata dall'Autorità, pur avendo impresso ai giudizi intentati da EE e SEN, da una parte, e da Enel, dall'altra, un esito differente. Più nello specifico, mentre il ricorso delle prime ha trovato parziale accoglimento, limitatamente al profilo temporale dell'accertamento e a quello relativo alla quantificazione della sanzione, la domanda di Enel è stata rigettata. Le ragioni di tale difformità formeranno oggetto di specifica trattazione nel prosieguo; intanto, può anticiparsi che la medesima è ascrivibile alla maturazione di una preclusione processuale per la *holding*, la quale non ha formulato alcuna censura relativamente alle questioni oggetto di accoglimento nei giudizi promossi dalle sue società figlie⁶.

Ognuna delle sentenze è stata oggetto di autonomo appello dinnanzi al Consiglio di Stato, che si è pronunciato con l'ordinanza n. 4646/2020, con la quale ha

³ AGCM, provv. n. 27494/2018, A511-ENEL/*Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, pag. 48

⁴ Ibid.

⁵ Il giudice amministrativo gode di giurisdizione esclusiva in materia di "*controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori*" adottati, tra le altre, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ai sensi dell'art. 133 co. 1 lett. 1) d.lgs 104/2010 ("Codice del processo amministrativo"). Il TAR del Lazio, in particolare, è munito di competenza funzionale e inderogabile nella stessa materia ai sensi dell'art. 135 co.1 lett. b) d.lgs. 104/2010.

⁶ La preclusione è frutto del vincolo di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, che integra un principio generale dell'ordinamento processuale, valevole anche per la giurisdizione amministrativa in virtù del combinato disposto degli artt. 34 e 39 d.lgs 104/2010 e 112 cpc.

opportunamente disposto la riunione dei procedimenti e ha formulato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ("CGUE"), sottoponendole cinque quesiti sull'interpretazione dell'art. 102 TFUE. I giudici di Lussemburgo hanno fornito l'interpretazione richiesta con la sent. 12 maggio 2022, *Servizio Elettrico Nazionale SpA e a. contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e a.*, C377/20 (ECLI:EU:C:2022:379), formulando i principi di diritto necessari alla risoluzione delle questioni pregiudiziali e ponendo le basi per la successiva, e definitiva, sentenza del Consiglio di Stato (n. 10571/2022), che ha disposto l'annullamento del Provvedimento e della relativa sanzione.

Ciò premesso in via generale, appare ora opportuno descrivere più approfonditamente i fatti e gli snodi procedurali e processuali sopra sinteticamente richiamati, per consentire un compiuto apprezzamento dell'effettiva portata dei principi di diritto espressi dalla CGUE. Si tenterà di procedere ordinatamente, seguendo la concatenazione logica e cronologica di fatti e provvedimenti e dunque considerando anzitutto il Provvedimento, in seguito l'insieme delle pronunce rese dal TAR del Lazio nei giudizi di impugnazione, poi l'ordinanza di rinvio alla CGUE e la relativa sentenza e – infine - la pronuncia definitiva del Consiglio di Stato.

Tanto impone di spendere, in apertura, brevi considerazioni in merito alla struttura della filiera elettrica e al regime giuridico delle sue diverse fasi, nell'ambito delle quali operano le società del Gruppo Enel.

2. La struttura del mercato dell'energia elettrica

La filiera elettrica (o "*sistema elettrico*") rappresenta l'insieme delle tappe che, dalla generazione o importazione dell'energia elettrica, conducono fino al suo utilizzo da parte degli utenti finali. Più nello specifico, tale filiera comprende le quattro "*fasi di produzione, trasmissione (e dispacciamento), distribuzione, vendita di energia elettrica [...]*"⁷.

La prima fase è deputata alla sua generazione, a partire dalla trasformazione di fonti primarie – fossili o rinnovabili – o dalla sua importata dall'estero. Così prodotta,

⁷ GERBETI A., voce *SISTEMA ELETTRICO* in Enciclopedia Italiana - IX Appendice (2015), Treccani.it, [https://www.treccani.it/enciclopedia/sistema-elettrico_\(Enciclopedia-Italiana\)](https://www.treccani.it/enciclopedia/sistema-elettrico_(Enciclopedia-Italiana)), consultato in data 27/02/23

l'energia elettrica transita successivamente – nell'ambito della fase di “trasmissione/dispacciamento” - sulla Rete di Trasmissione Nazionale (“RTN”), un'infrastruttura pubblica composta da “*linee ad altissima e ad alta tensione, da stazioni di trasformazione e/o di smistamento, nonché da linee di interconnessione che permettono lo scambio di elettricità con i paesi esteri*”⁸. Le linee ad altissima e alta tensione rappresentano la modalità tecnica più efficiente per il trasporto dell'energia elettrica, in quanto ne minimizzano la dispersione⁹, ma l'elettricità in questa forma è inadatta alla fruizione da parte degli utenti finali. A tal fine, è necessaria un'ulteriore fase, quella della “distribuzione”, nel corso della quale l'energia viene trasformata “*attraverso le cabine primarie (che trasformano l'elettricità ad alta tensione in elettricità a media tensione)*”¹⁰ e “*le cabine secondarie (dalla media tensione alla bassa tensione) e i trasformatori*”¹¹, nella quale dunque avviene “*il trasporto e la trasformazione di energia elettrica su reti di distribuzione a media e bassa tensione per le consegne ai clienti finali*”¹². Solo a questo punto - nell'ambito del segmento finale della “*commercializzazione, fornitura e consegna dell'energia ai clienti finali allacciati alle reti di distribuzione*”¹³ - l'energia elettrica può essere commercializzata ad opera delle società fornitrici, la cui attività di *business* consiste nella rivendita agli utenti finali, domestici e non domestici (ad es., rispettivamente, famiglie e imprese), dell'energia elettrica precedentemente acquistata sul mercato.

Tale insieme di fasi si svolge per mezzo di infrastrutture complesse e soggettive a regimi giuridici differenti. Ricorda, a proposito, il Consiglio di Stato che “*il servizio elettrico è definito “a rete” in quanto la fornitura del bene elettricità passa attraverso un sistema di trasmissione e distribuzione strutturalmente limitato e non replicabile. In considerazione di tale monopolio naturale, mentre le fasi di produzione e vendita sono state aperte alla concorrenza, la gestione delle reti di*

⁸ Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (MASE), Rete di Trasmissione Nazionale (RTN), [mase.gov.it](https://www.mase.gov.it), <https://www.mase.gov.it/energia/energia-elettrica/rete-elettrica-di-trasmissione-nazionale>, consultato in data 26/03/2023

⁹ Sorgenia, Cos'è la Rete di Trasmissione Nazionale, Sorgenia.it, <https://www.sorgenia.it/guida-energia/rete-di-trasmissione-nazionale-rtn>

¹⁰ Terna s.p.a., COME FUNZIONA IL SISTEMA ELETTRICO, Terna.it, <https://www.terna.it/it/sistema-elettrico/ruolo-terna/come-funziona-sistema-elettrico>

¹¹ Ibid.

¹² Art. 2 co. 14 del d.lgs 79/99

¹³ AGCM, provv. 27494/2018, cit. par. 33

*trasmissione e distribuzione è rimasta disciplinata in regime di monopolio (regolato) e sulla base di una concessione rilasciata dal Ministero dello Sviluppo economico*¹⁴. Le differenze esistenti nella regolamentazione dei diversi segmenti della filiera elettrica si giustificano sulla base delle diverse esigenze che le caratteristiche tecniche e strutturali di ciascuna delle fasi hanno posto. Più nello specifico, quanto al segmento della trasmissione, l'obiettivo di garantire l'uniforme erogazione del servizio elettrico sul territorio nazionale è stato perseguito mediante la nazionalizzazione delle imprese elettriche e l'istituzione di un'infrastruttura pubblica (la RTN, su cui *supra*, ad oggi gestita in regime di monopolio¹⁵ dalla società Terna S.p.A), nella quale sono confluiti gli impianti da esse detenuti. L'attività di distribuzione, al contrario, pur avendo richiesto l'istituzione di un regime giuridico funzionale a razionalizzare la gestione delle relative infrastrutture, non ha imposto l'individuazione di un monopolista. A proposito, l'art. 8 co. 3 del d.lgs 79/99 dispone che *“al fine di razionalizzare la distribuzione dell'energia elettrica, è rilasciata una sola concessione di distribuzione per ambito comunale”*. Ai fini di questa trattazione rilevano i due segmenti della distribuzione e della fornitura, che rappresentano i mercati rilevanti (v. *infra*), rispettivamente a monte e a valle, interessati dalle condotte contestate. Le coordinate sopra fornite in merito al primo risultano sufficienti per quanto d'interesse; si rende necessario, invece, approfondire le distinte modalità di offerta esistenti nel mercato della fornitura, la cui descrizione forma oggetto del paragrafo successivo.

3. La fornitura di energia elettrica: il Mercato Libero e il Servizio di Maggior Tutela

L'attuale contesto del mercato elettrico nazionale rappresenta l'approdo di un processo di liberalizzazione promosso dalle istituzioni europee e realizzato,

¹⁴ Cons. Stat., ord. 4646/2020, capo 1; a proposito, si consideri anche l'art. 1 d.lgs. 17/1999, il quale prevede che *“le attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica sono libere nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico contenuti nelle disposizioni del presente decreto. Le attività di trasmissione e dispacciamento sono riservate allo Stato ed attribuite in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale di cui all'articolo 3. L'attività di distribuzione dell'energia elettrica è svolta in regime di concessione rilasciata dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato”*;

¹⁵ In virtù delle concessioni rilasciate con il Decreto del Ministero delle Attività Produttive n. 12 del 20.05.2005 (in Gazzetta Ufficiale n. 98 del 29.04.2005) e successivo Decreto del Ministro dello sviluppo economico del 15.12.2010 (in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 4 del 07.01.2011)

dapprima, mediante l'introduzione di ambiti "liberi" accanto a quelli "vincolati" e, in seguito alla definitiva scomparsa di questi ultimi, tramite la previsione di un sistema di tutela per i clienti di più piccole dimensioni.

Facendo un passo indietro, è noto che, per un periodo considerevole della storia repubblicana, la concorrenza non ha trovato spazio alcuno all'interno del mercato elettrico nazionale, il quale piuttosto formava oggetto di un monopolio pubblico, esteso a tutti i segmenti della filiera elettrica ed esercitato da ENEL¹⁶. La situazione è mutata nel corso degli anni '90, in forza di una serie di Direttive della Comunità Europea, tra le quali si segnala la Direttiva 96/92/CE del Parlamento e del Consiglio Europeo del 19 dicembre 1996, recepita nell'ordinamento nazionale dal d.lgs. n. 79/99 (c.d. "*decreto Bersani*"), che ha segnato l'avvio del processo di liberalizzazione e, conseguentemente, il tramonto del regime esistente. Ciò, in particolare, mediante il raggruppamento degli utenti finali in due distinte categorie: quella dei c.d. "*clienti idonei*"¹⁷ a rivolgersi ad un fornitore sul neo-istituito mercato libero ("*ML*") e quella dei c.d. "*clienti vincolati*" ad essere forniti dal distributore competente per territorio. Quest'ultima categoria, progressivamente ridottasi ai fini della liberalizzazione, è definitivamente scomparsa in data 01.07.2007, ad opera della l. 239/2004¹⁸ (c.d. "*legge Marzano*"), con la quale tutti gli utenti sono stati abilitati a scegliere liberamente il proprio fornitore sul mercato.

L'ordinamento sovranazionale, tuttavia, intendeva garantire ai clienti "*un diritto reale ed effettivo*"¹⁹ di scelta dei fornitori, da attuarsi mediante la previsione di "*misure e sistemi adeguati per proteggere gli interessi degli utenti*"²⁰. Per farlo, è stato istituito, il c.d. "*servizio di maggior tutela*" ("*SMT*"), a carattere transitorio, il

¹⁶ Ciò a partire dal 1962 quando, con la l. 1643 (c.d. "legge di nazionalizzazione"), è stato realizzato l'integrale trasferimento delle imprese elettriche esistenti in capo ad ENEL (Ente nazionale per l'energia elettrica), istituito dalla medesima legge quale ente pubblico.

¹⁷ Definito all'art. 2 co. 6 del d.lgs. 79/99 come "*la persona fisica o giuridica che ha la capacità di stipulare contratti di fornitura con qualsiasi produttore, distributore o grossista, sia in Italia sia all'estero*". Subito dopo, viene definito il cliente vincolato come "*è il cliente finale che, non rientrando nella categoria dei clienti idonei, è legittimato a stipulare contratti di fornitura esclusivamente con il distributore che esercita il servizio nell'area territoriale dove è localizzata l'utenza.*"

¹⁸ Emanata al fine di dare attuazione alla direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003, che al suo art. 21 prevede che: "*Gli Stati membri provvedono affinché i clienti idonei siano: [...]c) dal 1° luglio 2007, tutti i clienti*".

¹⁹ Considerando 20, Direttiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003

²⁰ Ibid.

quale avrebbe dovuto svolgere una funzione strumentale a consentire a tutti i piccoli clienti, che non avessero scelto di rivolgersi ad un fornitore sul mercato libero, di adeguarsi alle nuove condizioni di mercato e di acquisire le informazioni necessarie a negoziare, a ragion veduta, il proprio contratto di fornitura sullo stesso. Dell'erogazione del SMT sono stati incaricati i distributori territorialmente competenti²¹, direttamente o per il tramite di società di vendita ad essi collegate, con l'obbligo (c.d. di "*servizio pubblico*") di fornire energia elettrica alla clientela tutelata praticando i prezzi indicati dall'Autorità indipendente di settore, l'ARERA (Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente). In sintesi, "*il SMT costituisce un servizio pubblico di durata transitoria per il cui assolvimento sono stati, ope legis, incaricati i distributori (o società di vendita da questi indicate) [...] predisposto per i piccoli clienti che non intendano scegliere autonomamente il proprio fornitore sul ML*"²².

Nell'ambito degli addebiti mossi dall'Autorità alle società del Gruppo Enel particolare rilievo hanno assunto la data di cessazione del SMT - normativamente individuata, per la prima volta, nel 2017 - e le notevoli incertezze legislative registratesi sul punto. Inizialmente, infatti, il disegno di legge sulla concorrenza (D.d.L. n. 3012/2015) aveva fissato quale termine ultimo la data 01.07.2018, poi prolungato fino all'anno successivo dalla legge in cui esso è sfociato (l. 124/2017, recante "*legge annuale per il mercato e la concorrenza*"). Sono seguiti successivi rinvii, che hanno determinato la parziale sopravvivenza, alla data in cui si scrive, del Servizio di Maggior Tutela. Ad oggi, invero, esso è cessato "*per le microimprese e le forniture non domestiche*"²³ in data 31.12.2022, ma la sua scadenza è stata ulteriormente prorogata fino al gennaio 2024 per i clienti domestici.

²¹ In quanto titolari della concessione amministrativa per l'attività di distribuzione ricomprendente il territorio del comune di residenza del cliente tutelato

²² AGCM, provv. 27494/2018, par. 42

²³ Servizio Elettrico Nazionale, FINE SERVIZIO DI MAGGIOR TUTELA, [servizioelettriconazionale.it](https://www.servizioelettriconazionale.it), <https://www.servizioelettriconazionale.it/it-IT/info-news/news/fine-maggior-tutela>

4. Il provvedimento

4.1 Le società sanzionate e le condotte contestate

È ora possibile dare conto del ruolo svolto dalle società sanzionate all'interno della filiera elettrica e nel contesto del Gruppo Enel.

Enel S.p.A è la *holding* del gruppo omonimo, nell'ambito del quale opera promuovendo sinergie e *best practices* tra le società da essa controllate. Stando a quanto dichiarato nel corso del procedimento, ella non svolgerebbe invece alcun ruolo operativo e ciò a partire da una ristrutturazione aziendale, ultimata nel 2014, che avrebbe radicalmente trasformato l'assetto societario del Gruppo.

Enel Energia S.p.A, interamente controllata dalla prima, è la società del Gruppo che esercita l'attività di fornitura di energia elettrica sul mercato libero (ML).

Infine, Servizio Elettrico Nazionale S.p.A.²⁴, a sua volta integralmente partecipata da Enel, eroga il Servizio di Maggior Tutela per conto di e-distribuzione S.p.A., società sua consorella, concessionaria per l'attività di distribuzione in diversi comuni e dunque gravata dall'obbligo di erogare il SMT per gli utenti che insistono sui territori oggetto di concessione. Si ha avuto modo di specificare, infatti, che le società di distribuzione possono adempiere all'obbligo di servizio pubblico sia direttamente sia per il tramite di società di vendita ad esse collegate, qual è – nel caso di specie - SEN.

Tutto ciò premesso, è ora possibile sintetizzare il contenuto del Provvedimento e ciò si farà ripercorrendo i passaggi che hanno condotto l'Autorità a contestare alle predette società di aver realizzato, agendo di concerto nell'ambito del gruppo, un abuso c.d. “*escludente*” nei confronti dei concorrenti di EE sul Mercato Libero. Le condotte sanzionate, più in particolare, sarebbero ascrivibili alla fattispecie specifica della c.d. “*pre-emption*”, la quale descrive le condotte consistenti nell’*“impedire od ostacolare l'ingresso di nuovi concorrenti in un mercato distinto ma collegato (sia in senso verticale che orizzontale) rispetto a quello dominato dall'incumbent”*²⁵.

²⁴ Essa era denominata fino al 1° gennaio 2017 “Enel Servizio Elettrico” (ESE). Tale precisazione rileva in quanto alcuni tra i documenti interni acquisiti dall'Autorità e richiamati nel Provvedimento, essendo stati redatti prima di tale momento, si riferiscono alla società con la sua precedente denominazione. La modifica nella denominazione si giustifica quale adempimento degli obblighi c.d. di “*debranding*” o “*brand unbundling*”, di cui alla del. ARERA n. 296/2015.

²⁵ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, G. Giappichelli, Seconda edizione, Torino, 2019, p. 190

Nella vicenda in analisi il “mercato distinto ma collegato” a quello della distribuzione - in cui l’*incumbent* è senza dubbio e-distribuzione S.p.A - è quello della fornitura elettrica, all’interno del quale il Gruppo avrebbe attuato una strategia escludente, sfruttando abusivamente il vantaggio competitivo - detenuto esclusivamente in virtù della sua posizione dominante - rappresentato dalla possibilità di accesso in via privilegiata ai dati di contatto della clientela tutelata di SEN. Più nello specifico, l’Autorità ha ritenuto che l’abuso abbia avuto inizio con l’avvio, da parte di SEN, di una campagna di raccolta dei consensi *privacy* della propria clientela con modalità differenziate, ritenute discriminatorie, per le società del Gruppo Enel e per le società terze. Lo stesso sarebbe poi proseguito mediante l’inserimento dei dati di contatto così acquisiti (relativi ai c.d. utenti “*consensati*”) in apposite Liste (le cc.dd “*Liste SEN*”, su cui v. *infra*) con l’obiettivo di trasferirle ad EE, la quale le avrebbe poi utilizzate per formulare e proporre ai clienti serviti in MT offerte specificamente disegnate sulle loro esigenze. Tanto sarebbe valso a pregiudicare la capacità competitiva dei concorrenti di EE sul Mercato Libero. Deve considerarsi, infatti, che, vista l’imminente scadenza del SMT, all’epoca dei fatti, nei mercati rilevanti “*la concorrenza nell’acquisizione dei clienti tutelati si realizza[va] principalmente attraverso la possibilità di rivolgersi agli stessi in maniera diretta e individuale, a parità di condizioni tra gli operatori non verticalmente integrati e l’esercente la maggior Tutela*”²⁶. Il Gruppo, invece, avrebbe alterato il confronto competitivo precludendo l’accesso ai dati di contatto della clientela tutelata ai concorrenti di EE non verticalmente integrati, da una parte, poiché SEN non avrebbe adeguatamente portato a conoscenza di questi ultimi la possibilità di acquisire le Liste omonime, così ostacolandone l’accesso al vantaggio concorrenziale da esse discendente. D’altra parte, in ragione delle modalità asseritamente discriminatorie di raccolta dei consensi, in ogni caso detti concorrenti avrebbero potuto fruire solo di un novero di dati significativamente più ristretto rispetto a quello messo a disposizione di EE, a causa dello squilibrio tra il minor numero dei consensi *privacy* espressi dagli utenti a favore dei primi e quello, maggiore, prestato a beneficio della seconda.

²⁶ AGCM, provv. 27494/2018, par. 214

I paragrafi successivi sono dedicati alla descrizione della consistenza oggettiva delle condotte sopra descritte, secondo la ricostruzione che ne ha fatto l'AGCM. Verranno, invece, lasciati sullo sfondo i giudizi di valore e le considerazioni dell'Autorità, le quali formeranno oggetto di specifica trattazione più avanti.

4.2. La campagna di raccolta dei consensi *privacy* e la formazione delle Liste SEN

L'incipit delle condotte abusive è stato rinvenuto dall'AGCM nelle operazioni attuate da SEN per acquisire il consenso degli utenti a essere contattati a fini promozionali (d'ora in avanti anche "consenso *privacy*") e, successivamente, per formare appositi elenchi, le Liste SEN, comprendenti i dati di contatto dei c.d. "*consensati*".

Più nello specifico, a partire dal 01.01.2012, SEN ha richiesto il consenso al trattamento di dati, quali l'«*anagrafica della persona interessata e [a]i recapiti presso i quali la stessa ha fornito il consenso a essere contattata, telefono/cellulare, e-mail [...]»*²⁷, mediante i cc.dd. "*canali inbound*" cartaceo, telefonico e informatico. La caratteristica distintiva del c.d. "*marketing inbound*" risiede nel carattere "*non interruttivo*"²⁸ della clientela, che diviene destinataria delle sollecitazioni delle imprese o del contenuto che esse intendono pubblicizzare nel contesto di occasioni di contatto che originano su impulso della clientela stessa (ad es. richiesta di consenso nel corso di una conversazione telefonica tra l'utente e il *call center* della società, avviata dall'utente). Tanto vale a differenziare tali strategie da quelle proprie del *marketing outbound*, il quale, al contrario, si basa sull'interruzione delle ordinarie attività del destinatario del contenuto pubblicizzato, quale espediente per carpirne l'attenzione (ad es. tramite un annuncio pubblicitario televisivo).

Sotto altro profilo, SEN ha impiegato differenti modalità tecnico-giuridiche per permettere agli utenti di esprimere il proprio consenso attraverso i diversi canali - poste le differenze strutturali esistenti tra questi ultimi - e consistenti, in particolare, nella sottoscrizione di documentazione contrattuale, per il canale cartaceo, nel c.d.

²⁷ AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 85

²⁸ MATTEUZZI J., *Inbound Marketing: Le nuove regole dell'era digitale*, Flaccovio, 2014

*vocal ordering*²⁹ e nella compilazione di specifici *web form*, rispettivamente per i canali telefonico e *web*.

In ognuno di questi casi, la società ha rivolto disgiuntamente la richiesta di “*di un doppio e separato consenso*”³⁰ agli utenti “*per le società del gruppo Enel e per i terzi*”³¹. Tanto si è riflesso in un dato statistico di immediata percezione: sulla totalità degli utenti “*consensati*”, il 70% ha prestato il consenso esclusivamente a favore delle società del gruppo, mentre solo il restante 30% ha acconsentito anche al trattamento extra-gruppo³².

Infine, i dati degli utenti consensati, così raccolti, sono stati impiegati su base annuale per formare le Liste SEN, astrattamente deputate ad essere trasferite a titolo oneroso agli operatori che avessero manifestato interesse in tal senso. A proposito, la società ha dichiarato nel corso del procedimento che “*l’attività di acquisizione e cessione dei consensi privacy fosse stata concepita autonomamente come attività in grado di generare un valore commerciale per la società (attraverso la vendita dei contratti acquisiti anche ai terzi)*”³³.

4.3. Il trasferimento delle Liste SEN

Al di là delle dichiarate intenzioni commerciali, il trasferimento delle Liste SEN è avvenuto, in concreto, esclusivamente nei confronti di Enel Energia. Il presente paragrafo, dunque, descriverà le modalità effettivamente impiegate da SEN per la cessione dei dati di contatto alla società consorella, i vincoli al trasferimento extra-gruppo derivanti dalla normativa sulla *privacy* e, infine, l’occasione sfumata di noleggio delle Liste a una società terza.

Sotto il primo profilo, la società esercente il SMT ha utilizzato lo strumento convenzionale del c.d. “*permission marketing*”³⁴, particolare contratto di noleggio dei dati degli utenti “*consensati*” a titolo oneroso, attributivo della facoltà di utilizzo

²⁹ Il *vocal ordering* è una modalità di espressione del consenso nell’ambito dei contratti telefonici. Trattandosi, in ogni caso, di un’autorizzazione al trattamento dei dati personali, l’operatore telefonico che la richieda dovrà rispettare la normativa in materia di *privacy* di cui al d.lgs 196/2003

³⁰ Ivi, par. 220

³¹ AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 83

³² Ibid., par. 83, nota 27

³³ Ibid., par. 222

³⁴ Ibid., par. 88

delle anagrafiche per un periodo biennale. In concreto, SEN ha trasferito le Liste ad EE nel periodo compreso tra il 2012 e il 2015. Nonostante le società avessero stipulato contratti di *permission* marketing fino al 2017, infatti, EE non ha mai richiesto il trasferimento delle anagrafiche relative alle annualità 2016-2017, impiegando per il relativo frangente temporale i recapiti acquisiti nel 2015 (sui quali vantava una facoltà di utilizzo biennale in virtù del regolamento negoziale). Per queste ragioni, l'AGCM ha datato l'abuso all'interno della cornice temporale compresa tra il 2012 e il 2017, anno in cui EE ha smesso di impiegare le Liste SEN, pure acquisite in precedenza (v. *infra par. 5.4*).

Quanto ai rapporti con le società terze, è opportuno sottolineare che, in virtù delle rilevanti disposizioni in materia di *privacy*, il trasferimento dei dati degli utenti che hanno acconsentito al trattamento può avvenire esclusivamente verso i soggetti espressamente indicati all'atto della prestazione del consenso. Dunque, in virtù del dato statistico di cui *supra*, quand'anche SEN avesse concluso contratti di cessione con società estranee al Gruppo Enel, il rispetto dell'ampiezza del consenso prestato dagli utenti le avrebbe permesso di trasferire loro solo il 30% circa delle anagrafiche in suo possesso (v. *supra*, §5.2).

In concreto, tuttavia, SEN ha avuto una sola occasione di trasferimento, originata dall'avviso da essa pubblicato sul proprio sito *internet* per portare a conoscenza degli operatori interessati l'opportunità di acquisire i dati di contatto contenuti nelle Liste SEN³⁵, dal seguente tenore: “*Comunicazione agli operatori. Nell'ambito dei contatti di Enel Servizio Elettrico [ad oggi, SEN] con i propri clienti, una parte di questi ha espressamente manifestato il consenso al trattamento dei propri dati per finalità commerciali, ai sensi del D.lgs. 196/2003. Tale consenso è stato rilasciato, sulla base di una libera scelta del singolo cliente, nei confronti di società del Gruppo Enel e/o nei confronti di società terze diverse da Enel. A tal fine, Enel Servizio Elettrico informa tutte le società interessate che è possibile richiedere – dietro pagamento di un corrispettivo – le suddette anagrafiche clienti che, a seconda dei casi, hanno rilasciato l'una e/o l'altra tipologia di consenso*”³⁶. La società che aveva manifestato interesse all'acquisizione dei recapiti è HeraComm

³⁵ AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 104

³⁶ Ibid., par. 104, nota 110

S.p.A, la quale – secondo la ricostruzione provvedimento - avrebbe incontrato serie difficoltà nel prendere contatti con SEN e nel negoziare con essa le condizioni economiche del trasferimento, decidendo infine di non concludere il relativo contratto in quanto “*le condizioni economiche proposte*”³⁷ da SEN – pur in linea con quelle praticate ad EE – “*risultavano peggiorative rispetto ad altre tipologie di liste di contatto reperibili sul mercato*”³⁸.

4.4. L’impiego commerciale delle Liste SEN da parte di Enel Energia

Quanto finora descritto integra una mera premessa comportamentale, di per sé sola inidonea a esplicitare effetti escludenti nei confronti dei concorrenti di EE sul Mercato Libero. L’Autorità, infatti, ha legato la portata anticompetitiva dei comportamenti sanzionati non già alla mera formazione o detenzione delle Liste SEN, bensì all’uso che, in concreto, ne ha fatto EE, il quale solo rappresenterebbe l’estrinsecazione e lo sfruttamento abusivo del vantaggio concorrenziale da esse discendenti.

Più nello specifico, EE ha impiegato i recapiti telefonici degli utenti, contenuti nelle Liste SEN acquisite nel corso del tempo, per contattarli - mediante il canale telefonico di *marketing outbound* denominato “*teleselling outbound*” (“*TLS*” o “*TLS outbound*”) - e proporre loro una serie di offerte commerciali. Ad inverare lo sfruttamento abusivo della posizione dominante, sarebbe stata la proposizione di offerte specificamente rivolte alla clientela tutelata, mediante l’utilizzo dei dati di contatto contenuti nelle Liste SEN per mezzo del *TLS outbound*. Tali offerte, in particolare, consisterebbero in quelle recanti la denominazione “*Sempre Con Te*” ed “*Energia pura casa special*”³⁹.

La prima offerta, pacificamente rivolta al suddetto *target*, è stata disponibile per la sottoscrizione dal 20.03.2017⁴⁰ e prevedeva “*un anno di prezzo della componente energia bloccato alle condizioni previste per il cliente servito in maggior tutela al momento della sottoscrizione*”⁴¹. Modalità siffatte avrebbero dovuto soddisfare le

³⁷ Ibid. par. 106

³⁸ Ivi

³⁹ Tale rilievo viene, in seguito, utilizzato per corroborare la ricostruzione circa la natura di “*asset strategico e irripetibile*” delle liste su cui, v. *infra*

⁴⁰ TAR Lazio, sent. 11954/2019, par. 8.4

⁴¹ AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 97

esigenze⁴² della clientela di SEN, per come emerse da un'indagine di mercato condotta nel 2016 sulla sua base clienti, e, in particolare, del target qualificato come *“resistente al cambiamento”*⁴³. L'offerta è stata distribuita inizialmente tramite il canale *“fisico”* (in particolare, tramite i punti vendita di EE) e, solo in seguito, attraverso gli *“ulteriori canali (telefonico, internet)”*⁴⁴. Rispetto al canale telefonico, il Provvedimento attesta che in un *“documento ispettivo si legge la circostanza per cui EE considerasse strategiche per il lancio dell'offerta “Sempre con Te” proprio le liste clienti acquisite da SEN”*⁴⁵.

La ricostruzione dell'Autorità si fa, invece, meno dettagliata con riferimento alla seconda offerta, la quale viene richiamata *“a titolo esemplificativo”*, per sostenere che *anche precedentemente al lancio dell'offerta «Sempre con Te», Enel Energia ha proposto analoghe offerte specificamente dedicate alla clientela servita in maggior tutela attraverso l'utilizzo delle liste contatti fornite da SEN”*⁴⁶, sebbene non vengano fornite ulteriori evidenze in merito. Tale offerta è stata disponibile per la sottoscrizione dal settembre 2015 al maggio 2017.

4.5. Le valutazioni dell'AGCM

I successivi paragrafi sono dedicati alla descrizione della parte valutativa del Provvedimento: in apertura si darà conto delle riflessioni svolte dall'Autorità quanto alla definizione dei mercati rilevanti e all'accertamento del possesso di una posizione dominante, su questi ultimi, da parte delle società del Gruppo Enel; successivamente, ci si soffermerà sulla valutazione che delle condotte ha fatto l'AGCM ai fini dell'accertamento dell'abuso e dell'intento escludente di gruppo.

⁴² Così sintetizzate: *“forte attaccamento al brand Enel; vogliono essere informati in modo trasparente ed essere rassicurati nella fase di passaggio; vogliono un'offerta semplice e chiara simile a quella attuale; per sottoscrivere la nuova offerta vorrebbero un punto fisico vicino e servito da personale qualificato Enel”* (AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 99)

⁴³ AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 98

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 103

4.5.1. I mercati rilevanti e la posizione dominante

L'accertamento di un abuso di posizione dominante postula, logicamente e giuridicamente, la previa verifica circa il possesso di una posizione dominante da parte dell'impresa che lo ha realizzato.

Un'indagine di tal fatta, evidentemente, non riveste carattere assoluto: al contrario, quello di "*posizione dominante*" è un concetto di relazione, intrinsecamente connesso a quello di "*mercato rilevante*". Quest'ultimo descrive il contesto di mercato, suscettibile di formare oggetto della dominanza, sul quale le condotte scrutinate esplicano i loro effetti. L'attività di delimitazione che porta dagli ampi confini della nozione generale di mercato fino a quelli più ristretti propri del singolo ambito che assurge a mercato rilevante, è detta "*definizione*" ed è svolta dalle autorità garanti della concorrenza all'esito di un'analisi condotta su un duplice livello: quello merceologico e quello geografico, entrambi oggetto di definizione dalla Comunicazione della Commissione "*sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*" (97/C 372/03). Più nello specifico, l'ambito merceologico "*comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati*"⁴⁷, mentre quello geografico descrive "*l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse*"⁴⁸. Tali concetti - qui richiamati al sol fine di agevolare l'apprezzamento delle valutazioni svolte, sul punto, dall'AGCM – verranno approfonditi nel prossimo capitolo. In questa sede, invece, si tenterà di descrivere sinteticamente le operazioni di contestualizzazione svolte dall'Autorità e gli indici fattuali e giuridici da essa valorizzati nel corso delle stesse.

Più nello specifico, il Provvedimento ha individuato i mercati interessati dalle condotte contestate, lungo la filiera elettrica, da una parte, nel "*mercato a monte dei servizi di distribuzione*"⁴⁹ e, dall'altra, nei "*mercati a valle della vendita di energia*

⁴⁷ Comunicazione della Commissione 97/C 372/03, par. 7

⁴⁸ Ibid., par. 8

⁴⁹ AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 196

elettrica al dettaglio a clienti finali di minori dimensioni allacciati alla rete in bassa tensione, domestici e non domestici”⁵⁰.

La delimitazione dell’ambito merceologico del mercato della distribuzione è risultata agevole, considerato che il complesso di attività che ne forma oggetto afferisce al relativo segmento della filiera elettrica, il quale, per espressa previsione normativa, comprende le attività di *“trasporto e trasformazione di energia elettrica su reti di distribuzione a media e bassa tensione per le consegne ai clienti finali”⁵¹*. Neppure particolari difficoltà si sono poste nell’individuazione del suo ambito geografico, atteso che l’attività di distribuzione è esercitata in forza di concessioni amministrative aventi un ambito territoriale ben delineato. Il mercato geografico della distribuzione, dunque, non poteva che coincidere con *“il territorio oggetto delle concessione, in cui il concessionario detiene [...] una posizione di monopolio ex lege”⁵²*.

L’attività di definizione dei mercati “a valle” della vendita dell’energia elettrica è risultata, invece, operazione ben più complessa. Sebbene, in generale, possa affermarsi che il servizio oggetto di tale mercato comprende la *“commercializzazione, fornitura e consegna dell’energia ai clienti finali allacciati alla rete di distribuzione”⁵³*, ad un esame più attento emerge che lo stesso viene erogato nei confronti di *target* di clienti estremamente diversi tra loro con riguardo ai *“volumi e ai profili di consumo, ai costi di commercializzazione, alla standardizzazione o meno delle condizioni di vendita, al diverso grado di mobilità e al rischio di morosità”⁵⁴*. Tali variabili valgono a segnare differenze tanto profonde, da cliente a cliente, da aver portato l’Autorità, oramai per prassi, a ritagliare distinti mercati del prodotto per i *“clienti finali domestici e non domestici e, tra questi ultimi, clienti di differenti dimensioni e caratteristiche, sintetizzate nel tipo di allacciamento alla rete (bassa tensione o media/alta tensione)”⁵⁵*, al contrario però *“la prassi decisionale dell’Autorità non distingue [...] tra clienti in regime di maggior tutela o salvaguardia e clienti sul mercato libero (forniti a*

⁵⁰ Ivi

⁵¹ Art. 2 co. 14 d.lgs 79/99

⁵² AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 199

⁵³ Ibid., par. 200

⁵⁴ AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 200

⁵⁵ Ibid. par. 201

*condizioni economiche e commerciali di mercato)*⁵⁶. Per queste ragioni, l’oggetto del mercato merceologico della fornitura è stato individuato nelle attività di *“vendita al dettaglio dell’energia elettrica ai clienti domestici e ai clienti non domestici allacciati in bassa tensione, per lo più piccole imprese (c.d. “BT altri usi”)*⁵⁷, indipendentemente dall’appartenenza del cliente al ML o al SMT. Quanto alla dimensione spaziale del mercato, invece, hanno pesato sul giudizio dell’Autorità, da una parte la scarsa propensione dei clienti a rivolgersi a fornitori diversi da quelli attivi nel proprio ambito locale; dall’altra, la maggiore rilevanza delle utenze fornite in SMT rispetto a quelle in ML. Per queste ragioni, l’ambito geografico del mercato della fornitura è stato ritagliato sulle *“aree nelle quali l’impresa di distribuzione territorialmente competente esercita la propria attività”*⁵⁸.

Così individuati i mercati rilevanti, l’Autorità ha dovuto verificare se, su di essi, le società del Gruppo Enel detenevano una posizione dominante. Da un lato, e-distribuzione S.p.A è pacificamente dominante sul mercato della distribuzione, in quanto ivi opera in regime di monopolio *ex lege* con riferimento ai territori oggetto di concessione. Dall’altro, in relazione al mercato a valle della fornitura a clienti domestici e non domestici allacciati in bassa tensione, l’Autorità ha valorizzato la ricorrenza nella fattispecie concreta degli indicatori deputati a rivelare l’esistenza di una posizione dominante, individuati dalla Comunicazione della Commissione Europea 2009/C 45/02.

4.5.2. Le condotte contestate: la formazione delle Liste SEN e il loro utilizzo a fini promozionali

Acclarata l’esistenza di una posizione dominante in capo alle società del Gruppo Enel, l’Autorità è passata a valutare la portata anticoncorrenziale delle condotte loro contestate, giungendo alla - oramai più volte richiamata - conclusione che esse avrebbero realizzato un abuso di posizione dominante mediante la *“predisposizione da parte di [ESE/]SEN di elenchi di anagrafiche di clienti tutelati, contattabili per offerte commerciali in virtù del consenso privacy richiesto a favore della consorella*

⁵⁶ Ivi

⁵⁷ Ibid., par. 202

⁵⁸ Ibid., par. 203

EE con modalità discriminatorie dei terzi” e l’ “utilizzo da parte della stessa EE di tali elenchi per la preposizione e l’indirizzamento di specifiche offerte esclusivamente dedicate alla clientela ancora servita in maggior tutela, fra le quali da ultimo l’offerta «Sempre con Te»”⁵⁹.

Sotto il primo profilo, si ha avuto modo di dire che SEN ha richiesto il consenso *privacy* dell’utenza con modalità differenziate per le società del Gruppo Enel e per le società terze, in particolare formulando la “*richiesta di un doppio e separato consenso*”⁶⁰, nonostante non si rinvenga alcun obbligo in tal senso sul piano normativo. In materia di richiesta del consenso *privacy*, infatti, le disposizioni rilevanti non solo non impongono di trattare distintamente le società appartenenti al gruppo del richiedente e quelle ad esso estranee, ma, anzi, dettano una disciplina uniforme per entrambi tali potenziali destinatari del consenso.

Ciò nonostante, SEN avrebbe fatto ricorso a dette modalità differenziate e ciò solo al fine di favorire indebitamente EE, restringendo il novero dei dati di contatto astrattamente trasferibili ai suoi concorrenti, i quali per l’effetto sarebbero risultati menomati nella propria capacità di competere, a parità di armi, con il Gruppo, per l’acquisizione della clientela tutelata sul ML. Le separate richieste, infatti, avrebbero influenzato la percezione della clientela, inducendola “*a ritenere che il primo consenso [a favore delle società del Gruppo Enel, fosse] necessario alla gestione del rapporto contrattuale, e a rilasciare quindi il medesimo, negando invece il proprio assenso al ricontatto per finalità commerciali da parte di terzi*”⁶¹. Pertanto, in virtù dei vincoli al trasferimento dei dati consensati, derivanti dalla normativa sulla *privacy* (su cui v. *supra*), SEN avrebbe potuto trasferire ai concorrenti di EE, interessati ai suoi elenchi di contatti, solo “*il 30% del totale dei dati raccolti, corrispondente ai soli clienti che avessero rilasciato un consenso a essere ricontattati per finalità commerciali anche da parte di società non facenti parte del gruppo*”⁶².

In secondo luogo, Enel Energia avrebbe fatto leva sul vantaggio concorrenziale derivante dall’utilizzo delle Liste SEN, le quali avrebbero rappresentato un “*asset*

⁵⁹ AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 218

⁶⁰ Ibid., par. 220

⁶¹ Ibid. par. 223 nota 206

⁶² Ibid. 221

strategico e irreplicabile” ai fini della proposizione di offerte commerciali specificamente rivolte alla clientela servita in MT.

Esse infatti, oltre ai dati espressamente oggetto di consenso, avrebbero altresì recato l’informazione “*implicita – e cruciale – relativa al fatto che [quello cui i dati si riferiscono sia] un cliente intestatario di una utenza elettrica che ha, con ogni probabilità, un contratto di fornitura in MT in essere con il gruppo Enel*”⁶³. Proprio su tale rilievo l’Autorità ha fondato il proprio giudizio di irreplicabilità delle Liste, le quali sole avrebbero fornito, con un grado di probabilità prossimo alla certezza, l’informazione della provenienza del cliente consensato dal SMT. Il Gruppo Enel si è difeso sul punto, asserendo che altri elenchi di contatti, presenti sul mercato, recavano tale ulteriore dato in maniera esplicita. Tale ricostruzione è stata smentita dall’Autorità, la quale ha sostenuto che le altre liste esistenti sul mercato, in quanto formate da operatori non verticalmente integrati nel mercato della distribuzione, avrebbero fornito il dato della provenienza dei clienti in maniera “*solamente approssimata [...] rimanendo comunque soggetta a un’alea certamente superiore a quella derivante dalla possibilità per l’esercente la maggior tutela di raccogliere dati direttamente dai clienti serviti*”⁶⁴.

Se a ciò si aggiunge l’ulteriore dato dell’imminente apertura del mercato della fornitura elettrica, che ha fatto sì che – a giudizio dell’Autorità - “*la concorrenza nell’acquisizione dei clienti tutelati si realizza[ssse] principalmente attraverso la possibilità di rivolgersi agli stessi in maniera diretta e individuale*”⁶⁵, si comprende perché alle Liste SEN è stato anche riconosciuto rilievo strategico⁶⁶.

In ogni caso, l’Autorità ha ricollegato la capacità escludente dell’abuso a un *quid pluris*, rappresentato dall’effettivo sfruttamento che EE ha fatto delle Liste SEN al fine di proporre ai clienti consensati, in via diretta e immediata, tramite il canale del *TLS outbound*, offerte specificamente rivolte agli utenti del SMT, tra le quali,

⁶³ Ivi, par. 85

⁶⁴ Ibid. par. 225

⁶⁵ Ibid., par. 214

⁶⁶ Sicché nessun abuso vi sarebbe stato, quando, pur a fronte del più ampio numero di consensi espressi dalla clientela a favore di EE, SEN avesse deciso di riequilibrare la posizione della prima rispetto a quella dei suoi concorrenti, trasferendole i “*soli contatti di clienti che avessero espresso il consenso anche a favore dei terzi, circostanza quest’ultima nella specie non verificatasi*” (AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 223)

segnatamente, quelle denominate “*Sempre Con Te*” ed “*Energia pura casa special*” (v. *supra*).

4.5.3. L'intento escludente

Sotto altro profilo, l'AGCM ha accuratamente descritto il complesso di circostanze dalle quali ha desunto l'esistenza di un intento escludente che, secondo la ricostruzione provvedimento, sarebbe stato attuato dalle società del Gruppo Enel tramite ciascuna delle condotte di cui sopra.

È bene precisare, in apertura, che l'elemento soggettivo – ovvero la consapevolezza o la volontà delle imprese circa l'attitudine anticoncorrenziale delle condotte da esse realizzate – non integra un autonomo presupposto della fattispecie di abuso di posizione dominante, la quale, al contrario, ha natura oggettiva. Ciò nondimeno, in virtù di consolidata giurisprudenza, l'elemento soggettivo può essere valorizzato dalle autorità garanti della concorrenza sul piano probatorio, quale ulteriore elemento in grado di ridurre ad unità l'insieme delle condotte oggetto di contestazione. Inoltre, l'imputazione di una strategia unitaria a società giuridicamente distinte (pure parti dello stesso gruppo), impone di accertare, preliminarmente, che le medesime abbiano effettivamente coordinato le proprie condotte sul mercato e, a monte, che la struttura organizzativa del gruppo di cui fanno parte sia tale da consentire o agevolare detto coordinamento, in virtù dei particolari legami di carattere giuridico, economico o personale esistenti tra le società del gruppo. Infine, bisogna considerare che, nell'ambito dei gruppi societari, quando una o più società controllate abbiano realizzato un'infrazione della normativa *antitrust*, la responsabilità che ne consegue può essere estesa alla capogruppo, anche in assenza di un suo diretto coinvolgimento nell'infrazione, quando essa eserciti sulle prime un'influenza determinante. Tale principio, oggetto della dottrina della c.d. *parent company liability*, presuppone che le società controllate non determinino autonomamente la propria condotta sul mercato, essendo piuttosto soggette all'eterodirezione della *holding*. La ricorrenza di tale presupposto forma oggetto di una presunzione relativa nelle ipotesi in cui la capogruppo detenga almeno la quasi totalità del capitale delle società che hanno materialmente attuato le condotte abusive, in ragione del grado di controllo che

giuridicamente ne discende. Ognuno di questi aspetti verrà approfondito nel prossimo capitolo; tuttavia, lo svolgimento delle brevi considerazioni di cui sopra, in questa sede, è stato imposto dall'esigenza di consentire un migliore apprezzamento delle ragioni per le quali il Provvedimento si è soffermato a descrivere la struttura e l'organizzazione del Gruppo Enel.

Secondo l'Autorità, il Gruppo Enel avrebbe ideato e perseguito una precisa strategia escludente nel periodo compreso tra il 01.01.2012, data di avvio della campagna di raccolta dei consensi *privacy* da parte di SEN, e il 31.05.2017, "*ultimo momento in cui si ha concreta evidenza [...] dell'utilizzo da parte di EE dei dati di contatto acquisiti dalla società collegata per la contrattualizzazione di clienti sul mercato libero*"⁶⁷. Tale strategia avrebbe rappresentato il tentativo del Gruppo di mantenere intatta la propria "*customer base*", trasferendo per quanto possibile la base clienti tutelata verso EE, anche a fronte degli attesi sconvolgimenti sul piano normativo. La scadenza del Servizio di Maggior Tutela avrebbe, infatti, inevitabilmente condotto alla riallocazione sul mercato della clientela tutelata, con conseguente pregiudizio per il Gruppo nel suo complesso.

Per dimostrarne l'esistenza, il Provvedimento fa leva sulle "*profonde interessenze*"⁶⁸ esistenti tra EE e SEN, le quali sarebbero divenute più intense in seguito alla ristrutturazione aziendale del 2014. A partire da questo momento, infatti, il Gruppo si è dotato di un modello organizzativo a matrice, caratterizzato dalla centralizzazione in una singola unità di *business*, l'area c.d. "*Mercato Italia*", delle funzioni afferenti al mercato della fornitura, tanto in ML, quanto in SMT (e dunque ascrivibili sia a EE che a SEN). Ciò avrebbe comportato una significativa commistione tra le strutture a servizio di SEN ed EE, tale per cui la separazione tra le due società, pur esistente sul piano giuridico, sarebbe risultata sfumata nella pratica, lasciandosi apprezzare "*solo al livello delle mansioni prettamente operative*"⁶⁹. Si consideri, inoltre, che il responsabile dell'Area Mercato Italia all'epoca dei fatti assommava su di sé la carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione sia di SEN, sia di EE. Egli avrebbe svolto un ruolo centrale nelle attività di coordinamento, anche solo in virtù del suo posizionamento gerarchico,

⁶⁷ AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 271

⁶⁸ Ibid. par. 61

⁶⁹ Ibid.

che lo vedeva al livello immediatamente inferiore a quello del responsabile della divisione geografica italiana (c.d. “*Country Italy*”), a sua volta diretto riporto dall’Amministratore Delegato del Gruppo, evidentemente espressione della *holding*. Il ruolo di coordinamento del responsabile dell’Area Mercato Italia si sarebbe concretizzato in specifiche riunioni (c.d. “*staff meeting*”) da egli convocate con cadenza mensile, il cui scopo sarebbe stato quello di ricevere aggiornamenti sulle principali attività svolte dalle unità a suo riporto, aggiornamenti dunque “*affidenti [...] sia a SEN che a EE*”⁷⁰, che spesso sfociavano nella rappresentazione complessiva dei risultati conseguiti dalle due società, dei loro obiettivi e delle relative strategie. Tra tutti, si richiama il contenuto di un documento, redatto da una funzione trasversale per SEN ed EE (“*PPQ*”, ovvero “*Planning, Performance, Quality*”) che indica “*tra le azioni necessarie per attuare una «strategia di valore della Customer base», [...] quella di «accelerare la migrazione dei clienti dalla Tutela al Libero»*”⁷¹.

In sintesi, la commistione di ruoli e responsabilità propria della struttura organizzativa del Gruppo Enel avrebbe rappresentato l’*humus* per l’ideazione e il perseguimento di una strategia comune di gruppo volta a far fronte alla “*temporaneità del regime tutelato (e quindi della necessità di acquisire quote sul mercato libero per la conservazione della customer base di gruppo)*”⁷². L’Autorità si è soffermata, inoltre, sulla razionalità economica dell’attuazione di una politica di traghettamento della clientela anche prima che il pericolo di cessazione del SMT fosse divenuto concreto. Sul punto, infatti, le società del Gruppo si erano difese sostenendo che “*una strategia di svuotamento massivo del bacino della MT sarebbe stata economicamente irrazionale [...] anzi avrebbe condotto a una vera e propria «distruzione della marginalità complessiva del gruppo stesso»*”⁷³. L’AGCM ha disatteso tali argomentazioni difensive sostenendo, da una parte, che l’incertezza in merito ai meccanismi che il legislatore avrebbe prescelto per la riallocazione della clientela servita in maggior tutela che non avesse esercitato un’opzione per un fornitore sul mercato libero avrebbe di per sé sola condizionato il giudizio del

⁷⁰ Ivi, par. 69

⁷¹ Ibid. par. 71

⁷² Ibid. par. 217

⁷³ Ibid. par. 144

Gruppo, il quale temeva di far fronte a conseguenze economicamente più svantaggiose; dall'altra, perché quest'ultimo sarebbe stato consapevole *“di avere maggiore capacità di attrarre tale clientela sul mercato libero, rispetto ai concorrenti, quando la stessa è ancora servita in MT da parte del gruppo, in quanto nei confronti di tale bacino sono spendibili i vantaggi competitivi derivanti dall'utilizzo dei dati consensati, nonché messaggi di continuità e rassicurazione nel rimanere all'interno dello stesso gruppo Enel, altresì veicolati in campagne commerciali dedicate, il cui uso non è possibile da parte dei concorrenti non facenti parte di gruppi verticalmente integrati”*⁷⁴.

5. L'impugnazione del Provvedimento dinnanzi al TAR del Lazio

Concluso l'esame del Provvedimento, ci si concentrerà ora sulla fase successiva del Caso Enel, quella processuale.

Si è detto in apertura che ciascuna delle società sanzionate ha autonomamente impugnato il Provvedimento per ottenerne l'annullamento e che ciò ha determinato l'instaurazione di tre distinti giudizi, all'esito dei quali il TAR del Lazio, in identica composizione, ha pronunciato tre sentenze, dal contenuto sostanzialmente analogo per SEN ed EE e parzialmente diverso – ma non nei profili di accertamento – per Enel. Nel primo caso, i giudici hanno condiviso le valutazioni dell'Autorità in merito all'esistenza dell'abuso, disattendendole tuttavia quanto alla sua durata e censurando le modalità di calcolo della relativa sanzione; dunque, hanno annullato il Provvedimento nella parte in cui faceva risalire l'inizio delle condotte abusive al 01.01.2012, contestualmente disponendo che l'AGCM rideterminasse la sanzione applicando correttamente i criteri di quantificazione e tenendo conto della minore durata dell'abuso.

È stata, invece, rigettata l'impugnazione proposta da Enel, poiché quest'ultima non aveva censurato i profili provvedimentali oggetto di annullamento dalle precedenti sentenze.

In ognuno dei giudizi, il TAR ha concentrato i motivi di ricorso proposti delle società in tre distinti gruppi, dei quali *“il primo [...] concerne presunte violazioni procedurali; il secondo riguarda presunte erroneità di metodo; il terzo contiene*

⁷⁴ AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 243

*censure di tipo sostanziale*⁷⁵. Poiché le doglianze ricondotte alle prime due categorie sono state disattese – doglianze, peraltro, neutrali ai fini della presente trattazione - il prossimo paragrafo analizzerà esclusivamente la motivazione delle sentenze in relazione alle censure sostanziali.

5.1. Il giudizio di primo grado per Servizio Elettrico Nazionale ed Enel Energia

Le società sanzionate hanno contestato in giudizio la legittimità del Provvedimento, dal punto di vista sostanziale, *“sia in ordine alla complessiva condotta accertata come abusiva, sia alla durata e alla gravità della stessa, sia, infine, alle modalità seguite per calcolare la sanzione”*⁷⁶.

Con riferimento alla natura discriminatoria delle modalità differenziate di raccolta dei consensi e, di conseguenza, all’idoneità escludente del complesso dei comportamenti contestati, le società hanno obiettato che *“chiunque [avrebbe potuto] raccogliere dati per mezzo di richieste di informazioni individuali presso ciascun cliente; il numero dei consensi raccolti è sempre una piccola parte rispetto ai soggetti cui lo stesso viene domandato; sono stati i soggetti consenzienti a scegliere con chi potessero essere condivisi i propri dati; prezzi e modalità di cessione sono stati uguali per tutti”*⁷⁷. Tali argomentazioni hanno trovato accoglimento solo in parte. Più nello specifico, il TAR ha ritenuto che *“la raccolta dei consensi privacy [...] con richiesta differenziata a favore di società del gruppo ovvero a favore anche di terzi, non può ritenersi di per sé sola discriminatoria, rispondendo viceversa al diverso fine di consentire all’utente di esprimere le proprie preferenze nel modo il più possibile ampio”*⁷⁸. Il minor numero dei consensi espressi per il trattamento extra-gruppo confermerebbe e non smentirebbe tale ricostruzione, in quanto varrebbe a testimoniare che gli utenti sono stati posti in condizione di esprimere il consenso *privacy* nella maniera più fedele rispetto alle loro reali intenzioni. Inoltre, i giudici hanno condiviso il rilievo difensivo delle società in merito alla contraddittorietà tra le valutazioni espresse dall’Autorità nell’ambito del procedimento in oggetto e in quello, parallelo, denominato *A513* –

⁷⁵ TAR del Lazio, sent. 11954/2019, capo 2

⁷⁶ Ibid., capo 5

⁷⁷ Ibid., capo 8.2

⁷⁸ Ibid., capo 8.3

ACEA/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA. Nel relativo provvedimento (prot. 27496/2018), l’Autorità ha contestato alla società Acea S.p.A di aver richiesto il consenso *privacy* della sua clientela tutelata, a suo esclusivo vantaggio, non essendosi “*mai propriamente preoccupata di raccogliere il consenso [...] anche a vantaggio di imprese terze concorrenti*”⁷⁹.

Tali accoglimenti, tuttavia, non hanno minato la solidità dell’impianto accusatorio provvedimentale agli occhi del TAR del Lazio, il quale ha ritenuto fondata la ricostruzione che ha legato la capacità escludente delle condotte contestate all’effettivo utilizzo delle Liste SEN, impiegate da EE per la proposizione di offerte commerciali specificamente rivolte ai clienti serviti in MT, e non già solo alla formazione o alla detenzione di tali elenchi di anagrafiche. Capacità che, invece, il Gruppo Enel aveva tentato di smentire, valorizzando specifici studi economici – già prodotti nel corso del procedimento - volti a dimostrare che gli effetti escludenti sarebbero concretamente mancati. Il TAR ha ritenuto sostanzialmente neutrale tale difesa ai fini della fattispecie di cui all’art. 102 TFUE, così accedendo all’orientamento, prevalente nella giurisprudenza sovranazionale, in base al quale, per incorrere nel divieto posto dalla suddetta norma, è sufficiente che la condotta scrutinata sia dotata di una concreta capacità escludente, da intendersi come seria probabilità che da essa scaturiscano effetti di tale natura, indipendentemente dal loro effettivo verificarsi.

Sotto altro profilo, i giudici hanno condiviso la tesi relativa alla natura strategica e irreplicabile delle Liste SEN, in quanto contenenti l’informazione implicita della provenienza dei clienti consensati dal SMT. A riguardo, le società si erano difese sostenendo la assoluta replicabilità delle anagrafiche SEN in quanto, da una parte, altre liste analoghe sarebbero state reperibili sul mercato e, dall’altra, la teoria della informazione implicita sarebbe stata fallace “*in quanto è possibile, a titolo esemplificativo, che il consenso privacy venga rilasciato da un soggetto non cliente che abbia contattato il numero verde della società per ricevere informazioni*”⁸⁰. L’Autorità aveva resistito a tale obiezione osservando, con valutazioni condivise

⁷⁹ Ivi

⁸⁰ TAR del Lazio, sent. 11954/2019, capo 8.1

dal TAR del Lazio, che ipotesi siffatte sarebbero risultate “oggettivamente residual[i]”⁸¹. Anche secondo i giudici, dunque, le Liste SEN “al pari di quelle eventualmente predisposte da altri operatori che esercitano il SMT, contengono l’implicita informazione aggiuntiva che la quasi totalità degli intervistati è servita in MT”⁸². Evidentemente, la condivisione della prospettazione dell’AGCM in merito a tale ultimo aspetto non poteva che estendersi all’ulteriore valutazione relativa alla natura strategica dei dati di contatto acquisiti da SEN.

Come si ha avuto modo di accennare, le sentenze hanno confermato la ricostruzione dell’Autorità che ha individuato l’elemento di abusività dei comportamenti contestati nello specifico utilizzo che EE ha fatto delle anagrafiche SEN per proporre offerte commerciali rivolte esclusivamente ai clienti serviti in MT; la hanno, invece, parzialmente sconfessata quanto all’effettiva individuazione di tali offerte, l’unica delle quali – contrariamente a quanto affermato dal Provvedimento - sarebbe quella denominata “*Sempre Con Te*”, proposta dal 20.03.2017 al 31.05.2017. Successivamente a tale momento, infatti, non sarebbe stato possibile attuare l’utilizzo contestato delle anagrafiche SEN, considerato che, a far data dal 01.06.2017, EE ha cessato di utilizzare il canale di TLS *outbound*, l’unico nel quale esse venivano impiegate.

Per giustificare la retrodatazione dell’abuso rispetto a tale momento, il Provvedimento afferma che, già prima della proposizione dell’offerta “*Sempre Con Te*”, EE si sarebbe servita del canale di TLS *outbound* per formulare un’indistinta pluralità di offerte, dedicate ai soli clienti del SMT. Il TAR ha ritenuto che una siffatta asserzione – considerata un mero *obiter dictum* - non sia stata sorretta da alcuna evidenza istruttoria; infatti, l’AGCM si sarebbe limitata a richiamare, nel novero della moltitudine di offerte cui si era genericamente riferita, peraltro solo a titolo esemplificativo, la sola offerta “*Energia pura casa special*”, il cui esclusivo rivolgimento alla clientela tutelata è stato smentito in sede procedimentale e processuale dalle società del Gruppo, senza che l’Autorità abbia replicato alcunché⁸³.

⁸¹ AGCM, provv. 27494/2018, cit., par. 86

⁸² TAR del Lazio, sent. 11954/2019, capo 8.5

⁸³ Ibid., capo 9. In termini identici TAR del Lazio, sent. 11958/2019, capo 9

Dunque, “*stante la totale assenza di evidenze istruttorie sia di attività di marketing di EE dedicate ai clienti serviti in MT prima del settembre 2015, sia di programmazioni strategiche o direttive intra-gruppo prima di tale data*”⁸⁴, i giudici hanno disposto l’annullamento del Provvedimento “*nella parte in cui data l’inizio della contestata condotta al gennaio 2012, atteso che, in base alle evidenze riportate dall’Autorità, la condotta può ritenersi posta in essere nel periodo settembre 2015 – maggio 2017*”⁸⁵.

Infine, il TAR ha accolto l’ultima censura mossa dalle società ricorrenti avverso il Provvedimento e relativa alla violazione del punto 8⁸⁶ delle Linee Guida dell’AGCM sulla quantificazione delle sanzioni⁸⁷, che individua il dato da utilizzare, quale base di calcolo per la sanzione, nel fatturato realizzato dalle società sanzionate nel corso dell’ultimo anno intero di partecipazione all’infrazione (c.d. “*valore delle vendite*”).

Più nello specifico, l’Autorità aveva erroneamente assunto quale valore delle vendite di riferimento quello realizzato dal Gruppo Enel nel 2017, anno nel quale – secondo la stessa ricostruzione provvedimento – la violazione si sarebbe protratta per soli cinque mesi (fino al 31.05.2017).

Per questi motivi, i giudici di primo grado hanno annullato il Provvedimento nelle parti sopra indicate e hanno disposto che la sanzione fosse rideterminata, tenuto conto della minore durata della violazione (un anno e nove mesi, rispetto ai precedenti cinque anni e cinque mesi) e del diverso dato da assumere quale base di calcolo per la sanzione, rappresentato dal fatturato conseguito del Gruppo Enel nel 2016. Ciò l’Autorità ha fatto, con provvedimento prot. 28001/2018, riparametrando la sanzione in €27.529.786,46.

In chiusura, appare opportuno sottolineare un dato.

⁸⁴ TAR del Lazio, sent. 11958/2019, capo 8.6

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Che dispone: “*affinché la sanzione abbia un’effettiva efficacia deterrente, è almeno necessario che essa non sia inferiore ai vantaggi che l’impresa si attende di ricavare dalla violazione. Tali vantaggi, dipendendo dalla tipologia di infrazione posta in essere, sono funzione del valore complessivo delle vendite interessate dalla condotta illecita. Per questa ragione, l’Autorità ritiene che le sanzioni applicabili agli illeciti antitrust debbano essere calcolate a partire dal valore delle vendite dei beni o servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell’infrazione, realizzate dall’impresa nel mercato/i rilevante/i nell’ultimo anno intero di partecipazione alla stessa infrazione (di seguito, valore delle vendite)*” (Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152).

⁸⁷ Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n.25152

Il TAR ha confermato la ricostruzione che ha legato l'abusività delle condotte al concreto utilizzo che EE ha fatto delle Liste SEN per proporre agli utenti serviti in MT offerte loro specificamente dedicate, e ciò sul presupposto che le anagrafiche ivi contenute rappresentino un *asset* strategico e irripetibile in quanto hanno consentito di realizzare tale rivolgimento in maniera diretta e individuale. Tuttavia, ha censurato le valutazioni dell'Autorità in merito alla natura escludente dell'offerta "*Energia pura casa special*", la quale non sarebbe stata sorretta da alcuna evidenza istruttoria. Ciò nonostante, i giudici hanno comunque inquadrato l'abuso nel frangente temporale che si estende dal settembre 2015 al maggio 2017.

Se l'individuazione del termine finale dell'abuso appare coerente con il percorso logico-argomentativo seguito in motivazione – poiché coincide con la dismissione del canale di TLS *outbound* e, dunque, con il venir meno di ogni possibilità di utilizzo delle anagrafiche SEN – di più difficile conciliabilità è l'identificazione della sua data di inizio. In particolare, la retrodatazione dell'abuso rispetto alla data di lancio dell'offerta "*Sempre Con Te*" mal si concilia con l'assunto per il quale l'abusività delle condotte discenderebbe dall'utilizzo delle anagrafiche SEN, non già per la formulazione di generiche proposte commerciali, bensì per la proposizione di offerte specificamente rivolte ai clienti serviti in MT.

Sembrerebbe che tale maggior durata sarebbe da ascrivere all'esistenza di alcuni documenti ispettivi, richiamati dall'Autorità, che avrebbero testimoniato l'esistenza di un intento escludente già a partire dal 2015. La sentenza pronunciata all'esito del giudizio di appello non offre elementi idonei a valutare la correttezza sostanziale di tale affermazione, posto che l'integrale annullamento del Provvedimento ha reso pleonastico l'esame di tale profilo. Tuttavia, si può ragionevolmente dubitare che la sola esistenza di un intento escludente possa risultare idonea a fondare *ex se* l'accertamento di un'infrazione *antitrust* in assenza della contestuale attuazione di condotte esecutive connotate da una concreta attitudine escludente.

5.2. Il giudizio di primo grado per Enel

Si è anticipato in apertura che il giudizio intentato da Enel ha avuto un esito differente rispetto a quelli anzi descritti.

La società, infatti, ha concentrato le proprie doglianze sul “*profilo della inesistenza di una strategia di gruppo, estrapolando quest’unico aspetto della complessiva condotta analizzata dall’AGCM e sostanzialmente disinteressandosi degli altri profili*”⁸⁸. Ciò al fine di confutare l’asserita sussistenza dei presupposti di operatività della *parent company liability*, sulla quale l’AGCM ha fondato l’estensione, nei suoi confronti, della responsabilità di EE e SEN. Al di là della detenzione, da parte di Enel, della totalità del capitale di queste ultime, infatti, la capogruppo non avrebbe esercitato alcuna influenza determinante sulle loro condotte di mercato e ciò in particolare a partire dalla ristrutturazione societaria realizzata nel 2014 “*che l’avrebbe portata a dismettere ogni ruolo decisionale, affidandolo da lì in avanti alle società operative*”⁸⁹ (su cui v. *supra*).

Il TAR, ha disatteso tali argomentazioni, condividendo la ricostruzione provvedimentale per la quale “*il coinvolgimento della holding nel caso di specie non viene ricondotto al mero operare della presunzione derivante dal controllo totalitario, in quanto come visto sussistono concreti elementi volti a testimoniare il diretto coinvolgimento di Enel S.p.A nella strategia di gruppo di cui alle contestazioni mosse dal presente provvedimento*”⁹⁰ e, pertanto, ha respinto il ricorso.

6. L’appello al Consiglio di Stato: il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea

Le società sanzionate hanno autonomamente appellato le sentenze di cui al paragrafo precedente dinnanzi al Consiglio di Stato, chiedendo “*l’annullamento integrale del provvedimento sanzionatorio o, in via graduata, un’ulteriore riduzione della sanzione*”⁹¹, in forza delle seguenti doglianze: mancanza della prova in merito all’esistenza di una strategia anticoncorrenziale di gruppo e alla capacità escludente delle condotte sanzionate; violazione del contraddittorio nella determinazione del mercato rilevante; erronea quantificazione della durata dell’infrazione; infine, Enel ha contestato la sussistenza dei presupposti di operatività della c.d. *parent company*

⁸⁸ TAR del Lazio, sent. 11957/2019, par. 7

⁸⁹ Ibid., par. 13

⁹⁰ AGCM, provv. 27497/2018, cit., par. 262

⁹¹ Consiglio di Stato, ord. 4646/2020, capo 4.1

liability, accertata, al contrario, dall’Autorità con valutazioni condivise dai giudici di primo grado.

Il Consiglio di Stato ha pronunciato l’ordinanza n. 4646/2020 con la quale, viste le “*evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva*”⁹², ha disposto la riunione dei giudizi. Inoltre, rilevata l’esistenza di contrasti interpretativi nella giurisprudenza sovranazionale in merito al concreto atteggiarsi di alcuni, fondamentali, elementi costitutivi della fattispecie di cui all’art. 102 TFUE ha formulato un rinvio pregiudiziale⁹³ alla Corte di Giustizia UE, deferendole cinque quesiti interpretativi.

Facendo un passo indietro, l’ordinanza si apre con una ricognizione dell’*acquis communautaire* in materia di abuso di posizione dominante, all’esito della quale vengono individuati, quali presupposti della relativa fattispecie, “*la posizione dominante (individuale o collettiva), lo sfruttamento abusivo della stessa, nonché l’assenza di giustificazioni obiettive (preminenti sugli effetti restrittivi della concorrenza)*”⁹⁴. Fermi tali presupposti, il primo e il terzo sono risultati di più agevole applicazione al caso di specie: infatti, da una parte le nozioni di posizione dominante e mercato rilevante constano oramai di contorni ermeneutici sufficientemente nitidi; dall’altra, tra le argomentazioni difensive delle parti non v’è stata quella relativa agli incrementi di efficienza (c.d. *efficiency claims*). Dunque, l’attenzione dei giudici si è focalizzata sul secondo elemento, rappresentato dal concetto di “*sfruttamento abusivo*” della posizione dominante.

La contestualizzazione di tale clausola generale, assenti ulteriori indicazioni di diritto positivo, ha richiesto ai giudici di svolgere una disamina della giurisprudenza sovranazionale, al fine di individuare una serie di elementi idonei ad assurgere a “presupposti di abusività” delle condotte. All’esito di tale analisi, il Consiglio di Stato è stato in grado di rintracciare due orientamenti contrastanti: in virtù dell’uno, l’abusività delle condotte sarebbe funzione esclusivamente della capacità di queste ultime di spiegare effetti anticoncorrenziali; secondo l’altro, sovente richiamato dalla Corte di Giustizia, a tale verifica dovrebbe aggiungersi quella relativa al

⁹² Ivi, capo 6

⁹³ Ex art. 267 TFUE

⁹⁴ Consiglio di Stato, ord. 4646/2020., capo 1

“ricorso a «metodi (o mezzi) concorrenziali diversi» da quelli «normali»”⁹⁵ da parte dell’impresa dominante, nel realizzare la condotta scrutinata. Quando si propendesse per la seconda opzione interpretativa, si finirebbe per contrapporre “la concorrenza «falsata» [...] a quella «fondata sulle prestazioni», in cui cioè i clienti sarebbero portati a scegliere liberamente l’impresa dominante in ragione della superiorità delle sue prestazioni (ex plurimis: Corte di Giustizia dell’Unione Europea, 6 dicembre 2012 in C-457/10; 27 marzo 2012, in C-209/10)”⁹⁶ e residuerebbero ulteriori questioni da risolvere: in particolare, quelle relative ai criteri necessari a distinguere tra l’una e l’altra tipologia di concorrenza.

I giudici hanno ritenuto tali questioni rilevanti rispetto ai fatti di causa, poiché – si legge nell’ordinanza - le condotte realizzate da SEN risultavano lecite sul piano civilistico e, così parrebbe, anche proprie di una concorrenza “normale”, in quanto “le liste SEN risultano essere state acquistate a prezzo di mercato”⁹⁷. In considerazione di quanto precede, il Consiglio di Stato ha deferito alla Corte di Giustizia, il seguente quesito: “se le condotte che inverano lo sfruttamento abusivo di posizione dominate possano essere di per sé del tutto lecite ed essere qualificate “abusive” unicamente in ragione dell’effetto (potenzialmente) restrittivo ingenerato nel mercato di riferimento; oppure se le stesse debbano essere contrassegnate anche da una specifica componente di anti-giuridicità, costituita dal ricorso a «metodi (o mezzi) concorrenziali diversi» da quelli «normali»; in quest’ultimo caso, sulla base di quali criteri si possa stabilire il confine tra la concorrenza «normale» e quella «falsata»”⁹⁸.

La seconda questione pregiudiziale riguarda la funzione economico-sostanziale dell’istituto in analisi e, più nello specifico, l’esatta identità del bene giuridico tutelato dall’art. 102 TFUE. A proposito, si registrerebbero significative oscillazioni in seno all’ordinamento sovranazionale, nello specifico tra il “benessere totale e, in particolare, quello dei consumatori”⁹⁹ e la “struttura concorrenziale del mercato”¹⁰⁰. Verso la prima opzione sembrerebbe propendere la

⁹⁵ Ivi, capo 3.1

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid., capo 4.2

⁹⁸ Ibid., capo 3.1

⁹⁹ Consiglio di Stato, ord. 4646/2020., capo 3.2, n. 1)

¹⁰⁰ Ibid., capo 3.2, n. 2)

Commissione Europea, la quale, nella Comunicazione 2009/C 45/02, ha indicato espressamente, quale obiettivo di *enforcement* dell'art. 102 TFUE, quello di contrastare gli “*effetti negativi per il benessere dei consumatori*”¹⁰¹; sul secondo versante si attesterebbe, invece, la Corte di Giustizia UE, in virtù dell'orientamento manifestato, *ex multis*, nei casi “15 marzo 2007, causa C-95/04, «British Airways»; 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C515/06 P e C-519/06, in «GlaxoSmithKline»; 2 aprile 2009, causa C-202/07, «France Télécom»”¹⁰².

Anche in questo caso, il quesito sarebbe dotato di una sua propria rilevanza pratica, in quanto dalla sua risoluzione passerebbe la determinazione dell'ampiezza degli adempimenti richiesti, ai fini dell'accertamento di un abuso di posizione dominante, alle autorità garanti della concorrenza, prima, e ai giudici, poi. Più in particolare, essi sarebbero chiamati a misurare il pregiudizio arrecato dalle condotte ritenute abusive al benessere dei consumatori, quando si ritenesse che fosse quest'ultimo a integrare l'oggetto della tutela; in alternativa, sarebbe sufficiente dimostrare l'esistenza di un pregiudizio, anche solo potenziale, alla struttura concorrenziale del mercato quale conseguenza dei comportamenti presuntivamente abusivi. Per questi motivi, i giudici hanno chiesto alla CGUE “*se la funzione dell'abuso sia di massimizzare il benessere dei consumatori, di cui il giudice debba misurare l'avvenuta (o il pericolo di) diminuzione; oppure se l'illecito concorrenziale abbia il compito di preservare di per sé la struttura concorrenziale del mercato, al fine di scongiurare la creazione di aggregazioni di potere economico ritenute comunque dannose per la collettività*”¹⁰³.

In terzo luogo, l'ordinanza ha dato atto che “*l'illecito dell'abuso di posizione dominante può essere accertato anche in fase preparatoria, prima che abbia prodotti effetti restrittivi (ex plurimis: Tribunale di primo grado, 29 marzo 2012, in C-52/09)*”¹⁰⁴. Ciò nonostante, al Consiglio di Stato non sarebbe apparso chiaro “*se – pur in presenza di un comportamento astrattamente idoneo alla produzione di effetti restrittivi – sia comunque ammessa la prova da parte dell'impresa*

¹⁰¹ Ivi

¹⁰² Consiglio di Stato, ord. 4646/2020, capo 3.3

¹⁰³ Ibid., capo 5, n.2

¹⁰⁴ Ibid., capo 3.3

sanzionata che nessun effetto restrittivo si è “storicamente” realizzato, che cioè la condotta contestata è risultata priva di offensività in concreto”¹⁰⁵.

Il dilemma è risultato rilevante in quanto le società sanzionate avevano prodotto, nel corso del procedimento, specifici studi economici a dimostrazione che nessun effetto anticoncorrenziale fosse derivato dalle condotte loro contestate. Evidentemente disattese dall’Autorità, tali difese erano state successivamente riproposte in sede giurisdizionale, dove erano state ritenute *neutrali* dai giudici di prime cure (v. *supra*). Ciò nonostante, i giudici d’appello hanno incaricato la Corte di Giustizia UE di risolvere il seguente quesito: “*se, in caso di abuso di posizione dominante consistito nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, l’impresa dominante sia comunque ammessa a provare che – nonostante l’astratta idoneità dell’effetto restrittivo – la condotta è risultata priva di concreta offensività; se, in caso di risposta positiva, ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza di un abuso escludente atipico, l’articolo 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all’Autorità l’obbligo di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità della condotta oggetto di istruttoria di escludere dal mercato i propri concorrenti”¹⁰⁶.*

In quarto luogo, i giudici si sono interrogati sul valore da attribuire all’elemento soggettivo¹⁰⁷ – e dunque alla consapevolezza e volontà dell’impresa dominante in merito alla natura anticoncorrenziale dei comportamenti realizzati - nell’economia della fattispecie in oggetto. In particolare, se un consolidato orientamento giurisprudenziale, emerso nell’ordinamento sovranazionale, descrive l’abuso di posizione dominante come un illecito oggettivo, da valutare esclusivamente alla stregua dei “*suoi effetti (anche solo potenziali) sul mercato, senza alcun riguardo al movente soggettivo dell’agente*”¹⁰⁸, in altre pronunce la Corte di Giustizia avrebbe mostrato di tenere in qualche forma di considerazione la prova dell’elemento soggettivo. Dunque, si registrerebbe un presunto contrasto interpretativo in merito alla questione se “*la prova dell’intento restrittivo*

¹⁰⁵ Ivi

¹⁰⁶ Ibid., capo 5, n.3

¹⁰⁷ Ibid. capo 3.4

¹⁰⁸ Ibid.

costituisca un parametro utilizzabile per valutare l'abusività del comportamento dell'impresa dominante (in tal senso appare orientata la sentenza del Tribunale di primo grado, 30 settembre 2003, causa T-201/01, Manufacture François e des Pneumatiques Michelin c. Commissione) [...]”¹⁰⁹. Perciò, il Consiglio di Stato ha chiesto alla CGUE “se l'abuso di posizione dominante debba valutarsi soltanto per i suoi effetti (anche soltanto potenziali) sul mercato, senza alcun riguardo al movente soggettivo dell'agente; oppure se la dimostrazione dell'intento restrittivo costituisca un parametro utilizzabile (anche in via esclusiva) per valutare l'abusività del comportamento dell'impresa dominante; oppure ancora se tale dimostrazione dell'elemento soggettivo valga soltanto a ribaltare l'onere della prova in capo all'impresa dominante (la quale sarebbe onerata, a questo punto, di fornire la prova che l'effetto escludente è mancato)”¹¹⁰.

Infine, i giudici si sono focalizzati sul contenuto sostanziale delle censure mosse da Enel per contrastare l'operatività della c.d. *parent company liability*, chiedendo alla Corte di Giustizia UE se, ai fini dell'estensione della responsabilità da illecito *antitrust* alla controllante, per condotte attuate esclusivamente dalle controllate, integri circostanza di per sé sola sufficiente quella “*dell'appartenenza al medesimo gruppo*”¹¹¹, ovvero se debba ritenersi altresì necessaria la prova dell'esistenza di una situazione di coordinamento e strumentalità tra esse. L'ultimo quesito è stato, pertanto, formulato nei seguenti termini: “*se, in ipotesi di posizione dominante riferita una pluralità di imprese appartenenti al medesimo gruppo societario, l'appartenenza al predetto gruppo sia sufficiente per presumere che anche le imprese che non abbiano posto in essere la condotta abusiva abbiano concorso nell'illecito – cosicché all'Autorità di vigilanza sarebbe sufficiente dimostrare un parallelismo cosciente, sia pure non collusivo, delle imprese operanti all'interno del gruppo collettivamente dominante – oppure se (al pari di quanto accade per il divieto di intese) occorra comunque fornire la prova, anche indiretta, di una situazione concreta di coordinamento e strumentalità tra le varie imprese del*

¹⁰⁹ Consiglio di Stato, ord. 4646/2020., capo 3.4

¹¹⁰ Ibid., capo 5, n. 4

¹¹¹ Ibid., capo 5, n. 5

*gruppo in posizione dominante, in particolare al fine dimostrare il coinvolgimento della casa madre*¹¹².

7. La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Terminata la ricognizione dell'ordinanza di rinvio, si analizzerà ora il contenuto della sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia UE, cuore della presente trattazione.

7.1 La prima questione pregiudiziale

*La CGUE ha risposto alla prima questione “dichiarando che [...] una pratica lecita al di fuori del diritto della concorrenza può, qualora sia attuata da un'impresa in posizione dominante, essere qualificata come “abusiva” ai sensi [dell'articolo 102 TFUE], se può produrre un effetto escludente e se si basa sull'utilizzo di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti. Qualora queste due condizioni siano soddisfatte, l'impresa in posizione dominante interessata può nondimeno sottrarsi al divieto di cui all'articolo 102 TFUE dimostrando che la pratica in questione era obiettivamente giustificata e proporzionata a tale giustificazione oppure controbilanciata, se non superata, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori”*¹¹³.

Dunque, i giudici europei hanno proposto per la seconda tra le opzioni prospettate loro dal Consiglio di Stato all'interno del quesito interpretativo, annoverando tra i presupposti fondamentali della nozione di sfruttamento abusivo, oltre alla capacità escludente della condotta scrutinata, anche il ricorso a “*mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti*”¹¹⁴, quale oggetto di detta condotta.

Quanto al primo aspetto, la sentenza ha circoscritto la nozione di idoneità escludente, specificando che, ai fini dell'art. 102 TFUE, essa coincide con la seria probabilità che dalle condotte scrutinate discendano effetti escludenti, alla luce delle circostanze di fatto, tanto esistenti al momento della sua realizzazione quanto

¹¹² Ivi

¹¹³ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, sent. del 12 maggio 2022, C 377/20, par. 103

¹¹⁴ Ibid., par. 61

di verosimile accadimento, anche laddove tali effetti non si verificano in concreto¹¹⁵.

In secondo luogo, la CGUE si è soffermata sul concetto di *competition on the merits* (“concorrenza basata sui meriti”), indicato dalla giurisprudenza sovranazionale anche con la dicitura di concorrenza *normale*, per la cui analisi verrà richiamata la classificazione tra i cc.dd “*effetti di preclusione*” e quelli “*di preclusione anticoncorrenziali*”, svolta dall’Avvocato Generale nelle sue Conclusioni (le “Conclusioni”)

Solo le condotte produttive di effetti di preclusione anticoncorrenziale rientrano, infatti, nell’ambito di applicazione dell’art. 102 TFUE; la prima tipologia di effetti, invece, integra una delle fisiologiche conseguenze della struttura concorrenziale dei mercati e pertanto non incorre in alcun divieto. A proposito, è bene considerare che, secondo una consolidata giurisprudenza, non rientra tra gli scopi dell’art. 102 TFUE quello di “*di garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti*”¹¹⁶ dell’impresa dominante. Del resto, “*la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all’emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità, o dell’innovazione*”¹¹⁷. Pertanto, producono sì, “effetti di preclusione”, ma non “effetti di preclusione *anticoncorrenziali*”, le condotte dell’impresa dominante che, pur idonee a pregiudicare la posizione di mercato dei suoi concorrenti, si basano su mezzi concorrenziali “ordinari”, poiché il suddetto pregiudizio si pone in coerenza con il naturale percorso di sviluppo dei mercati.

Tali condotte non incorrono nel divieto di cui all’art. 102 TFUE.

Al contrario, quando l’effetto di preclusione dei concorrenti scaturisca da condotte ascrivibili alla concorrenza “falsata”, esso assume natura anticoncorrenziale e rappresenta una patologia del mercato. L’impresa dominante, infatti, non

¹¹⁵ Tanto si desume argomentando *a contrario* dal passaggio della sentenza per il quale “[...] un’ autorità garante della concorrenza non può basarsi sugli effetti che tale pratica potrebbe o avrebbe potuto produrre se talune circostanze particolari, che non erano quelle esistenti sul mercato al momento della sua attuazione e la cui realizzazione risultava allora improbabile, si fossero realizzate o si realizzino” (CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, cit., par. 70)

¹¹⁶ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, cit., par. 73

¹¹⁷ Ibid.

primeggerebbe nella competizione concorrenziale per ragioni legate alla maggiore appetibilità della propria offerta per i consumatori, ma solo per aver posto indebiti ostacoli ai suoi concorrenti.

Dunque, poiché la natura anticoncorrenziale degli effetti di preclusione risulta funzione della tipologia dei mezzi concorrenziali adoperati, l'esame dei due aspetti, nella più ampia valutazione di abusività della condotta scrutinata, non può essere scisso.

Permane, però, incertezza su *cosa* debba intendersi per *concorrenza basata sui meriti*, anche all'esito della sentenza in oggetto. Per le ragioni anzi esposte, in via estremamente generale, può affermarsi che siano mezzi concorrenziali “normali” o “basati sui meriti” quelli che attribuiscono un vantaggio competitivo all'impresa dominante per ragioni legate alla sua efficienza, che la portino dunque ad essere preferita dai consumatori in relazione alle variabili per essi più rilevanti (prezzo, varietà, qualità, quantità, innovazione). Nell'impossibilità di fornire una definizione onnicomprensiva, la Corte di Lussemburgo si è limitata a rendere indicazioni esemplificative. Rientra, dunque, nella nozione di concorrenza falsata “*qualsiasi pratica per l'attuazione della quale un'impresa dominante non ha alcun interesse economico se non quello di eliminare i suoi concorrenti per poter poi rialzare i propri prezzi traendo profitto dalla sua situazione di monopolio*”¹¹⁸, nonché qualsiasi condotta che, basandosi sullo sfruttamento dei vantaggi concorrenziali derivanti dalla dominanza e indipendenti dall'efficienza, risulti non replicabile “*da un ipotetico concorrente il quale, benché altrettanto efficiente, non detenga una posizione dominante sul mercato di cui trattasi*”¹¹⁹.

È stato altresì chiarito che, conformemente a una giurisprudenza consolidata, “*l'illegittimità di un comportamento abusivo alla luce [dell'art. 102 TFUE] è indipendente dalla qualificazione di tale comportamento in altri rami del diritto (v., in tal senso, sentenza del 6 dicembre 2012, AstraZeneca/Commissione, C-457/10 P, EU:C:2012:770, punti 74 e 132)*”¹²⁰. Ciò nonostante, ha precisato l'Avvocato Generale nelle sue Conclusioni che “*il contesto normativo specifico applicabile (e la conformità al medesimo) può costituire una circostanza fattuale rilevante nella*

¹¹⁸ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, cit, par. 77

¹¹⁹ *Ibid.*, par. 78

¹²⁰ *Ibid.*, par. 67

*valutazione globale del carattere abusivo del comportamento*¹²¹. Sintetizzando, se è vero che la legittimità di una condotta ai fini di branche del diritto altre rispetto al diritto della concorrenza non vale a garantirne la liceità *antitrust*, tale circostanza può cionondimeno essere valorizzata, sul piano fattuale, ai fini del giudizio di “normalità” dei mezzi concorrenziali impiegati dall’impresa per realizzare la condotta scrutinata.

7.2 La seconda questione pregiudiziale

Nel rispondere alla seconda questione pregiudiziale, la CGUE ha dato atto che *tertium datur*, rispetto alla dicotomia prospettata dal giudice del rinvio tra il “benessere dei consumatori”¹²² e la preservazione della “*struttura concorrenziale del mercato*”¹²³.

In particolare, l’obiettivo dell’art. 102 TFUE coinciderebbe con la massimizzazione del “benessere dei consumatori, sia intermedi sia finali”¹²⁴, che verrebbe perseguito tanto attraverso il divieto delle “*pratiche che possono provocare [loro] un danno diretto*”¹²⁵ quanto di quelle “*che li danneggiano indirettamente pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza*”¹²⁶. Proprio per questo motivo, nel provare l’abusività di una condotta, le autorità garanti della concorrenza degli Stati Membri possono limitarsi a dimostrare che essa risulti idonea, in maniera concreta, “*a pregiudicare [...] una struttura di effettiva concorrenza*”¹²⁷. D’altro canto, l’impresa sanzionata può “*sottrarsi al divieto di cui all’articolo 102 TFUE dimostrando che l’effetto escludente che può derivare dalla pratica di cui trattasi è controbilanciato, se non superato, da effetti positivi per i consumatori*”¹²⁸.

¹²¹ RANTOS, Conclusioni dell’Avvocato Generale del 9 dicembre 2021 C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, par. 35. Tale valutazione sarebbe confermata dalla giurisprudenza richiamata *ibid.* al punto 115, ma non è stata riprodotta dalla sentenza della CGUE. Quest’ultima, non avendo seguito l’impostazione analitica dell’Avvocato Generale (e, di conseguenza, neppure la quadripartizione del primo quesito) non ha affrontato specificamente il tema della rilevanza della legittimità di una condotta alla luce di altre branche dell’ordinamento, in quanto risultante da giurisprudenza pacifica richiamata come *obiter dictum*.

¹²² CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, cit., par. 27, n. 2)

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, cit., par. 46

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*, par. 44

¹²⁷ *Ibid.*, par. 47

¹²⁸ *Ibid.*

7.3 La terza questione

La CGUE ha preso le mosse dall'oggetto del divieto di cui all'art. 102 TFUE per rispondere al terzo quesito formulato dal giudice del rinvio, relativo all'efficacia da attribuirsi, nell'economia della fattispecie, alla mancata produzione in concreto di effetti restrittivi della concorrenza quale conseguenza della condotta sanzionata. In merito, i giudici hanno sottolineato che nessuna efficacia scriminante può attribuirsi a tale circostanza, la quale, al più, può rappresentare un elemento indiziario a sostegno delle difese relative all'inidoneità *ab origine* delle condotte contestate a produrre effetti escludenti. La rilevanza ai fini della fattispecie in oggetto di una prova siffatta rimarrebbe confinata a quella di mero "*principio di prova*"¹²⁹, il quale dovrà essere integrato "*con elementi volti a dimostrare che tale assenza di effetti concreti era effettivamente la conseguenza dell'incapacità di detta condotta di produrre simili effetti*"¹³⁰.

Dunque, la CGUE ha affermato che "*l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di escludere il carattere abusivo di una condotta di un'impresa in posizione dominante, deve essere considerata non sufficiente, di per sé, la prova, adottata dall'impresa in questione, che tale condotta non ha prodotto effetti restrittivi concreti. Tale elemento può costituire un indizio dell'incapacità della condotta in questione di produrre effetti anticoncorrenziali, il quale, tuttavia, dovrà essere integrato da altri elementi di prova volti a dimostrare tale incapacità*"¹³¹.

7.4 La quarta questione pregiudiziale

Con la penultima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio aveva chiesto al Corte di Giustizia UE se l'elemento soggettivo integrasse "*un parametro utilizzabile (anche in via esclusiva) per valutare l'abusività del comportamento dell'impresa dominante*"¹³². La Corte di Giustizia, ribadendo la natura oggettiva di tale fattispecie già affermata da pacifica giurisprudenza, ha chiarito che:

¹²⁹ Ivi, par. 56

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid., par. 58

¹³² Consiglio di Stato, ord. 4646/2022, capo 5

“l’esistenza di una pratica escludente abusiva da parte di un’impresa in posizione dominante deve essere valutata sulla base della capacità di tale pratica di produrre effetti anticoncorrenziali. Un’autorità garante della concorrenza non è tenuta a dimostrare l’intento dell’impresa in questione di escludere i propri concorrenti ricorrendo a mezzi o risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza basata sui meriti. La prova di un simile intento costituisce nondimeno una circostanza di fatto che può essere presa in considerazione ai fini della determinazione di un abuso di posizione dominante”¹³³.

7.5 La quinta questione pregiudiziale

Infine, il Consiglio di Stato ha interrogato la CGUE in merito al concreto atteggiarsi dei presupposti di operatività della c.d. *parent company liability*. A proposito, la CGUE si è limitata a riepilogare quanto emergente da orientamenti consolidati nella sua giurisprudenza, sostenendo che *“quando una posizione dominante è sfruttata in modo abusivo da una o più società figlie appartenenti a un’unità economica, l’esistenza di tale unità è sufficiente per ritenere che la società madre sia anch’essa responsabile di tale abuso. L’esistenza di una simile unità deve essere presunta qualora, all’epoca dei fatti, almeno la quasi totalità del capitale di tali società figlie fosse detenuta, direttamente o indirettamente, dalla società madre. L’autorità garante della concorrenza non è tenuta a fornire alcuna prova aggiuntiva, a meno che la società madre non dimostri che essa non aveva il potere di definire i comportamenti delle società figlie, le quali agivano autonomamente”¹³⁴.*

8. La sentenza definitiva del Consiglio di Stato

Si giunge, infine, all’atto conclusivo del Caso Enel, il quale segnatamente consiste nella sent. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 10571/2022, resa sulla base dei principi di diritto elaborati dalla CGUE in risposta alle questioni pregiudiziali.

Il Consiglio di Stato ha annullato il Provvedimento, per ognuna delle società sanzionate, in ragione dell’accertata insussistenza oggettiva dell’illecito. Nonostante atti siffatti siano generalmente qualificati come atti plurimi a contenuto

¹³³ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, cit., par. 64

¹³⁴ *Ibid.*, par. 123

scindibile¹³⁵, l'annullamento degli stessi per ragioni comuni alla posizione di tutti i loro destinatari, evidentemente, *“non può che valere per tutti i soggetti che sono stati considerati parti dall'Autorità (in questo senso cfr. Cons. St. 8568/2019)”*¹³⁶. La sentenza ha valorizzato una serie di argomentazioni, le quali non sarebbero state tenute adeguatamente in considerazione dall'Autorità, prima, e dalle sentenze appellate, poi. In primo luogo, le Liste SEN sono state offerte dalla società omonima ai concorrenti del Gruppo Enel *“alle medesime condizioni, nel rispetto della volontà espressa dai soggetti interessati al momento del rilascio dei consensi per la privacy”*¹³⁷. Tali elenchi, inoltre, avrebbero contenuto una quantità *“modesta”*¹³⁸ di contatti: *“circa 500.000 all'anno nel periodo 2012-2015, in mercati con decine di milioni di utenze”*¹³⁹, rispetto alla quale, in ogni caso, ancor più ridotto è stato il numero di clienti effettivamente acquisiti¹⁴⁰. Neppure sarebbe stata tenuta in debita considerazione l'esistenza sul mercato di elenchi analoghi alle Liste SEN. Tuttavia, le ragioni dell'annullamento si rinvergono, essenzialmente, nella *“carezza istruttorie”*¹⁴¹ in merito a una colonna portante dell'impianto accusatorio: la natura discriminatoria delle modalità differenziate di raccolta dei consensi *privacy* concretamente impiegate da SEN. È vero, infatti, che, in quanto impresa in posizione dominante, SEN fosse gravata dalla particolare responsabilità *“di proporre ai propri clienti di ricevere le offerte di società non appartenenti al gruppo Enel in modo non discriminatorio, in particolare cercando, al momento della raccolta dei consensi, di non creare una distorsione tale che le liste destinate a essere cedute alla EE fossero significativamente più esaurienti di quelle destinate alla vendita ai concorrenti di tale società”*¹⁴². Ma è anche vero che *“l'onere della prova dell'idoneità della condotta del SEN a produrre effetti escludenti attuali o*

¹³⁵ Consiglio di Stato, sent. 10571/2022, capo 8

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid., par. 4

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ In particolare, si tratta di *“soli 478 clienti nei due mesi in cui è durata [...] un numero insignificante se confrontato con il mercato rilevante individuato dall'AGCM nella fornitura di energia elettrica al dettaglio ai clienti domestici e non domestici connessi in bassa tensione (si tratta dello 0,001% delle utenze elettriche) e con la base clienti di SEN (si tratta dello 0,002% di tali clienti)”* (Cons. Stat., sent. 10571/2022, capo. 4).

¹⁴¹ Consiglio di Stato, sent. 10571/2022, capo 7.2

¹⁴² CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, cit., par. 95.

*potenziali grava sull'AGCM*¹⁴³. L'Autorità avrebbe dovuto adeguatamente dimostrare, *“sulla base di elementi probatori, quali studi comportamentali”*¹⁴⁴, che dette modalità differenziate fossero concretamente idonee – e, dunque, non sul piano meramente ipotetico – a favorire indebitamente le società del gruppo a detrimento dei concorrenti.

In assenza di una siffatta dimostrazione, è prevalsa la circostanza di fatto rappresentata dalla correttezza delle condotte sanzionate alla luce della normativa generale, risultando le stesse rispettose del *“diritto alla protezione dei dati di carattere personale, il quale costituisce un diritto fondamentale garantito dall'articolo 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”*¹⁴⁵ e, dunque, non potendo SEN essere ritenuta responsabile dell'ampiezza del consenso espresso dai suoi clienti. Proprio questo profilo ha decretato la *“sconfitta”* dell'AGCM, in quanto *“alla ravvisata carenza istruttoria in riferimento alle modalità concrete con le quali venivano acquisiti i consensi si correla la conseguente impossibilità di affermare che le stesse fossero idonee a favorire le liste destinate a essere cedute a EE”*¹⁴⁶.

¹⁴³ Ivi, par. 98

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid., par. 95

¹⁴⁶ Consiglio di Stato, sent. 10571/2022, capo 8

CAPITOLO II – L’ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

1. Premessa – 2. Sulla nozione di impresa – 2.1 L’impresa come *unità economica* – 3. Sulla nozione di mercato rilevante – 3.1 La definizione del mercato rilevante – 3.2 Le particolarità del mercato rilevante in relazione alla fattispecie di abuso di posizione dominante – 4. Legami interordinamentali – 5. L’abuso di posizione dominante – 5.1 La posizione dominante e il suo accertamento – 5.2 La posizione dominante collettiva – 5.3 La speciale responsabilità – 6. Sulla nozione di sfruttamento abusivo della posizione dominante

1. Premessa

Tanto il diritto della concorrenza europeo, quanto quello italiano (e ciò non stupisce, se solo si considera la diretta derivazione dell’ultimo dal primo), poggiano su tre “pilastri”: tra questi, com’è oramai assodato, sarà quello rappresentato dal divieto di abuso di posizione dominante ad essere considerato più da vicino dalla presente trattazione; gli altri due, segnatamente il divieto di intese restrittive della concorrenza e il controllo delle operazioni di concentrazione, rimarranno, invece, sullo sfondo.

L’obiettivo di questo secondo capitolo, più nello specifico, è quello di ricostruire i lineamenti essenziali e maggiormente consolidati dell’istituto in oggetto: ciò si tenterà di fare scomponendo quest’ultimo nei suoi elementi costitutivi, sì da consentirne un’analisi individuale e approfondita, secondo le indicazioni provenienti dalla più recente dottrina e dalla giurisprudenza, nazionale ed euro-unitaria.

Nel ricostruire i connotati della fattispecie di cui agli artt. 102 TFUE e 3 l. 287/90 si terrà in considerazione, in via principale, l’interpretazione che, delle stesse, hanno adottato gli organi amministrativi e giurisdizionali deputati alla loro applicazione. In particolare si riferiranno, da una parte, alla Commissione europea e all’AGCM e, dall’altra, alla CGUE e al Consiglio di Stato. È bene segnalare fin d’ora che, per le ragioni sopra indicate (fondate sull’art. 1 co. 4 l. 287/90), si farà riferimento, in maniera equivalente, agli orientamenti e ai principi di diritto emersi tanto nell’un ordinamento, quanto nell’altro.

L'analisi non può che muovere dalla lettera delle norme di riferimento, le quali appaiono identiche in tutto e, non di meno, nella loro laconicità. In entrambi i casi, a un divieto di più ampio respiro si accompagna una tipizzazione esemplificativa¹⁴⁷ delle condotte cui, in particolare, l'ordinamento attribuisce connotazione abusiva in quanto produttive di effetti restrittivi della concorrenza.

Il divieto generale posto dalla normativa nazionale è formulato nei seguenti termini: *“è vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante [...]”*¹⁴⁸; d'altra parte, la normativa di fonte euro-unitaria dichiara *“incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo”*¹⁴⁹.

In entrambi i casi le condotte abusive sono identificate con l'imposizione di prezzi o di condizioni contrattuali inique o ingiustificatamente gravose¹⁵⁰, con la limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori¹⁵¹, con l'applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti *“nei rapporti commerciali con gli altri contraenti [...] determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza”*¹⁵², con la subordinazione della conclusione di contratti *“all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi”*¹⁵³ (c.d. *tying*).

¹⁴⁷ In questi termini, *ex multis*, v. CGUE, C 6-7/72, *Continental Can*, sent. del 21 febbraio 1973, par. 26;

¹⁴⁸ Art. 3 l. 287/90

¹⁴⁹ Art. 102 TFUE

¹⁵⁰ *“[...] imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque [...]”*, Art. 102, lett. a) TFUE, e *“[...] imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose [...]”*, art. 3 lett. a) l. 287/90. A proposito, si segnala la differenza, di fatto sterilizzata in sede applicativa, tra il riferimento alla “non equità” dei prezzi e delle condizioni di transazione, prevista dalla normativa sovranazionale, e alla ingiustificata gravosità, contemplata da quella italiana;

¹⁵¹ *“limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori”*, art. 102, lett. b) TFUE, e *“impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori”*, art. 3 lett. b) l. 287/90;

¹⁵² Art. 102, lett. c) TFUE e *“applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza”* art. 3, lett. c) l. 287/90

¹⁵³ Art. 102, lett. d) TFUE e *“subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi”* art. 3 lett. d) l. 287/90;

Al pari delle altre fattispecie di diritto della concorrenza, anche quella di abuso di posizione dominante si sorregge su due blocchi concettuali fondamentali: da una parte, la nozione di impresa, che integra l'elemento soggettivo dell'illecito; dall'altra, il concetto, di carattere *latu sensu* oggettivo, di mercato rilevante. La capacità del diritto *antitrust* di contrastare efficacemente le condotte di mercato pregiudizievoli per il gioco della concorrenza – in sintesi, la sua effettività – è largamente influenzata dall'ampiezza che si riconosce a tali due, fondamentali, concetti giuridici, così come l'estensione del suo ambito di applicazione. Per questi motivi, alla loro migliore definizione sono dedicati i paragrafi successivi.

2. Sulla nozione di impresa

Il diritto *antitrust* ambisce a salvaguardare la struttura concorrenziale di mercato e a preservare il suo fisiologico svolgimento, contrastando le condotte idonee a metterla in pericolo; tali sono quei comportamenti in grado di restringere o falsare il gioco della concorrenza, in quanto provenienti dagli attori di mercato recanti la reale capacità di alterare le dinamiche concorrenziali: le *imprese*. Pertanto, il punto di partenza necessario per la trattazione di uno qualsiasi dei pilastri sopra richiamati non può che coincidere con l'esatta definizione della nozione di *impresa*, in quanto in essa si sostanzia e si esaurisce l'ambito soggettivo di applicazione del diritto della concorrenza, tanto euro-unitario, quanto nazionale.

Quello di *impresa*, ai fini *antitrust*, è un concetto giuridico che si distingue per natura e caratteristiche. Da un lato, infatti, esso forma oggetto di una nozione autonoma “*di diritto dell'Unione europea (che prescinde, cioè, dalle definizioni di diritto nazionale), modellata sulla base della realtà economica e strettamente funzionale all'applicazione delle norme sulla concorrenza*”¹⁵⁴. Dall'altro, assente nei Trattati e nella l. 287/90 una qualsiasi indicazione positiva circa il suo contenuto, la relativa definizione è il frutto di un'opera di progressiva puntualizzazione, portata avanti dalla Corte di Giustizia dell'UE mediante il consueto approccio casistico.

¹⁵⁴ CATRICALÀ, CAZZATO, FIMMANÒ, (a cura di) *Diritto Antitrust*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, p. 60

Il vuoto normativo è perdurato fino al 2019, quando è stato parzialmente colmato dalla Direttiva (UE) n. 2019/1¹⁵⁵, c.d. “Direttiva ECN+”¹⁵⁶, sulla quale si ci si soffermerà più avanti in questo paragrafo.

L’assenza di una nozione tanto fondamentale ha spinto, nel frattempo, la dottrina ad indagarne le cause. Assodato che la stessa risulta il frutto di una precisa opzione legislativa (a carattere negativo, ovvero “di non fare”), essa sarebbe stata imposta, da una parte, “*dalla notevole difficoltà di conciliare le diverse nozioni [di impresa] elaborate dai singoli Stati membri*”¹⁵⁷; dall’altra, dall’intenzione di “*non recepire nei Trattati una nozione formale e vincolante di impresa ritagliata su quella propria di un ordinamento specifico, con il rischio di pregiudicare, in questa maniera, l’applicazione uniforme ed effettiva della normativa antitrust nei diversi Paesi*”¹⁵⁸. Ciò ha conformato la nozione in commento fino a conferirle natura “*economico-funzionale*”¹⁵⁹ e relativa¹⁶⁰.

In primo luogo, in ragione della natura funzionale del concetto *de qua*, il novero soggettivo delle *imprese* viene a comprendere ogni entità in grado di ostacolare, con la propria condotta, il perseguimento dei fini propri del diritto della concorrenza. Ciò, di fatto, comporta che le regole di diritto *antitrust* trovino applicazione esclusivamente nei confronti dei soggetti portatori di capacità distorsiva della concorrenza, a nulla rilevando la loro natura di impresa, o meno, alla luce della definizione nazionale¹⁶¹ (di qualsiasi Stato Membro dell’Unione Europea). Tanto può ritenersi espressione di un approccio “antiformalistico”, che – per le ragioni sopra menzionate – rinuncia a strutturare la definizione in commento mediante l’individuazione di una serie di rigidi elementi costitutivi, imperniandola piuttosto sul dinamico accertamento del ruolo di mercato attribuibile all’entità

¹⁵⁵ Attuata nell’ordinamento nazionale per mezzo del d.lgs. 185/2021, recante “*Attuazione della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno*”

¹⁵⁶ Laddove per ECN sta per “*European Competition Network*”, ovvero “Rete Europea della Concorrenza”

¹⁵⁷ CATRICALÀ, CAZZATO, FIMMANÒ, (a cura di) *Diritto Antitrust*, op. cit., pag. 56

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ In questi termini, MAGGIOLINO, *La nozione antitrust di impresa ai tempi della sharing economy* in *Orizzonti di Diritto Commerciale*, https://www.orizzontideldirittocommerciale.it/wp-content/uploads/2021/04/Maggiolino_La-nozione-antitrust-di-impresa-ai-tempi-della-sharing-economy.pdf e dottrina ivi citata.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ *Rectius*: di imprenditore, di cui all’art. 2082 del Codice Civile

considerata. Vale a sintetizzare quanto finora riportato la definizione, oramai tralatizia, della Corte di Giustizia dell'UE, che qualifica come impresa “*qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento*”¹⁶². La nozione *de qua*, inoltre, “*si riferisce a un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche*”¹⁶³.

Non deve stupire che l'iter interpretativo seguito dai giudici di Lussemburgo sia culminato nell'approdo anzi richiamato. Piuttosto, anche questa soluzione interpretativa può ritenersi obbligata, se solo si considera che nessun appiglio a chiarire la definizione giuridica dell'*impresa* ai fini *antitrust* era fornito dall'argomento letterale basato sull'art. 102 TFUE. In sua assenza, dunque, gli ermeneuti hanno fatto ricorso al criterio interpretativo di carattere teleologico, giungendo a risultati ampiamente condivisibili. Dato per assunto (salvi gli ulteriori approfondimenti di cui al capitolo successivo) che il meta-obiettivo del diritto *antitrust* sia quello di prevenire distorsioni nel gioco della concorrenza, il postulato fondamentale del suo efficace assolvimento è che ogni entità in grado di influenzare la struttura concorrenziale del mercato sia sottoposta alle norme *antitrust*. In merito, in dottrina è stato efficacemente sottolineato che nel contesto *antitrust* “*tutte le regole sono interpretate onde scongiurare che l'esercizio di determinate attività pregiudichi la libertà di concorrenza nell'Unione europea*”¹⁶⁴. Tanto può trovare sintesi nel “*criterio principe della partecipazione attiva al mercato*”¹⁶⁵, generalmente ritenuto il più idoneo a garantire l'effettività del diritto *antitrust* nella repressione delle condotte anticoncorrenziali.

Sotto altro angolo visuale, l'approccio anzi descritto ha determinato un significativo “*rovesciamento logico*”¹⁶⁶. In particolare, la tecnica di qualificazione soggettiva

¹⁶² CGUE, C-447/17 P e C-479/17 P, *Unione europea/Guardian Europe Sàrl*, sent. del 5 settembre 2019, par. 104. Nello stesso senso, *ex multis*, si v. anche CGUE, C-516/15 P, *Akzo Nobel e a./Commissione*, sent. del 27 aprile 2017, par. 47 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁶³ CGUE, C-516/15 P, *Akzo Nobel/Commissione*, sent. del 27 aprile del 2017, par. 48. Nello stesso senso, tra le altre, si v. anche CGUE, C-90/09 P, *General Química e a./Commissione*, sent. del 20 gennaio 2011, par. 35.

¹⁶⁴ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 77

¹⁶⁵ PARDOLESI, citato in *Diritto Antitrust*, Catricalà A., Cazzato C. E., Fimmanò F., op. cit., p. 61

¹⁶⁶ MAZZONI A., *La nozione di impresa nel diritto antitrust, in 20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di) (2010) e *Diritto Antitrust*, Catricalà A., Cazzato C. E., Fimmanò F., op. cit.

imperniata sulla verifica degli effetti della condotta attenzionata ha reso la qualificazione stessa – attività logicamente preliminare rispetto a quella di apprezzamento degli effetti restrittivi della concorrenza – nella pratica, ad essa posticipata. Il fenomeno non ha mancato di suscitare perplessità e critiche in dottrina. In particolare, la dottrina¹⁶⁷ ha stigmatizzato che un meccanismo siffatto determinerebbe “«un’inversione metodologica perché, anziché identificare preventivamente il destinatario della disciplina, per poi verificare se la sua condotta è suscettibile di valutazione negativa, si finisce prima per identificare l’effetto sanzionabile (distorsione del mercato) e poi partendo dall’effetto, in una sorta di processo di identificazione a ritroso, colui che lo pone in essere» (GIANNELLI)”¹⁶⁸. Tuttavia, considerati i benefici in termini di effettività derivanti dall’aver slegato la nozione di impresa da qualsiasi dato di carattere formale, non può ritenersi che alcun ostacolo ontologico sussista a che l’attività di qualificazione avvenga secondo il, pur peculiare, iter che oramai la caratterizza.

In secondo luogo, quale ulteriore estrinsecazione dell’approccio funzionale e antiformalistico, alla nozione di *impresa* può essere attribuito carattere relativo, il quale trova espressione nel c.d. “*principio della divisione*”¹⁶⁹; in virtù di quest’ultimo, alla medesima entità – ad esempio, al medesimo soggetto giuridico - può essere contemporaneamente riconosciuta e negata la qualità di impresa a seconda delle attività che essa svolge. Ciò in quanto le attività che essa svolge devono essere tenute, appunto, divise, sì da consentire una separata verifica circa il contesto del loro svolgimento e, in particolare, se esse siano svolte o meno in un contesto di mercato.

Infine, riprendendo quanto si ha avuto modo di accennare, è possibile rinvenire una definizione positiva di *impresa* all’art. 2, par. 1, n. 10), della Direttiva ECN+, che, ai fini del diritto *antitrust*, qualifica l’impresa come “*qualsiasi entità che esercita un’attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento*”. L’arresto normativo è privo di qualsiasi portata innovativa: il

¹⁶⁷ CATRICALÀ A., CAZZATO C. E., FIMMANÒ F., *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 60

¹⁶⁸ *Idem*

¹⁶⁹ MAGGIOLINO M., *La nozione antitrust di impresa ai tempi della sharing economy in Orizzonti di Diritto Commerciale*, <https://www.orizzontideldirittocommerciale.it/wp-content/uploads/2021/04/Maggiolino-La-nozione-antitrust-di-impresa-ai-tempi-della-sharing-economy.pdf>

legislatore europeo si è limitato, piuttosto, a recepire l'orientamento emerso nella giurisprudenza sovranazionale – seppur, secondo parte della dottrina, in maniera parziale¹⁷⁰ - fin dai primi anni Novanta, quando è stato compiutamente affermato nell'ambito del caso *Klaus Höfner e Fritz Elser contro Macrotron GmbH* (1991)¹⁷¹. Finora sono rimaste insolute le questioni la cui soluzione appare funzionale alla determinazione in concreto di ciò che costituisce impresa. Chiarito, in altri termini, che in astratto può considerarsi tale qualsiasi entità che esercita *un'attività economica*, occorre ora chiedersi *quali* attività possano considerarsi come aventi natura *economica* e quali limiti incontri una nozione tanto ampia da essere insensibile ai vincoli di natura giuridico-formale.

Quanto al primo aspetto, la Corte di Giustizia dell'UE ha chiarito che deve riconoscersi natura economica a “*qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato (sentenze 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione/ Italia, Racc. pag. 2599, punto 7, e 18 giugno 1998, causa C-35/95, Commissione/Italia, Racc. pag. I-3851, punto 36)*”¹⁷². Il criterio di qualificazione principale coincide, dunque, con lo svolgimento dell'attività in un contesto di mercato, indipendentemente dalle modalità giuridiche con le quali ciò avvenga. Sulla scia di questo principio, la CGUE non ha esitato a scrutinare la condotta di mercato di vari soggetti (i c.d. professionisti intellettuali) i quali, in molti ordinamenti degli Stati Membri dell'UE (tra cui l'Italia), sono generalmente considerati lavoratori autonomi o liberi professionisti: fra questi rientrano senza dubbio gli avvocati¹⁷³, gli spedizionieri doganali¹⁷⁴, i medici specialisti autonomi¹⁷⁵.

¹⁷⁰ A proposito si v. MANZINI P., *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, 2023, Giappichelli, Torino, p. 40. L'autore stigmatizza l'assenza di riferimenti, nella definizione normativa, al requisito dell'autonomia di esercizio dell'attività economica, precipitato della dottrina della *single economic unit* che verrà affrontata più in dettaglio *infra*

¹⁷¹ CGUE, C-41/90, *Höfner ed Elser c. Macrotron*, sent. del 23 aprile 1991, par. 21, che dichiara che “*la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento*”

¹⁷² CGUE, C-180/98 a C-184/98, *Pavel Pavlov e Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, sent. del 12 settembre 2000.

¹⁷³ CGUE, C-309/99, *Wouters e a.*, sent. del 19 febbraio 2002, par. 71

¹⁷⁴ CGUE, C-35/96, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Italiana*, sent. del 18 giugno 1998

¹⁷⁵ CGUE, C-180/98 a C-184/98, *Pavel Pavlov e Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, sent. del 12 settembre 2000, par. 82. In questo caso la CGUE ha valorizzato, ai fini della

Lo stesso ragionamento può essere seguito in senso uguale e contrario: non verrà attribuita la natura di impresa all'entità che operi in un contesto diverso da quello di mercato. Tale è il caso in cui l'attività dell'entità sopra menzionata sia improntata a un “*genuino principio di solidarietà*”¹⁷⁶. Coerentemente con quanto finora affermato, nel celeberrimo caso *Poucet e Pistre*, la CGUE ha negato che potesse essere considerata impresa l'entità svolgente attività finalizzate a “*una redistribuzione del reddito tra i più abbienti e quelli che [...] in ragione dei loro mezzi e delle loro condizioni di salute, sarebbero privati della necessaria tutela previdenziale*”¹⁷⁷.

Allo stesso modo, l'esercizio di “*una qualche forma di potere di imperio connesso alle prerogative dello Stato*”¹⁷⁸ vale ad escludere l'esistenza di un contesto di mercato e, dunque, la qualificazione di impresa in capo all'entità che partecipa a detto esercizio, secondo i principi che i giudici di Lussemburgo hanno inaugurato a partire dal celeberrimo caso *Eurocontrol*¹⁷⁹.

2.1 L'impresa come *unità economica*

Nella sua forma più semplice, l'impresa si identifica con un solo soggetto – individuale (ad esempio, una persona fisica) o collettivo (ad esempio, una società) – che esercita direttamente e autonomamente un'attività economica.

Una considerazione di tal fatta, apparentemente banale, rappresenta il precipitato più immediato della natura funzionale della nozione di impresa. In altri termini, ciò che rende *impresa* ai fini *antitrust* il soggetto esercente l'attività sopra menzionata è la sua capacità di influenzare le dinamiche concorrenziali mediante l'assunzione di determinazioni commerciali.

Tuttavia, la sfaccettata realtà economica conosce una varietà indeterminata di modelli organizzativi, nell'ambito dei quali può accadere (e anzi, sovente accade) che il titolare giuridico dell'impresa (*rectius*: il soggetto che ne è proprietario) non

qualificazione, i criteri della retribuzione e dell'assunzione del rischio economico connesso all'attività esercitata)

¹⁷⁶ MANZINI P., *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, op. cit., p. 41

¹⁷⁷ CGUE, C-159/91, *Poucet e Pistre / AGF e Cancava*, sent. del 17 febbraio 1993, par. 10

¹⁷⁸ MANZINI P., *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, op. cit.,

¹⁷⁹ CGUE, C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, sent. del 19 gennaio 1994

sia altresì in grado di determinare autonomamente le linee direttrici cui improntare la condotta di mercato del complesso aziendale che a lui fa capo. In questo caso, non può essergli ascritta alcuna capacità distorsiva della struttura concorrenziale del mercato e, in definitiva, egli non costituisce *impresa*. *Quid iuris*, dunque?

Anzitutto, è bene dare un volto più definito alla situazione anzi prospettata, caratterizzata dall'eterodirezione della condotta di mercato dell'azienda. Questa dinamica ricorre ogniqualvolta due (o più) soggetti soggiacciono all'influenza di una diversa persona, fisica o giuridica, in virtù di legami “*economici, organizzativi e giuridici*”¹⁸⁰. Ciò più di frequente avviene nel contesto dei gruppi societari, sebbene non sia in questi ultimi che si esaurisce la casistica in considerazione. Ciò nonostante, per ragioni di razionalità espositiva, nel prosieguo si farà riferimento principalmente alle fattispecie di gruppo.

In generale, il fenomeno dei gruppi societari comprende le diverse ipotesi in cui più società sottostanno all'influenza determinante di una capogruppo. Per l'effetto, pur mantenendo la propria distinta personalità sul piano giuridico, le prime agiscono sul mercato come la *longa manus* della seconda e ciascuna di esse forma con quest'ultima un'unica entità sul piano economico. In altri termini se, nel mare del mercato, gli altri rami del diritto attribuiscono ai gruppi societari la conformazione di arcipelaghi, il diritto *antitrust* riconosce loro la natura di singole, grandi isole.

Alla luce di tali considerazioni – e pena una sostanziale incoerenza – il diritto *antitrust* non trova applicazione nei confronti delle condotte realizzate da un componente della singola unità economica nei confronti degli altri. Da una parte, infatti, esse partecipano della medesima e sola capacità restrittiva della concorrenza. Dall'altra, le medesime non si pongono reciprocamente in rapporto di concorrenza, posto che già, legittimamente, coordinano a monte i propri contegni economici. Dunque, nessuna restrizione della concorrenza, neppure in via potenziale, può ritenersi la conseguenza di una condotta infragruppo. Proseguendo con la metafora sopra inaugurata, può ritenersi che il bene giuridico in ipotesi pregiudicato dalla condotta anticoncorrenziale – la concorrenza stessa – si colloca “al di fuori” del gruppo, è il mare che ne circonda l'isola.

¹⁸⁰ CGUE, C-516/15 P, *Akzo Nobel NV*, sent. del 27 aprile 2017, par. 52

Le considerazioni finora svolte ricevono traduzione giuridica nelle parole della Corte di Giustizia dell'UE, la quale ha chiarito che *“la nozione di impresa [...] dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche (sentenza del 20 gennaio 2011, General Química e a./Commissione, C-90/09 P, EU:C:2011:21, punto 35)”*¹⁸¹. Con specifico riferimento al fenomeno di gruppo, la circostanza che esso si componga di più società, dotate di distinta personalità giuridica, non osta all'individuazione di un'unica impresa, almeno quando le società figlie *“non determini[no] in modo autonomo, al momento della commissione dell'infrazione, la propria linea di condotta sul mercato, ma si attenga[no], in sostanza, alle istruzioni che [...] vengono [loro] impartite dalla società madre, alla luce in particolare dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che uniscono le due entità giuridiche, di modo che, in tale situazione, queste ultime fanno parte di una stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa autrice del comportamento illecito”*¹⁸².

In concreto, per dimostrare l'esistenza di una *single economic unit*, l'Autorità procedente è chiamata a provare tanto l'assenza di autonomia decisionale della controllata, quanto l'effettivo e concreto esercizio del potere di eterodirezione da parte della controllante finalizzato alla realizzazione della condotta anticoncorrenziale. Trattasi di dimostrazione che varia caso per caso, potendo essere valorizzate le circostanze, di fatto e di diritto, più disparate, ai fini di desumere il grado, più o meno intenso, di autonomia decisionale della società controllata. Nella prassi dell'AGCM, tale accertamento non viene svolto con riferimento esclusivo, né determinante, alla struttura del gruppo societario o alla maggiore o minore consistenza delle reciproche partecipazioni (salvo il caso delle partecipazioni totalitarie, che verrà trattato di seguito).

Piuttosto, l'Autorità normalmente verifica che il controllo da parte della capogruppo *“sia in fatto esercitato”*¹⁸³, avendo riguardo *“ai legami strutturali, operativi e personali esistenti, nonché al concreto atteggiarsi dei rapporti di*

¹⁸¹ CGUE, C-516/15 P, *Akzo Nobel NV*, sent. del 27 aprile 2017, par. 48

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 80

*indirizzo tra le parti*¹⁸⁴. A proposito, è opportuno tenere a mente che *“l’esistenza di un’unità economica può essere [...] dedotta da un complesso di elementi concordanti, ancorché nessuno di tali elementi, isolatamente considerato, sia sufficiente per dimostrare l’esistenza di tale unità”*¹⁸⁵. Ad esempio, integra una circostanza rilevante il dato della condivisione, da parte dei soggetti considerati, dei locali deputati ad ospitare l’esercizio delle rispettive attività, nonché del personale, degli organi amministrativi e di controllo ma anche l’*“esistenza di un rilevante grado di osmosi informativa”*¹⁸⁶ tra le rispettive funzioni aziendali.

In virtù di un consolidato orientamento della giurisprudenza sovranazionale, la dimostrazione in oggetto non risulta necessaria *“nella particolare ipotesi in cui una società controllante detenga la totalità o la quasi totalità del capitale della sua controllata che ha commesso un’infrazione alle norme in materia di concorrenza dell’Unione [...]”*¹⁸⁷; in questo caso, opera infatti *“una presunzione relativa secondo cui tale società controllante esercita effettivamente un’influenza determinante nei confronti della sua controllata”*¹⁸⁸.

La teoria dell’unità economica produce sostanziali ricadute sul piano applicativo e sanzionatorio.

In primo luogo, essa determina l’allargamento dello sguardo dell’Autorità, fino a ricomprendere nell’esame istruttorio il complesso delle condotte realizzate dalle distinte persone, fisiche o giuridiche, che compongono l’unica impresa. Per effetto di tale valutazione complessiva, può riconoscersi natura anticoncorrenziale a delle condotte che, individualmente considerate, non recherebbero una siffatta potenzialità.

In secondo luogo, in presenza di una singola unità economica, il provvedimento sanzionatorio, esito eventuale del procedimento istruttorio, considererà quali destinatari, da un lato, i soggetti che abbiano materialmente realizzato le condotte contestate e, dall’altro, colui che abbia esercitato attivamente il controllo sulla condotta commerciale dei primi. Nell’ipotesi di gruppo, in breve, lo stesso si

¹⁸⁴ Ivi

¹⁸⁵ CGUE, C-407/08, *Knauf Gips KG c. Commissione europea*, sent. del 1 luglio 2010, par. 65

¹⁸⁶ AGCM, provv. 27494/2018, cit.,

¹⁸⁷ CGUE, C-516/15 P, *Akzo Nobel NV*, sent. del 27 aprile 2017, par. 54

¹⁸⁸ Ibid.

rivolgerà sia nei confronti delle controllate-autrici materiali dell'abuso, sia nei confronti della controllante-esercente l'effettivo controllo.

Su queste basi si fonda la dottrina della c.d. *parent company liability*, espressione che descrive il regime di responsabilità solidale tra controllante e controllata per l'adempimento dell'obbligazione risarcitoria derivante dal provvedimento, anche quando la condotta contestata, da un punto di vista materiale, sia stata attuata esclusivamente dalla seconda. A riguardo, nella sentenza già precedentemente citata, si legge che “*la Commissione potrà, in seguito, ritenere la società controllante solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla sua controllata, a meno che tale società non provi che la sua controllata non applica sostanzialmente le direttive che essa impartisce e si comporta, pertanto, in maniera autonoma sul mercato*”¹⁸⁹.

3. Sulla nozione di mercato rilevante

Al pari di quella di *impresa*, neppure la nozione di *mercato rilevante* è definita, sul piano positivo, da alcuna fonte normativa nazionale o sovranazionale (di *hard law*, almeno). Eppure, il concetto *de qua* – non meno di quello di *impresa* - riveste un'importanza straordinaria nell'economia del diritto *antitrust*, rappresentando un fondamentale presupposto “*logico, prima ancora che giuridico, dell'analisi antitrust*”¹⁹⁰. Il mercato rilevante, infatti, è il “*perimetro di concorrenza*», *l'arena entro la quale si deve svolgere il confronto concorrenziale*”¹⁹¹ e “*in relazione alla quale assumono significato e devono essere lette le condotte delle imprese ai fini del diritto antitrust*”¹⁹². Entro i suoi confini avviene l'apprezzamento del potere di mercato delle imprese, indispensabile ai fini dell'accertamento di una posizione dominante (come si avrà modo di approfondire *infra*)¹⁹³, la valutazione circa la natura anticoncorrenziale delle condotte attenzionate¹⁹⁴ - che dall'ampiezza che si

¹⁸⁹ Ivi

¹⁹⁰ BRUZZONE G., *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e Problemi*, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, 1995

¹⁹¹ CATRICALÀ, CAZZATO, FIMMANÒ, (a cura di), *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 80

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Commissione Europea, 97/C 372/03, COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, considerando n. 2

¹⁹⁴ Commissione Europea, 97/C 372/03, cit., considerando n. 4

attribuisce a tali confini è influenzata in maniera decisiva - e la misurazione dell'intensità delle restrizioni della concorrenza prodotte dalle condotte oggetto di istruttoria.

Il concetto di mercato rilevante è, evidentemente, il frutto di un'opera di astrazione giuridica: non esiste alcun luogo fisico, separato o separabile dagli ambienti circostanti, che possa definirsi tale. Ai fini della sua applicazione è necessaria, pertanto, un'opera di contestualizzazione – propriamente denominata “*definizione del mercato rilevante*”¹⁹⁵ – dal carattere *concreto e dinamico*, di competenza delle Autorità garanti della concorrenza degli Stati Membri, per le fattispecie di rilevanza nazionale, e della Commissione Europea (*sub specie* Direzione Generale per la Concorrenza, c.d. “DG COMP”), per quelle di dimensione euro-unitaria. Tale attività consiste in un “*articolato processo di acquisizione delle informazioni utili a comprendere come si svolgono le dinamiche competitive che interessano le imprese coinvolte nelle fattispecie sottoposte a scrutinio*”¹⁹⁶.

In considerazione dell'influenza delle valutazioni inerenti alla definizione del mercato rilevante rispetto alla configurazione dell'abuso e dei relevantissimi margini di discrezionalità di cui, di fatto, godono le Autorità procedenti, la Commissione Europea, sul finire degli anni '90, ha inteso rafforzare la certezza del diritto¹⁹⁷ e la prevedibilità delle sue decisioni¹⁹⁸ mediante l'emanazione della “*Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*” (97/C 372/03, di seguito anche la “*Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante*”). Quest'ultima ha dato una veste compiuta e sistematicamente ordinata all'arsenale degli strumenti quotidianamente utilizzati dalle Autorità competenti e già da tempo avallati da orientamenti progressivamente consolidatisi in giurisprudenza. A distanza di quasi trent'anni, tale imprescindibile strumento di *soft law* riveste in materia un ruolo di assoluta centralità.

¹⁹⁵ Ivi

¹⁹⁶ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 55

¹⁹⁷ Commissione Europea, 97/C 372/03, cit., considerando n. 4

¹⁹⁸ Ibid., considerando n. 5

La Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante riproduce il distinguo che tradizionalmente¹⁹⁹ viene operato, nell'ambito del mercato rilevante, tra il suo ambito merceologico (il c.d. "mercato *del prodotto*"²⁰⁰) e quello geografico (il c.d. "mercato *geografico*"²⁰¹). La stessa, più nello specifico, descrive il primo come l'ambito che "*comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati*"²⁰², con ciò accogliendo il criterio della *intercambiabilità* o della *sostituibilità* reso manifesto dalla CGUE a partire dal noto caso *United Brands*²⁰³; rappresenta, infine, l'ambito geografico come "*l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse*"²⁰⁴.

3.1 La definizione del mercato rilevante

Alla luce delle considerazioni finora svolte, è possibile scorgere più nitidamente la misura dell'influenza che la definizione del mercato rilevante esercita sul grado di effettività del diritto della concorrenza.

Per queste ragioni e per arginare i pericoli di soggettivismo definitorio, la Commissione ha promosso l'omogeneizzazione dei canoni di valutazione da impiegare nell'esame delle fattispecie attenzionate per mezzo della Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante. Ciò si è rivelato quanto più provvido, considerati i margini di discrezionalità tecnica tanto ampi, quanto ineliminabili, di cui godono le Autorità procedenti nella contestualizzazione della nozione in commento e che mettono in pericolo l'uniformità e l'efficacia applicativa del diritto *antitrust*. È opportuno, dunque, spendere qualche considerazione in merito al contenuto della Comunicazione sopra menzionata.

¹⁹⁹ Da tempo recepita anche dalla giurisprudenza nazionale, si v. a proposito e da ultimo Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 4733/2017

²⁰⁰ Commissione Europea, 97/C 372/03, cit., considerando n. 1

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid., considerando n. 4

²⁰³ CGUE, C- 27/76, *United Brands c. Commissione delle Comunità Europee*, sent. del 14 febbraio 1978

²⁰⁴ Commissione Europea, 97/C 372/03, cit., par. II.8

Fin dalle prime battute, la Comunicazione individua l'obiettivo cui tende l'esercizio di definizione, ossia determinare *“in modo sistematico le pressioni concorrenziali alle quali sono sottoposte le imprese interessate”*²⁰⁵ e identificare i loro concorrenti effettivi. Più nello specifico, vengono individuate *“tre principali fonti di pressioni”*²⁰⁶: la *“sostituibilità dell'offerta, [la] sostituibilità della domanda e [la] concorrenza potenziale”*²⁰⁷.

Tra queste, la prima sembra essere la variabile che maggiormente pesa sul giudizio dell'Autorità procedente, in quanto descrive il vincolo competitivo *“più immediato ed efficace”*²⁰⁸. L'indagine circa la *“sostituibilità dell'offerta”* mira a precisare quali prodotti i consumatori ritengano sostitutivi di quello considerato. Gli stessi concorreranno, successivamente, a formare il *“paniere di beni e servizi omogenei rispetto a quelli oggetto di analisi”*²⁰⁹. L'esame tende, inoltre, a individuare il limite territoriale oltre il quale i clienti dell'impresa considerata non sarebbero disposti a spingersi per approvvigionarsi di detti beni.

In concreto, la Commissione procede ipotizzando un aumento non irrisorio (tra il 5% e il 10%) del prezzo del prodotto considerato per verificare la redditività di una siffatta operazione per l'impresa che la dovesse realizzare. Ciò avviene mediante l'esperimento del c.d. *“SNIIP test (Small but Not Insignificant Increase of Price)”*²¹⁰, l'esercizio teorico funzionale a determinare *“le effettive fonti alternative di approvvigionamento dei clienti delle imprese interessate”*²¹¹, postulando un ipotetico incremento nel prezzo del bene considerato di entità piccola, ma non insignificante, né transitorio. Successivamente, si stima la propensione dei clienti, quale reazione all'ipotetico incremento, a rivolgersi presso fornitori alternativi di beni identici o in grado di assolvere al medesimo bisogno, ovvero collocati in una zona diversa rispetto a quella di residenza²¹². L'oggetto di indagine può essere denominato sinteticamente *“tasso di sostituzione”*²¹³ del prodotto, variabile che

²⁰⁵ Ivi., par. I.2

²⁰⁶ Ibid., par. 12

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ CATRICALÀ, CAZZATO, FIMMANÒ, (a cura di), *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 82

²¹⁰ MANZINI P., *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, 2023, op. cit., p. 179

²¹¹ Ibid.

²¹² Commissione Europea, 97/C 372/03, cit., par. 15

²¹³ Ibid., par. 17

misura la propensione dei consumatori ad acquistare “*prodotti sostitutivi prontamente disponibili*”²¹⁴ o a rivolgersi presso “*fornitori siti in un'altra zona*”²¹⁵, quale reazione rispetto al suddetto incremento.

Misurato il tasso di sostituzione, l’Autorità procedente includerà nei confini del mercato rilevante tutti quei prodotti e tutte quelle aree geografiche rispetto ai quali l’ipotetico incremento di prezzo non sarebbe stato redditizio per l’impresa. Viceversa, rimarranno al di fuori dei confini del mercato quei beni (o quelle zone del territorio) cui i consumatori non si sarebbero rivolti pur in seguito all’aumento di prezzo del bene di riferimento.

Il secondo vincolo competitivo è quello rappresentato dalla sostituibilità sul versante dell’offerta. Lo stesso descrive la capacità dei produttori di beni simili rispetto a quello di riferimento di convertire la propria produzione per estenderla a quest’ultimo, quando ciò sembrasse loro redditizio in ragione dell’incremento dei prezzi del prodotto di riferimento (e, dunque, dei margini di profitto potenziale). Tanto integra una costrizione concorrenziale per l’impresa in esame, la quale non risulterà libera di esercitare il proprio potere di mercato a detrimento dei consumatori. Il vincolo risulterà effettivo, tuttavia, solo quando la conversione della capacità produttiva avvenga a tal punto rapidamente da consentire all’impresa di immettere i prodotti *de quibus* “*sul mercato in breve tempo, senza dover sostenere significativi costi aggiuntivi o affrontare rischi eccessivi, in risposta a piccole variazioni permanenti dei prezzi relativi*”²¹⁶. Al ricorrere di queste condizioni, la Commissione ritiene che - “*in termini di efficacia e di immediatezza*”²¹⁷ - la sostituibilità dell’offerta rappresenta un vincolo competitivo non meno intenso di quello afferente al versante della domanda.

Un esempio pratico, reso esplicito dalla Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante, può rappresentare un valido ausilio per chiarire i termini della questione. Il mercato della carta è scomponibile in diversi segmenti, a seconda delle funzioni che le diverse varianti del prodotto concretamente assolvono: per la stampa di un libro d’arte, ad esempio, sarà necessario un prodotto di elevata qualità, non

²¹⁴ Ivi

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Ibid., par. 20

²¹⁷ Ibid.

suscettibile di essere sostituito dalla carta impiegata per usi diversi. Tuttavia, la capacità produttiva delle cartiere risulta particolarmente duttile e, infatti, la stessa *“può essere modificata ad un costo trascurabile e in un breve arco di tempo”*²¹⁸. Pertanto, ciascuna impresa produttrice può, in astratto, soddisfare i più disparati ordini in fatto di carta, specie quando gli stessi vengano inoltrati con un anticipo tale da consentire la conversione della capacità produttiva. Per questi motivi, la Commissione considera il mercato della carta in termini unitari e, per l'effetto, il valore delle vendite di tutte le tipologie di carta concorre a determinare il volume del mercato rilevante.

Infine, la Comunicazione assegna alla terza fonte di pressioni concorrenziali sopra menzionate, la concorrenza potenziale, un ruolo meramente residuale. La variabile formerà oggetto d'indagine solo quando necessaria e *“solo in uno stadio successivo, in generale quando la posizione delle imprese interessate sul mercato rilevante è stata già accertata e dà effettivamente adito a problemi dal punto di vista della concorrenza”*²¹⁹.

3.2 Le particolarità del mercato rilevante in relazione alla fattispecie di abuso di posizione dominante

La definizione del mercato rilevante è funzionale a circoscrivere i confini dell'arena concorrenziale, i quali rappresentano altresì l'orizzonte fino al quale si spinge lo sguardo dell'Autorità. Ciò in quanto, di norma, le condotte restrittive della concorrenza vengono realizzate, e spiegano i loro effetti, in un contesto di mercato unitario; si tratta, con riferimento alle fattispecie di abuso di posizione dominante, dello stesso mercato sul quale l'impresa è dominante.

Tuttavia, è ben possibile che l'impresa considerata, dominante su un mercato c.d. *“principale”*, operi anche in un mercato diverso dal primo, ma ad esso legato da forti interconnessioni; in particolare, ciò si verifica quando i due mercati risultano *“interdipendenti e reciprocamente influenzabili”*²²⁰.

In relazione a queste ipotesi, la prassi applicativa delle Autorità competenti, a livello nazionale e sovranazionale, ha attribuito un peso sempre crescente alla

²¹⁸ Ivi, par. 22

²¹⁹ Ibid., par. 23

²²⁰ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 189

nozione di “*mercato collegato*”. Le ricadute più immediate di una nozione siffatta appaiono ben visibili: da un lato, essa ha consentito di contrastare più efficacemente le condotte anticoncorrenziali produttive di effetti al di fuori del mercato della loro realizzazione; dall’altro, la medesima ha rappresentato il presupposto logico-giuridico per estendere oggettivamente la speciale responsabilità gravante sulle imprese dominanti (sulla quale, si v. §) su un mercato principale, a tutte le condotte idonee a pregiudicare una struttura di effettiva concorrenza su un mercato collegato, indipendentemente dal “luogo” della loro realizzazione.

A proposito, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che “ [...] *se è vero che l'applicazione dell'art. 102 TFUE presuppone l'esistenza di un nesso tra la posizione dominante e il comportamento che si asserisce abusivo, nesso che di norma non sussiste quando un comportamento posto in essere in un mercato distinto dal mercato soggetto a dominio produce conseguenze su questo stesso mercato, è pur vero che trattandosi di mercati distinti, ma collegati, talune circostanze particolari possono giustificare l'applicazione dell'art. 102 TFUE ad un comportamento accertato sul mercato collegato, non soggetto a dominio, e produttivo di effetti su questo stesso mercato [...]*”²²¹.

4. Legami inter-ordinamentali

Qualche ulteriore chiarimento in via preliminare si impone. Si è già dato conto dell’esistenza di una radicata connessione tra la legislazione *antitrust* nazionale e quella euro-unitaria, delle sue origini storico-eziologiche e giuridiche. Detto legame acquista consistenza positiva per mezzo del quarto comma dell’art. 1 l. 287/90 il quale dispone che “*l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza*”. Quest’ultimo, in particolare, vale a sterilizzare ogni possibile questione interpretativa legata alle – già trascurabili – differenze²²² nel lessico impiegato dall’art. 102 TFUE e dall’art. 3 l. 287/90.

²²¹ CGUE, C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, sent. del 17 febbraio 2011, par. 86

²²² Con riferimento all’oggetto del divieto, l’art. 102 TFUE discorre di “*sfruttamento abusivo [...] di una posizione dominante*”, mentre l’art. 3 l. 287/90 si riferisce all’ “*abuso [...] di una posizione dominante*”.

Se, da una parte, la sostanziale identità dell'oggetto materiale²²³ del divieto nei due sistemi normativi ha fornito alle imprese italiane uno *standard* normativo omogeneo cui conformare la propria condotta di mercato, dall'altra, la medesima ha posto l'interrogativo sul *se* e *come* i due sistemi giuridici operino senza interferire reciprocamente. Trattasi peraltro di interrogativo che non rappresenta una peculiarità del pilastro *antitrust* in commento, quanto, piuttosto, del diritto della concorrenza unitariamente inteso. In ogni caso, può anticiparsi fin d'ora che le soluzioni legislative prescelte nel tempo hanno radicalmente eliminato i rischi connessi alla sovrapposizione dei due sistemi (indebolimento della certezza del diritto, violazione del *ne bis in idem*, dispendio di risorse discendente dall'inutile duplicazione dell'attività amministrativa) per il controllo delle concentrazioni e li hanno significativamente contenuti in relazione ai due restanti pilastri.

Nel primo caso, la soppressione dei pericoli di interferenza è il frutto dell'adozione di un articolato sistema di soglie – riferite al fatturato delle imprese coinvolte nell'operazione di concentrazione – quale criterio di radicamento della competenza delle autorità nazionali e sovranazionali. In virtù del principio del c.d. “*one-stop shop*” (letteralmente, dello “*sportello unico*”), infatti, in presenza di un'operazione che si collochi al di sopra delle soglie previste dall'ordinamento sovranazionale (c.d. di dimensione euro-unitaria), la stessa dovrà essere notificata esclusivamente alla Commissione europea. La normativa nazionale troverà applicazione, in via residuale, nei confronti di tutte le concentrazioni che non abbiano dimensione euro-unitaria e che superino le soglie individuate dalla l. 287/90.

La soluzione è, invece, più articolata con riferimento al divieto di intese e di abuso di posizione dominante.

In entrambi i casi, il perfezionamento delle fattispecie sovranazionali richiede il verificarsi di un presupposto ulteriore rispetto a quelle, corrispondenti, di matrice nazionale. Detto presupposto consiste nell'idoneità dei contegni anticoncorrenziali ad arrecare, anche solo in via potenziale, un pregiudizio al commercio tra gli Stati Membri. Un siffatto sfasamento non è, tuttavia, idoneo a escludere l'esistenza di sovrapposizioni “*tra l'ambito di applicazione delle norme antitrust comunitarie*

²²³ A proposito, si v. Consiglio di Stato, Sez. VI, *Estra*, sent. 315/2020, in cui si dice che l'art. 3 l. 287/90, “*conforme*” all'art. 102 TFUE, “*riproduce la norma europea estendendola all'abuso che si eserciti «all'interno del mercato nazionale» e non soltanto europeo, «o in una sua parte rilevante»*”.

[...] e quelle nazionali”²²⁴ e, anzi, “l’area della possibile sovrapposizione [...] è potenzialmente assai vasta”²²⁵. È ben possibile, infatti, che una condotta restrittiva della concorrenza sul mercato nazionale abbia una magnitudine tale da risultare contemporaneamente idonea a pregiudicare il commercio tra gli Stati Membri. Una tale dinamica, ad esempio, è stata riscontrata dalla giurisprudenza euro-unitaria in un caso di pratiche che, avendo abbracciato “l’intero territorio di uno Stato membro”²²⁶, hanno avuto “l’effetto di rinforzare le compartimentazioni nazionali e di conseguenza [hanno ostacolato] la compenetrazione economica voluta dal trattato ed altresì proteggere i mercati nazionali”²²⁷. Si consideri, inoltre, che “l’ambito di applicazione della normativa europeo è reso ancora più ampio poiché [...] ai fini dell’applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE non occorre dimostrare l’esistenza attuale e concreta di un pregiudizio effettivo, essendo invece sufficiente la sua mera idoneità a pregiudicare il commercio comunitario”²²⁸.

Il legislatore nazionale ha tentato di far fronte a tali interferenze sperimentando, nel tempo, diverse tecniche normative.

A proposito, appare opportuno considerare, sebbene solo in via incidentale, la diversa tematica dell’*enforcement* del diritto della concorrenza. La stessa potrebbe sembrare strettamente legata alla questione principale e, tuttavia, ai fini della presente trattazione è bene tenere i due ambiti giuridicamente separati. Il profilo dell’applicabilità del diritto *antitrust* italiano ed europeo afferisce al *quando* (*rectius*: al ricorrere di quali condizioni) debba essere attuato l’uno o l’altro (o l’uno e l’altro). Quello relativo alla sua concreta applicazione (alla quale *supra* ci si è riferiti nei termini di *enforcement*), invece, afferisce al *chi* e al *come* è deputato ad applicarlo.

Ebbene, fino al 2003, data di entrata in vigore del Reg. (CE) n. 1/2003, l’applicazione del diritto *antitrust* dell’Unione Europea era riservata alla Commissione, in virtù del sistema “*centralizzato*” istituito dal Reg. (CEE) 17/62. Tale peculiare architettura del sistema era il frutto dell’esigenza di garantire un’applicazione omogenea ed efficace delle norme europee di diritto della

²²⁴ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 34

²²⁵ *Ibid.*, p. 35

²²⁶ CGUE, C-8/72, *Vereening van Cementhandeleren*, sent. del 17 ottobre 1972, par. 28/30

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 35

concorrenza, in un contesto in cui ancora molti Stati Membri non si erano dotati di un'effettiva legislazione *antitrust* e, quelli che l'avevano fatto, adottavano soluzioni normative profondamente differenti tra loro. Il sistema, per svariate ragioni, non aveva dato buona prova di sé. In particolare, era divenuto oramai evidente che la Commissione Europea non avrebbe potuto – non avendone i mezzi – incardinare un'istruttoria per ogni illecito *antitrust*, anche di rilievo “minore”, perpetrato in uno qualsiasi degli Stati Membri, con un lampante pregiudizio per l'effettività della normativa; nel frattempo, le istituzioni sovranazionali avevano progressivamente stimolato l'omogeneizzazione e l'implementazione di normative *antitrust* modellate sugli artt. 81 e 82 del TCE (attuali artt. 101 e 102 TFUE). Per questa ragione, a partire dal 2003²²⁹, è stato conferito alle autorità nazionali competenti il potere di applicare, a fianco del diritto della concorrenza nazionale, anche quello euro-unitario.

Tale incidentale premessa è funzionale a una migliore comprensione delle scelte compiute dal *lawmaker* nazionale.

In un primo momento, e fino al d.lgs. 3/2017²³⁰ (c.d. “Decreto Danni”, attuativo della Direttiva 2014/104/UE, c.d. “Direttiva Danni”), l'art. 1 co. 1 l. 287/90 prevedeva che *“le disposizioni della presente legge [...] si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese [...] che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio [...]”*. Pertanto, fino al 2003, l'AGCM avrebbe potuto intervenire solo in presenza di pratiche anticoncorrenziali inidonee a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri. Il Decreto Danni, da una parte, ha determinato la soppressione della clausola di esclusione (*“che non ricadono...”*) – precedentemente prevista a chiusura del primo comma – dall'altra, ha introdotto un nuovo secondo comma che prevede che l'AGCM *“[...] applica anche parallelamente in relazione a uno stesso caso gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e gli articoli 2 e 3 della presente legge [...]”*.

²²⁹ Il Reg. (CE) n. 1/2003 è entrato in vigore il 24/01/2003

²³⁰ Recante *“Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea”*, il cui art. 17 ha modificato l'art. 1 l. 287/90

La concentrazione della competenza applicativa delle due normative, che possono applicarsi anche parallelamente, ha di fatto venuto meno i principali rischi insiti alla duplicazione dell'attività amministrativa: ad oggi, l'AGCM applica – in virtù dell'ampia latitudine della nozione di pregiudizio al commercio tra Stati Membri – prioritariamente la normativa euro-unitaria. Solo per le ipotesi in cui un pregiudizio non sussiste neppure in via potenziale, invece, applica gli artt. 2 e 3 l. 287/90.

5. L'abuso di posizione dominante

Colorati di significato i due fondamentali presupposti applicativi dell'*impresa* e del *mercato rilevante*, la presente analisi può ora focalizzarsi sugli elementi costitutivi della fattispecie *de qua*. A proposito, si è segnalato che la dottrina e la giurisprudenza appaiono generalmente concordi nello scomporre l'impalcatura della fattispecie in “*due elementi fra loro autonomi e logicamente consequenziali*”²³¹: a) la posizione dominante e b) lo sfruttamento abusivo della stessa; limitatamente all'ordinamento sovranazionale, invece, dovrà tenersi altresì in considerazione il pregiudizio al commercio tra gli Stati membri (oggetto di un'apposita Comunicazione della Commissione europea²³², su cui v. *infra*). La posizione dominante integra lo specifico presupposto logico-giuridico del pilastro in commento, considerato che, in sua assenza, non v'è nulla suscettibile di essere sfruttato in maniera abusiva. I paragrafi successivi mirano, dunque, ad approfondire ciascuno dei predetti aspetti, servendosi all'occorrenza dei fondamentali principi espressi dal principale strumento di *soft law* in materia: la Comunicazione della Commissione recante gli “*Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*” (2009/ C 45/02, di seguito anche “*Comunicazione sugli abusi escludenti*”).

²³¹ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 184

²³² Le c.d. “*Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*”, Commissione Europea, 2004/C 101/07

5.1 La posizione dominante e il suo accertamento

Il paragrafo I.1 della Comunicazione sugli abusi escludenti offre spunti imprescindibili per qualsiasi trattazione che miri a precisare natura e confini della nozione di posizione dominante.

La suddetta Comunicazione, in particolare, chiarisce immediatamente una questione centrale nell'economia dell'istituto in oggetto e ciò fa, da un lato, ribadendo che l'art. 102 TFUE “*vieta lo sfruttamento abusivo della posizione dominante [...]*”²³³ e, dall'altro, esplicitando la conseguenza logica di tale assunto per la quale “*non è di per sé illegale che un'impresa sia in posizione dominante*”²³⁴. Tale affermazione, per quanto peculiare, non rappresenta una novità nell'*acquis communautaire* in materia di abuso di posizione dominante: la Commissione si è limitata a replicare l'opportuno svolgimento della lettera della norma già da tempo operato dalla giurisprudenza sovranazionale.

Sempre in via preliminare, è opportuno tenere a mente che la posizione dominante, nell'impalcatura giuridica del diritto della concorrenza, integra contemporaneamente il presupposto fondamentale della fattispecie di abuso – la cui ricorrenza, pertanto, ne condiziona la concreta contestazione – e l'evento che i due restanti pilastri (divieto di intese restrittive della concorrenza e controllo delle concentrazioni) mirano a contrastare. In altri termini, gli artt. 102 TFUE e 3 l. 287/90 postulano il cedimento degli argini normativamente costruiti per contrastare la concentrazione nelle mani di una sola impresa di un potere di mercato a tal punto significativo da risultare, di per sé, idoneo alla distorsione della concorrenza. Se considerato alla luce delle predette considerazioni, il divieto in esame diviene espressione e garante del paradosso che caratterizza la struttura concorrenziale di mercato voluta dal diritto *antitrust*. Detto regime concorrenziale, all'esito dell'attività di positiva conformazione su di esso esercitata dal diritto della concorrenza, consiste *de facto* in una “gara” nell'ambito della quale alle imprese è permesso di competere tra loro, ma non di vincere.

In realtà, potrebbe obiettarsi che la facoltà di vittoria nel confronto competitivo sarebbe assicurata dalla possibilità di detenere, legittimamente, una posizione

²³³ Comunicazione sugli abusi escludenti, par. I.1

²³⁴ Ibid.

dominante, facendo così coincidere quest'ultima con la prima. Il più delle volte, tuttavia, non è la vittoria *ex se* a rappresentare il motore di un'efficace competizione, quanto, piuttosto, il successo che ad essa consegue. Allo stesso modo, non si può attribuire uno specifico valore di mercato alla dominanza in quanto tale, senza realizzare un'operazione fallace negli esiti; ponendosi nella prospettiva economica, infatti, si scorge come i principali vantaggi concorrenziali connaturali alla dominanza discendono unicamente dalla possibilità di adottare strategie che facciano della dominanza una leva competitiva e non già dal mero fatto del suo possesso. Tuttavia, proprio quest'ultima categoria di condotte, semplificando al massimo, è quella che incorrere nel divieto in esame. In un quadro siffatto, in cui "l'uso" della posizione dominante diviene "abuso", è evidente allora che il trionfo concorrenziale assume i connotati di una vittoria mutilata, svuotata del suo nucleo sostanziale e di significato economico.

Chiarito il peculiare ruolo della *posizione dominante* nel quadro del diritto della concorrenza, occorre ora precisare i contorni della relativa nozione e individuare gli strumenti atti ad accertarne la sussistenza in concreto. In primo luogo, a digiuno di definizioni positive²³⁵, è necessario passare al setaccio la giurisprudenza della CGUE. Per individuare la sentenza capostipite in materia, più nello specifico, bisogna volgere lo sguardo al celeberrimo caso *United Brands* del 1978, nella cui sentenza i giudici di Lussemburgo scrivevano che "*la posizione dominante [...] corrisponde ad una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori*"²³⁶.

²³⁵ Se si eccettua quella fornita dalla Comunicazione sugli abusi escludenti al par. III.10; si ricordi, a proposito, che la Comunicazione rappresenta una fonte di *soft law*, pertanto "*non è destinata ad avere valenza giuridica e non pregiudica l'interpretazione dell'articolo 82 [attuale art. 102 TFUE] da parte della Corte di giustizia o del Tribunale di primo grado delle Comunità europee*" (Comunicazione sugli abusi escludenti, par. II.3). In ogni caso, la Commissione non si è resa autrice di una definizione autonoma, essendosi piuttosto limitata a recepire la nozione oggetto di consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia (che viene richiamata dallo stesso par. III.10 nei seguenti termini "*Causa 27/76, United Brands Company e United Brands Continentaal/Commissione, Racc. 1978, pag. 207, punti 65 e 66; causa C-250/92, Gøttrup-Klim e a. Grovvarerforeninger/Dansk Landbrugs Grovvarereselskab, Racc. 1994, pag. I-5641, punto 47; causa T-30/89, Hilti/Commissione, Racc. 1991, pag. II-1439, punto 90*")

²³⁶ CGUE, C-27/76, *United Brands / Commissione*, sent. del 14 febbraio 1978, par. 65

Ulteriori chiarimenti sono stati forniti in seguito, quando, nell'ambito del caso *Hoffmann-La Roche* è stato precisato che “*a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, [la posizione dominante] non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone la ditta che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tener conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio*”²³⁷. Quindi, da tempo oramai, la Corte di Giustizia ha dato corpo al concetto di posizione dominante, individuandone il nucleo nella sussistenza di una posizione di potenza economica tale da rendere l'impresa che la detiene sostanzialmente insensibile agli ordinari vincoli competitivi. L'impresa dominante, insomma, è quella in grado di “*orientare le proprie condotte commerciali in modo genuinamente unilaterale, senza tenere conto dell'eventuale reazione di concorrenti e clienti.*”²³⁸.

Ciò nonostante, il dibattito dottrinario circa l'essenza della dominanza non si è arrestato. A proposito, è stato puntualizzato che, da un lato, la nozione risalente al caso *United Brands* “*rischia di essere tautologica e si dimostra [...] di scarsa utilità pratica allorché si tratti di valutare, in concreto, la sussistenza o meno del requisito in esame*”²³⁹ e, dall'altro, “*si corre il rischio di scambiare l'effetto con la causa e di lasciare sostanzialmente insoluto il problema*”²⁴⁰. Per questi motivi, e per conferire determinatezza a una nozione dai confini altrimenti nebulosi, si è reso necessario filtrare la definizione tradizionale attraverso la lente delle scienze economiche. Ciò spiega l'«*affermarsi, sia a livello eurounitario che nazionale, di una prassi interpretativa che [...] concede ampio spazio alle metodologie quantitative elaborate dalle scienze economiche per misurare il potere di mercato di un'impresa*»²⁴¹. Si tratta, in particolare, del c.d. “*more economic approach*”, promosso dalla Commissione a partire dalla fine degli anni Novanta del secolo

²³⁷ CGUE, C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, sent. del 13 febbraio 1979, parr 38-39; a proposito si v. anche CGUE, C-322/81, *Michelin*, sent. del 9 novembre 1983, par. 48

²³⁸ CATRICALÀ, CAZZATO, FIMMANÒ, (a cura di), *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 341

²³⁹ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 185

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 186

²⁴¹ *Ibid.*

scorso²⁴², che descrive una specifica metodologia di valutazione delle fattispecie *antitrust* in base alla quale “*the assessment of each specific case will not be undertaken on the basis of the form or the intrinsic nature of a particular practice (form-based approach) but rather will be based on the assessment of its anti- and procompetitive effects (effects-based approach)*”²⁴³.

Dunque, utilizzando la lente della dottrina economica, può ritenersi che la possibilità di agire indipendentemente rispetto agli altri attori del mercato (concorrenti, clienti, consumatori) sia espressione del c.d. “potere di mercato”, proprio di “*quelle imprese che sono in grado di incrementare o mantenere un prezzo elevato per un certo periodo di tempo in maniera profittevole (ossia sono price makers), dimostrando così di essere insensibili alla concorrenza delle imprese rivali (che sono invece price takers)*”²⁴⁴. In considerazione di quanto precede, non appare casuale che la sezione III.A della Comunicazione sugli abusi escludenti sia intitolata al “*potere di mercato*” né che in essa si faccia coincidere “*l'esistenza di una posizione dominante*”²⁴⁵ con la detenzione, da parte dell'impresa considerata, “*di un considerevole potere di mercato durante un certo periodo*”²⁴⁶. Ciò posto, tradotta in termini economici la nozione giuridica resa nel caso *United Brands*, può ritenersi dominante la “*impresa in grado di aumentare i prezzi*”²⁴⁷ al di sopra del livello concorrenziale in maniera redditizia per un periodo di tempo significativo”²⁴⁸.

In secondo luogo, occorre chiedersi su quali strumenti le Autorità competenti possano fare affidamento per quantificare il potere di mercato e, in definitiva,

²⁴² VAN DEN BERGH R., GIANNACCARIA A., *L'approccio più economico nel diritto comunitario della concorrenza. Il più è troppo o non (ancora) abbastanza?* in *Mercato Concorrenza Regole, Rivista quadrimestrale* 3/2014, pp. 393-434.

²⁴³ SCHMIDTCHEN D., ALBERT M., VOIGT S., *The More Economic Approach to European Competition Law, Conferences on New Political Economy*, 24, Mohr Siebeck, Tubinga. Il passo potrebbe tradursi come di seguito: “*la valutazione di ciascun caso specifico non avverrà sulla base della forma o della natura intrinseca di una data pratica (approccio formalistico) quanto, piuttosto, sull'apprezzamento dei suoi effetti anticoncorrenziali o pro-concorrenziali (approccio sostanzialistico)*”

²⁴⁴ MANZINI P., *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, cit., p. 173

²⁴⁵ Comunicazione sugli abusi escludenti, par. III.A.10

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ Laddove il riferimento ai prezzi comprende i “*vari modi in cui i parametri della concorrenza — quali prezzi, produzione, innovazione, varietà o qualità di beni o servizi — possono essere influenzati a beneficio dell'impresa dominante e a scapito dei consumatori*” (Comunicazione sugli abusi escludenti, par. III.A.11)

²⁴⁸ Comunicazione sugli abusi escludenti, par. III.A.11

valutare la sussistenza di una posizione dominante. Evidentemente, un'attività siffatta non può prescindere dallo svolgimento, in via preliminare, dell'esercizio di definizione del mercato rilevante. Tale attività, tuttavia, non esaurisce le valutazioni che si richiedono alle Autorità procedenti, le quali sono altresì chiamate a considerare la struttura concorrenziale del mercato, nonché il grado e l'effettività delle pressioni concorrenziali che l'impresa oggetto di indagine fronteggia. Stando alla Comunicazione sugli abusi escludenti, la verifica coinvolge *“una combinazione di vari fattori che, considerati separatamente, non sono necessariamente determinanti”*²⁴⁹: la *“a) posizione di mercato dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti”*²⁵⁰, la *“b) espansione o ingresso sul mercato”*²⁵¹, il *“c) potere contrattuale dell'acquirente”*²⁵².

Sebbene tra i fattori di cui sopra non sussista alcun esplicito rapporto di gerarchia, quello relativo alla posizione di mercato dell'impresa è stato, nel tempo, al centro della considerazione della CGUE: si legge a proposito nella sentenza resa all'esito del caso *Akzo Chemie/Commissione*²⁵³ che *“la Corte ha affermato (sentenza 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche, punto 41 della motivazione, causa 85/76, Racc. pag. 461) che quote molto alte costituiscono di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante”*²⁵⁴ e che *“tale è il caso di una quota di mercato del 50% [...]”*²⁵⁵. Generalmente, le quote di mercato si ricavano a partire dal rapporto tra il fatturato realizzato dall'impresa attenzionata sul mercato rilevante e il valore del mercato stesso (dato dalla somma dei fatturati delle imprese che ivi operano). Tuttavia, possono darsi dei casi peculiari – specie nei nuovi mercati digitali, caratterizzati dall'offerta all'utenza di servizi spesso gratuiti – nell'ambito dei quali il fatturato non integra un dato adeguatamente rappresentativo del potere di mercato di un'impresa: con riferimento alle piattaforme digitali, ad esempio, si assume allora quale riferimento alternativo il numero degli utenti fruitori del servizio.

²⁴⁹ Comunicazione sugli abusi escludenti, par. III.10

²⁵⁰ Ibid., III.A.a)

²⁵¹ Ibid., III.A.b)

²⁵² Ibid., III.A.c)

²⁵³ CGUE, C-62/86, *Akzo Chemie/Commissione*, sent. del 3 luglio 1991

²⁵⁴ Ibid., par. 60

²⁵⁵ Ibid.

Per quanto il dato in commento appaia centrale, la Comunicazione sugli abusi escludenti dichiara che “*la Commissione non giungerà a una conclusione definitiva sull'opportunità di proseguire l'esame di un caso senza analizzare tutti i fattori che possono essere sufficienti a limitare il comportamento dell'impresa*”²⁵⁶.

Ciò nonostante, vengono comunque introdotte diverse indicazioni che – se non possono qualificarsi come vere e proprie presunzioni giuridiche – con esse hanno molto in comune. Anzitutto, si dice che una quota di mercato inferiore al 40% è un “*buon indicatore*”²⁵⁷ dell’assenza di una posizione dominante, benché possano darsi casi eccezionali nei quali, data una struttura concorrenziale particolarmente frammentata, quote di mercato sotto-soglia non sono ostative all’affermazione dell’esistenza di una posizione dominante. Ciò avviene, in particolare, quando l’impresa oggetto di considerazione non fronteggia pressioni competitive a tal punto efficaci da vincolare la sua condotta di mercato (divenendo, di fatto, *price maker*). Al contrario, quote di mercato superiori al 40% sono ritenute un importante indizio preliminare circa l’esistenza di una posizione dominante, specie se stabili nel tempo. A proposito, generalmente si ritiene che “*un orizzonte temporale di cinque anni*”²⁵⁸ integri “*un intervallo sufficientemente attendibile per verificare la sussistenza e la stabilità della dominanza*”²⁵⁹, fermo restando che minime variazioni nella consistenza della quota di mercato – in presenza di altri indicatori di segni contrario – non sono di per sé sufficienti a minare il giudizio circa la sussistenza di una posizione dominante.

I fattori *sub b)* e *c)*, invece, descrivono le forze di mercato in grado di erodere il potere di mercato, fino, in ipotesi, a ribaltare il giudizio in merito alla dominanza dell’impresa considerata.

Da una parte, la Comunicazione sugli abusi escludenti considera le pressioni concorrenziali che imprese già esistenti, ma operanti in diversi segmenti del mercato – così come nuovi operatori – sarebbero in grado di esercitare se decidessero, rispettivamente, di espandersi fino ad operare nel mercato rilevante o di farvi ingresso *ex novo*. Affinché detta forza risulti idonea a controbilanciare il

²⁵⁶ Comunicazione sugli abusi escludenti, III.A.a).15

²⁵⁷ Ibid., III.A.a).14

²⁵⁸ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 195

²⁵⁹ Ibid.

potere di mercato dell'impresa in considerazione, la Commissione richiede che l'ingresso o l'espansione siano probabili, tempestivi e sufficienti²⁶⁰, poiché si ritiene che solo al ricorrere di queste condizioni la stessa potrebbe “*essere dissuasa dall'aumentare i prezzi*”²⁶¹. Tale evenienza potrà considerarsi probabile quando l'espansione o l'ingresso siano “*sufficientemente redditizi*”²⁶², tenuto conto delle condizioni del mercato di riferimento (ad es. esistenza di barriere all'ingresso, ponderazione dei costi e dei rischi conseguenti a un eventuale insuccesso). Il requisito della tempestività potrà, invece, ritenersi integrato quando la concorrenza potenziale sia in grado di farsi effettiva in uno *spatium temporis* a tal punto ristretto da disincentivare l'esercizio del potere di mercato²⁶³ ai danni dei consumatori. Da ultimo, la condizione della sufficienza si considererà soddisfatta quando l'ingresso di nuovi operatori sia previsto in numero tale da “*scoraggiare qualsiasi tentativo di aumentare i prezzi da parte dell'impresa che si presume dominante sul mercato rilevante*”²⁶⁴.

Dall'altra, lo sguardo dell'Autorità dovrà allargarsi sino a ponderare l'ulteriore forza competitiva rappresentata dal potere contrattuale dei clienti, il quale risulta estremamente efficace nel limitare la capacità dell'impresa dominante di comportarsi in maniera “alquanto indipendente” dalla propria clientela. La forza in esame sarà quanto più rilevante tanto più è esteso il novero dei consumatori che beneficiano della “protezione” dal potere di mercato dell'impresa; al contrario, non si terrà in alcuna considerazione quando sia in grado di salvaguardare una platea di clienti significativamente ristretta. Per questi motivi, nella considerazione del fattore *sub c)*, l'Autorità dovrà valutare il numero dei clienti dell'impresa considerata, la dimensione di questi ultimi e la loro importanza commerciale, oltre alla “*loro capacità di passare rapidamente a fornitori concorrenti, di favorire nuovi ingressi sul mercato e di integrarsi a livello verticale, e di minacciare in modo credibile di farlo*”²⁶⁵.

²⁶⁰ Comunicazione sugli abusi escludenti, III.A.b).16

²⁶¹ Ibid.

²⁶² Ibid.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ Comunicazione sugli abusi escludenti, III.A.c).18

5.2 La posizione dominante collettiva

Poste le fondamenta concettuali in materia di posizione dominante e chiarita la natura funzionale della nozione *antitrust* di impresa, è possibile ora addentrarsi per un sentiero impervio, che giunga – negli auspici – a chiarificare una categoria che molto ha dato da dibattere alla giurisprudenza e alla dottrina contemporanea.

La posizione dominante collettiva affonda le proprie radici nella lettera dell'art. 102 TFUE – riprodotta dall'art. 3 l. 287/90 – che vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante “*da parte di una o più imprese*”²⁶⁶.

La questione che ci si accinge ad affrontare origina proprio dalle difficoltà di attribuire al riferimento alle “*più imprese*” un significato coerente con gli arresti fondamentali in materia di soggetto attivo dell'illecito. Sembrerebbe, infatti, che – almeno in origine – l'indicazione di cui si discute fosse deputata ad allargare i confini applicativi della fattispecie fino a ricomprendere “*la situazione in cui venivano a trovarsi più imprese, formalmente indipendenti, ma facenti parte dello stesso gruppo aziendale*”²⁶⁷. Per le ragioni di cui sopra, tale interpretazione non può più trovare asilo nel sistema di diritto della concorrenza, considerato che, nelle dinamiche di gruppo, le società figlie difettano di autonomia decisionale, risultando piuttosto eterodirette dalla capogruppo. Pertanto, l'attenzione delle Autorità competenti in ipotesi siffatte deve rivolgersi verso l'impresa formata dalla seconda assieme alle prime, la quale “*ai fini dell'applicazione della normativa antitrust*”²⁶⁸, rappresenta un “*soggetto unitario il cui potere di mercato può costituire una forma di dominanza individuale*”²⁶⁹.

Al contrario, deve ritenersi che l'art. 102 TFUE, nel discorrere di “*più imprese*” consideri l'ipotesi di “*due o più entità economiche, giuridicamente indipendenti l'una dall'altra, a condizione che, dal punto di vista economico, esse si presentino o agiscano insieme, su un mercato specifico, come un'entità collettiva*”²⁷⁰. Stando alla giurisprudenza sovranazionale, l'apparenza di detto agire collettivo può originare da legami di natura giuridica, ad esempio dalla “*natura e dai termini di*

²⁶⁶ Allo stesso modo, l'art. 3 l. 287/90 vieta l'abuso di una posizione dominante “*da parte di una o più imprese*”

²⁶⁷ CATRICALÀ, CAZZATO, FIMMANÒ, (a cura di), *Diritto Antitrust*, op. cit, p. 347

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ CGUE, C-395/96 P E C-396/96 P, *Compagnie Maritimes Belge*, sent. del 16 marzo 2000, par. 36

*un accordo, dalla maniera della sua applicazione e [...] dai legami o fattori di correlazione tra imprese che ne derivano*²⁷¹, ovvero da *“altri fattori di correlazione”*²⁷², il cui accertamento *“dipenderebbe da una valutazione economica e, in particolare, da una valutazione della struttura del mercato di cui trattasi”*²⁷³. Le ipotesi appartenenti alla prima casistica ricadono, almeno in astratto, anche nell’ambito di applicazione delle intese restrittive della concorrenza. Pertanto, è opportuno richiamare, quale notazione preliminare, l’art. 101 TFUE, che dichiara *“incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all’interno del mercato interno”*.

Evidentemente, sul terreno di riferimento, il rischio di una sovrapposizione tra gli artt. 101 e 102 TFUE si fa significativo, tanto da aver imposto alla CGUE di prendere posizione in merito.

Sembrerebbe, allora, che tra le norme sopra menzionate intercorra un *“rapporto di interferenza”*²⁷⁴ e che quindi sia ben possibile che entrambe vengano applicate alla medesima fattispecie, alternativamente o cumulativamente. Nell’ipotesi di applicazione cumulativa, il pericolo della violazione del *ne bis in idem* sarebbe arginato dall’operatività della c.d. “teoria dell’assorbimento”, in forza della quale – in presenza di una condotta concreta violativa di più d’una norma comminatoria di sanzioni – debbono irrogarsi esclusivamente le ammende relative alla violazione più grave.

Con riferimento alla seconda casistica, apparrebbe possibile ritagliare all’abuso di posizione dominante collettiva uno spazio concettualmente autonomo rispetto a quello spettante alle intese restrittive della concorrenza, benché – neppure in questo caso – possano dirsi radicalmente assenti rischi di ulteriori interferenze tra i due pilastri.

²⁷¹ Ivi, par. 45

²⁷² Ibid.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 200

Gli “*altri fattori di correlazione*” considerati dalla CGUE si distinguono per la loro natura prettamente economica e risultano legati alla particolare struttura dei mercati c.d. oligopolistici²⁷⁵. In questa direzione muove il rilievo storico-eziologico secondo il quale le Autorità europee hanno attratto le dinamiche in considerazione nella fattispecie di abuso di posizione dominante collettiva “*proprio nel momento in cui la politica antitrust europea ha sentito il bisogno di garantire un enforcement più efficace contro gli effetti ristrettivi del parallelismo oligopolistico*”²⁷⁶. Strutturalmente, detti mercati si caratterizzano per il numero ridotto delle imprese che ivi operano con quote di mercato “*elevate e tendenzialmente omogenee*”²⁷⁷ e per l’elevato grado di trasparenza prodotto dal ricorrere di queste circostanze. Ciò vale a catalizzare il processo di spontanea conformazione delle condotte dei pochi, grandi, operatori e, in definitiva, consente in breve tempo il raggiungimento di un equilibrio collusivo, pregiudizievole per i consumatori (ad esempio, poiché determina l’attestarsi del prezzo di equilibrio a un livello sovra-competitivo) anche in assenza di espliciti scambi di informazioni tra gli oligopolisti. In altri termini, il mercato oligopolistico consente alle imprese di tenere comportamenti paralleli, i quali, “*sebbene non previamente concordati e dunque non annoverabili nell’ambito delle intese, denotano in ogni caso un intento collusivo*”²⁷⁸. Quando ciò avvenga, gli operatori si presentano come una “*entità monopolistica compatta*”²⁷⁹, in grado di esercitare il potere di mercato da essi collettivamente detenuto in maniera sostanzialmente indipendente dai propri concorrenti, dai propri clienti e dai consumatori.

La CGUE ha avuto modo di specificare i requisiti e le condizioni al ricorrere delle quali si riterrà verosimilmente esistente una posizione dominante collettiva. In particolare, si richiede che le imprese abbiano “*(i) [...] quote di mercato elevate e molto simili tra loro*”²⁸⁰; che siano “*(ii) [...] in grado di conoscere agevolmente e i prezzi e le altre condizioni praticate dai concorrenti (monitoraggio)*”²⁸¹; che siano

²⁷⁵ Ivi

²⁷⁶ CATRICALÀ, CAZZATO, FIMMANÒ, (a cura di), *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 348

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 199

²⁷⁹ LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell’unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 294

²⁸⁰ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 201

²⁸¹ Ibid.

“(iii) incentivate a coordinarsi stabilmente anche per la presenza di meccanismi sanzionatori in grado di colpire le imprese che non si adeguano (deterrence)”²⁸²; infine, che manchino “(iv) [...] idonei strumenti di reazione da parte dei clienti e dei concorrenti, i quali non possono dunque sottrarsi, almeno nel breve periodo, al meccanismo abusivo così realizzato per mancanza di alternative credibili”²⁸³.

Si ha avuto modo di precisare che anche con riferimento a questa seconda casistica, non possono escludersi rischi di interferenza con la fattispecie delle intese restrittive della concorrenza, *sub specie* delle pratiche concordate.

Per ciò che in questa sede rileva, “la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all’attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un’espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza [...]”²⁸⁴. L’ampia categoria delle intese rappresenta il più strenuo baluardo del principio cardine in materia di concorrenza, in virtù del quale ogni impresa “deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato”²⁸⁵. Le deviazioni rispetto alla strada normativamente tracciata possono assumere diverse forme, riconducibili alle varie tipologie ascrivibili alla - pur unitaria - nozione di intesa: accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate. Può fin d’ora evidenziarsi che le imprese indipendenti che prendono parte alle c.d. pratiche concordate non giungono fino alla determinazione di un vero e proprio assetto regolamentare (tacito o espresso), il quale caratterizza, invece, gli accordi; piuttosto, esse intessono relazioni qualificate, volte allo scambio di informazioni commercialmente sensibili, sì da sostituire i benefici della cooperazione “ai rischi della concorrenza”. Per queste ragioni “devono [...] ritenersi vietati i contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato”²⁸⁶.

L’effetto anzi descritto è, senza dubbio, sovrapponibile a quello discendente dalla dinamica degli abusi di posizione dominante collettiva. Da qui, i rischi di potenziale

²⁸² Ivi

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. n. 5885/2020

²⁸⁵ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 201

²⁸⁶ Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. n. 5885/2020

sconfinamento dell'un ambito applicativo nell'altro. Sul piano astratto e concettuale, ciò che distingue le pratiche concordate è l'esistenza di contatti tra le imprese, caratterizzati dallo scambio positivo di informazioni sensibili per la struttura concorrenziale del mercato. Ciò si traduce, in concreto, nell'arricchimento dell'onere probatorio gravante sull'Autorità procedente, la quale è tenuta altresì a dimostrare l'esistenza di detti contatti e la sensibilità delle informazioni scambiate; si tratta, evidentemente, di prove che non risultano necessarie ai fini della contestazione di un abuso di posizione dominante collettiva, la cui fattispecie ne presuppone la radicale inesistenza. Pertanto, non può escludersi che le Autorità competenti possano beneficiare della zona di intersezione tra i due istituti, contestando un abuso di posizione dominante collettiva – ricorrendone, chiaramente, gli ulteriori elementi costitutivi – in luogo di un'intesa, sotto la forma delle pratiche concordate, mancante o essendo impossibile fornire la prova dell'esistenza di contatti tra le imprese presuntivamente autrici della condotta contestata.

5.3 La speciale responsabilità

Il mero fatto del conseguimento o della detenzione di una posizione dominante – oramai si ha avuto modo di sottolinearlo a più riprese – non è oggetto di divieto alcuno da parte del diritto della concorrenza. Ciò non equivale a dire, tuttavia, che il raggiungimento di una posizione dominante su un dato mercato, da parte di un'impresa ivi operante, sia radicalmente priva di conseguenze giuridiche. Al contrario, quale effetto, si verifica la costituzione in capo all'impresa dominante della “*responsabilità speciale di non permettere che il suo comportamento ostacoli una concorrenza realmente priva di distorsioni nel mercato comune*”²⁸⁷.

Tale condizione, sinteticamente indicata con l'espressione “*speciale responsabilità*”, avrebbe la consistenza di una situazione giuridica soggettiva passiva e, più nello specifico, di un *dovere* propriamente inteso, di rilevanza costituzionale²⁸⁸.

²⁸⁷ Comunicazione sugli abusi escludenti, par I.1

²⁸⁸ BENVENUTI M., BIFULCO R. (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale, I diritti e i doveri costituzionali, Volume III*, 2022, G. Giappichelli, Torino, p. 402

In assenza di un'esplicita base positiva, il fondamento della speciale responsabilità può rinvenirsi nell'orientamento giurisprudenziale inaugurato a partire dalla sentenza resa all'esito del caso *Michelin P*²⁸⁹, nella quale si legge che “*la constatazione dell'esistenza della posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell'impresa interessata, ma significa solo che questa [...] è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune*”²⁹⁰.

La speciale responsabilità investe l'impresa dominante del compito di preservare – mediante contegni negativi – e di salvaguardare – tramite condotte attive – la struttura concorrenziale di mercato, già di per sé affievolita dall'esistenza di una posizione di dominio; quale sua conseguenza, da un lato, all'impresa si impedisce di “*adottare comportamenti generalmente consentiti in un regime di libero mercato*”²⁹¹ e, dall'altro, le si impongono “*scelte atte a favorire lo sviluppo di una concorrenza che non c'è più o che, in alcuni casi, non c'è mai stata*”²⁹² (ad es. nei mercati oggetto di liberalizzazione, dominati da un *incumbent*, precedente monopolista legale).

La precisazione dell'esatto contenuto delle prestazioni imposte all'impresa dominante suscita, con tutta evidenza, interrogativi profondamente intersecati con le problematiche relative alla definizione della nozione di abuso. Infatti, è proprio in virtù dell'obbligo di non compromettere lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune che talune condotte – lecite, quando poste in essere da un'impresa non dominante – assumono la qualificazione di *sfruttamenti abusivi*. In altri termini, chiarire quali comportamenti siano imposti o vietati all'impresa dominante in virtù della speciale responsabilità che su di essa grava significa anche definire al ricorrere di quali condizioni l'omissione dei primi o la realizzazione dei secondi sia qualificabile come abuso. Ragioni di razionalità espositiva impongono, dunque, di rinviare l'esame di questo aspetto al paragrafo successivo.

²⁸⁹ CGUE, C-322/81, *Michelin*, sent. del 9 novembre 1983

²⁹⁰ *Ibid.*, par. 57

²⁹¹ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 182

²⁹² *Ibid.*

6. Sulla nozione di sfruttamento abusivo della posizione dominante

Ci si può ora soffermare sull'essenza della presente trattazione, sull'oggetto del divieto posto dalla fattispecie in commento, del quale, in questa sede, si tenterà di ricostruire i connotati essenziali.

Al pari degli altri elementi costitutivi dell'illecito, neppure la nozione di sfruttamento abusivo (o di abuso, se si considera la terminologia impiegata dal legislatore nazionale) della posizione dominante è destinataria di alcuna specifica qualificazione normativa. D'altro canto, né l'ordinamento italiano né quello sovranazionale *“forniscono elementi per distinguere [...]”*²⁹³ l'abuso *“dall'uso legittimo del potere di mercato acquisito dall'impresa dominante”*²⁹⁴. Per queste ragioni, ai fini di una migliore definizione bisognerà attingere pressoché integralmente alla giurisprudenza sovranazionale e alla – oramai più volte richiamata – Comunicazione sugli abusi escludenti. Il presente paragrafo si propone di ripercorrere gli orientamenti maggiormente consolidati, sì da restituire l'immagine che da tempo spetta agli abusi; si analizzeranno, invece, nel capitolo successivo i principi dalla portata innovativa emersi dalla soluzione fornita dalla CGUE al caso oggetto di questa trattazione.

L'analisi non può che muovere dal catalogo di contegni previsto, negli stessi termini, dagli artt. 102 TFUE e 3 l. 287/90 (su cui si v. cap. II., §1), il quale enumera una serie di fattispecie che integrano la nozione di abuso, se risultano produttive degli effetti restrittivi della concorrenza di cui si darà conto *infra*. L'elencazione ha pacificamente natura esemplificativa. In questa direzione muove, da un lato, la formulazione letterale delle suddette norme²⁹⁵ e, dall'altro, un incontrastato orientamento dottrinario²⁹⁶ e giurisprudenziale; nella specie, la CGUE ha avuto più volte modo di ribadire che *“l'elenco delle pratiche abusive che compare all'art. 82, secondo comma, CE [attuale art. 102 co. 2 TFUE] non è tassativo, di modo che le pratiche che vi sono menzionate costituiscono soltanto esempi di abuso di posizione*

²⁹³ Ivi

²⁹⁴ Ibid.

²⁹⁵ In particolare, l'art. 3 l. 287/90 introduce il catalogo mediante la locuzione *“ed inoltre è vietato [...]”*, l'art. 102 TFUE dichiarando che *“tali pratiche abusive possono consistere in particolare [...]”*

²⁹⁶ Si veda, *ex multis*, MANZINI P., Diritto antitrust dell'Unione Europea, op. cit.

*dominante*²⁹⁷. In sintesi, l'ambito di applicazione dell'illecito, al quale può attribuirsi natura atipica, si estende a tutte le pratiche che incontrano gli elementi costitutivi dell'abuso, pur se diverse da quelle espressamente previste.

Sotto altro angolo visuale, non v'è facilità nel qualificare le condotte elencate alla stregua di "tipi" normativi, poiché – come si accennava poc'anzi – la valutazione fattuale prodromica alla contestazione di un abuso di posizione dominante non può prescindere, in nessun caso, dalla valutazione degli effetti che la condotta presuntivamente abusiva ha prodotto sul mercato rilevante²⁹⁸. Dunque, ai fini dell'accertamento dell'illecito, non è sufficiente la sussunzione della condotta attenzionata in una delle fattispecie normativamente descritte, almeno quando la medesima non risulti altresì foriera di una potenzialità restrittiva della concorrenza sul mercato rilevante, la quale integra il presupposto e la ragion d'essere del divieto²⁹⁹.

Convenzionalmente, la nozione di abuso si scompone³⁰⁰ nei cc.dd. "*abusi di sfruttamento*"³⁰¹ e nei cc.dd. "*comportamenti di esclusione*"³⁰² (o abusi escludenti). Rientrano nella prima sottocategoria i conegni che mirano "*a uno sfruttamento diretto dei consumatori, quale ad esempio l'applicazione di prezzi eccessivamente elevati [...]*"³⁰³. Evidentemente, si tratta di condotte possibili esclusivamente per le imprese che versino in posizione dominante. Da un punto di vista economico, infatti, il fisiologico svolgimento della concorrenza renderebbe l'innalzamento dei prezzi al di sopra del livello concorrenziale pregiudizievole per l'impresa non dominante che perseguisse una simile strategia: semplificando al massimo, la reazione più verosimile dei concorrenti consisterebbe nel mantenere inalterati i prezzi così da appropriarsi della domanda dell'impresa di riferimento. Ciò cessa di essere vero quando l'impresa sia dotata di un potere mercato talmente significativo da fondare una posizione dominante e da renderla sostanzialmente insensibile alle

²⁹⁷ CGUE, C-95/04 P, *British Airways*, sent. del 15 marzo 2007, par. 57, ma si consideri anche CGUE, C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, sent. del 17 febbraio 2011, par. 26

²⁹⁸ In questo senso, CGUE, C-457/10 P, *AstraZeneca*, sent. del 6 dicembre 2012, par. 106

²⁹⁹ Si v. in tal senso RANTOS A., Conclusioni dell'Avvocato Generale del 9 dicembre 2021, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, par. 54

³⁰⁰ Su questo distinguo si basa la, più volte citata, Comunicazione sugli abusi escludenti

³⁰¹ Comunicazione sugli abusi escludenti., par. II.7

³⁰² Ibid., par. II.5

³⁰³ Ibid., par. II.7

pressioni concorrenziali dei suoi *competitors*. Così facendo, la stessa è posta in grado di realizzare “*profitti sovracompetitivi, sfruttando il proprio potere di mercato nei confronti dei propri clienti*”³⁰⁴. Rispetto a quella relativa agli abusi escludenti, la casistica giurisprudenziale in materia risulta piuttosto esigua³⁰⁵. Infatti, è raro che le Autorità competenti si determinino a contestare una *exploitative conduct* – ciò generalmente avviene solo in relazione alle condotte più evidentemente abusive – poiché “*risulta difficile [...] distinguere quando una pratica sia abusiva ovvero rientri nella lecita strategia commerciale dell’impresa che, seppur in posizione dominante, ha il diritto di conseguire utili dalla propria attività, fronteggiando la concorrenza di altri operatori*”³⁰⁶. Tale difficoltà appare quanto più evidente quando si consideri che la fattispecie principe della categoria in oggetto, quella di cui all’art. 102 co. 2 lett. a)³⁰⁷, si impernia su un criterio, quello della “*non equità*”, di difficile contestualizzazione in assenza di uno *standard* di equità positivamente individuato, sì da renderlo certo e univoco.

In presenza di una casistica nutrita, potrebbe apparire più agevole la definizione dell’ambito degli abusi escludenti. Tanto può essere condiviso, ma con le opportune riserve, dovute alle incertezze, di carattere applicativo e concettuale, derivanti dalla nozione, dai confini sfumati, di *competition on the merits* (che formerà oggetto di analisi nel terzo capitolo).

La categoria in esame accoglie i contegni volti “*all’esclusione dei concorrenti dal mercato*”³⁰⁸, le “*strategie dirette a ostacolare le attività dei concorrenti [...]*”³⁰⁹. Lo stretto legame qualificatorio esistente tra le condotte e i loro effetti può scorgersi fin da tali primissime definizioni, tanto da suggerire di precisare, mediante le considerazioni che seguiranno, la consistenza degli effetti escludenti e a chiarirne il rilievo ai fini del perfezionamento della fattispecie.

³⁰⁴ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 203

³⁰⁵ In tal senso, si v. GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit.

³⁰⁶ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 203

³⁰⁷ Il quale sanziona le condotte consistenti “*nell’imporre direttamente od indirettamente prezzi d’acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque*”

³⁰⁸ *Ibid.*, par. II.5

³⁰⁹ GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 203

La trattazione del primo degli aspetti menzionati impone di considerare, propedeuticamente, ma in maniera sommaria (rinviano per un'analisi più compiuta al capitolo successivo), il ruolo da tempo pacificamente attribuito al diritto *antitrust* dalla giurisprudenza sovranazionale. In merito, attenta dottrina ha evidenziato che, conformemente a quanto “[...] *sottolineato in più occasioni dalla giurisprudenza, la normativa in esame non è diretta a offrire una tutela diretta dei concorrenti, quanto piuttosto a salvaguardare il corretto funzionamento del mercato (“la struttura concorrenziale del mercato”)*”³¹⁰. La repressione delle condotte escludenti risulta, dunque, finalizzata alla salvaguardia della struttura concorrenziale del mercato, valore *latu sensu* oggettivo, piuttosto che alla tutela delle rivendicazioni individuali dei concorrenti dell'impresa dominante, che integrano beni giuridici di carattere soggettivo.

L'opportunità di salvaguardare la struttura concorrenziale di mercato si spiega in ragione degli ingenti benefici che, secondo la lente delle consolidate dottrine economiche, i consumatori traggono da un efficace funzionamento della concorrenza. Detti benefici rappresentano la naturale conseguenza della spinta alla costante innovazione e agli incrementi di efficienza che investe le imprese le quali, destinatarie delle pressioni concorrenziali, intendano primeggiare nel confronto concorrenziale. Quelle che, invece, non fossero in grado di competere efficacemente concorrenziale, poiché forniscono “*un'offerta nel complesso meno efficiente, in termini di prezzo, varietà e innovazione, di quella proposta dall'impresa in posizione dominante*”³¹¹, sono fisiologicamente destinate alla sparizione dal mercato.

Pertanto, può riconoscersi carattere abusivo esclusivamente al comportamento che sia “[...] *idoneo a precludere l'accesso al mercato a concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante [...]*”³¹². Questi ultimi, infatti, in assenza delle alterazioni prodotte in maniera artificiale e patologica dall'abuso sarebbero rimasti sul mercato o sarebbero stati in grado di competere a parità di armi. Di conseguenza, solo nell'ipotesi anzi descritta ricorre un pregiudizio al bene

³¹⁰ Ivi

³¹¹ Ibid.

³¹² CGUE, C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, sent. del 17 febbraio 2011, par. 64

giuridico oggetto di tutela del diritto *antitrust*, solo in questo caso risulta danneggiata la struttura concorrenziale di mercato.

In secondo luogo, ai fini della configurazione dell'abuso, è sufficiente che la condotta considerata rechi una mera potenzialità anticoncorrenziale, risultando idonea a produrre gli effetti anzi descritti. Ciò indipendentemente dal fatto che gli stessi si siano successivamente verificati o meno. In altri termini, *“per accertare l'abusività di siffatta pratica, il suo effetto anticoncorrenziale sul mercato deve sussistere, ma non deve essere necessariamente concreto, in quanto è sufficiente la dimostrazione di un effetto anticoncorrenziale potenziale idoneo a precludere l'accesso al mercato a concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante”*³¹³.

Sotto altro angolo visuale, la nozione generale di abuso si distingue per la sua natura oggettiva e autonoma rispetto agli altri rami dell'ordinamento.

Da una parte, infatti, *“al fine della caratterizzazione di una pratica come abusiva, non è necessario dimostrare l'intento dell'impresa dominante di restringere la concorrenza”*³¹⁴. All'intento restrittivo della concorrenza potrà riconoscersi, al più, valore indiziario, rappresentando lo stesso un elemento che, *ex multis*, può concorrere a dimostrare l'abusività di una pratica.

Dall'altra, e infine, il giudizio circa la natura anticoncorrenziale della condotta attenzionata non è influenzato dalla liceità della stessa in relazione ad altri settori dell'ordinamento diversi dal diritto della concorrenza. Si legge a proposito nel Bollettino 2019 dell'AGCM, particolarmente utile in quanto richiama gli orientamenti della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, che: *“il giudice amministrativo ha ribadito il principio secondo cui «il carattere abusivo di un comportamento alla luce dell'art. 102 TFUE non ha relazione con la sua conformità ad altre normative, giacché gli abusi di posizione dominante consistono, per lo più, proprio in comportamenti leciti alla luce di altri settori dell'ordinamento, diversi dal diritto della concorrenza» (Corte di giustizia CE, 6*

³¹³ Ivi

³¹⁴ MANZINI P., *Diritto Antitrust dell'Unione Europea*, op. cit., p. 190 nello stesso senso si v. CGUE, C-549/10, *Tomra Systems e a./Commissione*, sent. del 19 aprile 2012, par. 21

*dicembre 2012, C-457/10, AstraZeneca, Consiglio di Stato, VI, 15 maggio 2015, n. 2479 e 12 febbraio 2014, n. 693)*³¹⁵.

³¹⁵ AGCM, Bollettino annuale, 2019, par. 4.1

CAPITOLO III – LA CONCORRENZA BASATA SUI MERITI E IL CONSUMER WELFARE

1. Introduzione al terzo capitolo – SEZIONE I – IL BENESSERE DEL CONSUMATORE - 2. Nozioni preliminari – 3. I complessi rapporti tra diritto ed economia – 4. Cenni storici: l’esperienza statunitense – 4.1 Cenni storici: l’esperienza europea – 5. “*Ma a che serve l’antitrust?*” – 6. Il benessere dei consumatori nel caso Servizio Elettrico Nazionale – 7. La nozione economica di *consumer welfare* – SEZIONE II – LA CONCORRENZA BASATA SUI MERITI - 8. Una premessa - 9. La concorrenza basata sui meriti nel caso *Servizio Elettrico Nazionale* - 10. L’abusività delle condotte tra (ii) idoneità escludente e (iii) *quid pluris* di anti-giuridicità - 11. La concorrenza fondata sui meriti - SEZIONE III – Conclusioni - 12. Il fascino senza tempo del *form-based approach* - 13. La terza via - 14. L’ordoliberalismo - 15. “Nuove” soluzioni per “vecchi” problemi: l’ordoliberalismo

1. Introduzione al terzo capitolo

Il primo capitolo della presente trattazione è stato dedicato alla ricostruzione dei fatti da cui ha tratto origine la causa C-377/20 (“*Servizio Elettrico Nazionale*”) e delle ragioni che hanno portato il Consiglio di Stato a invocare l’intervento della Corte di Giustizia dell’UE in sede di rinvio pregiudiziale. Nel secondo capitolo si è tentato, invece, di tratteggiare i connotati fondamentali dell’istituto oggetto di applicazione nella controversia in esame: l’abuso di posizione dominante.

Il presente capitolo, terzo e ultimo, si soffermerà sull’impatto prodotto dalla sentenza in commento sull’*acquis communautaire* relativo all’art. 102 TFUE.

Una premessa appare doverosa: le questioni pregiudiziali formulate dal Consiglio di Stato si sono distinte per la loro peculiare ampiezza, tale da aver portato le parti del giudizio principale a contestarne vigorosamente la ricevibilità. Evidentemente, la CGUE ha disatteso tali censure, ma le argomentazioni a ciò funzionali hanno occupato ben 11 paragrafi³¹⁶! Tanto vale a testimoniare fino a che punto la latitudine dei quesiti sopra menzionati abbia rappresentato un elemento di specialità rispetto all’esperienza della giurisprudenza euro-unitaria. Tuttavia, anche grazie a tale peculiare dimensione, i giudici di Lussemburgo hanno avuto l’opportunità di fare

³¹⁶ Cfr. CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, cit., parr. 28-39

chiarezza sui profili che verranno di seguito approfonditi, tanto rilevanti nell'economia della fattispecie *de qua*, quanto nebulosi nei loro contorni. Più nello specifico, la causa ha rivestito un “*interesse particolare*”³¹⁷ - tributatale dall'Avvocato Generale (di seguito anche “A.G.”) Athanasios Rantos nelle sue Conclusioni (d'ora in avanti anche “le Conclusioni”) – poiché ha offerto alla Corte l'occasione di “*cristallizzare la sua recente giurisprudenza scaturita dalle sentenze TeliaSonera, Post Danmark I e II, Intel, Generics (UK) e Deutsche Telekom IP*”³¹⁸ e, più nello specifico, “*di precisare se [...] il criterio del «concorrente altrettanto efficiente», [possa] essere applicat[o] nell'ambito di comportamenti escludenti non tariffari [...]*”³¹⁹. Allo stesso tempo, la Corte è stata altresì chiamata a misurarsi con la nozione, innovativa e dagli incerti contorni, di concorrenza basata sui meriti. Prendendo spunto dai fatti di causa e, largamente, dalle considerazioni magistralmente sviluppate dall'A.G. Rantos, il presente capitolo si propone, dunque, di indagare l'*acquis communautaire* con riferimento a tali, scottanti, tematiche. Più nello specifico, all'interno della prima sezione, intitolata al “benessere del consumatore”, si considererà più da vicino il profilo relativo agli obiettivi di fondo del diritto della concorrenza. La sezione II (“la concorrenza basata sui meriti”) tenterà di indagare lo stato dell'arte rispetto alla sfuggente nozione di concorrenza basata sui meriti e al criterio del *concorrente altrettanto efficiente*, che alla stessa appare inestricabilmente legato.

³¹⁷ RANTOS, Conclusioni dell'Avvocato Generale del 9 dicembre 2021, C-377/20, cit., par. 4

³¹⁸ Ibid., par. 6

³¹⁹ Ibid.

2. Nozioni preliminari

Nell'analizzare le statuizioni più rilevanti della sentenza in commento non si può che muovere, anche per ragioni di carattere sistematico, dagli arresti relativi agli obiettivi fondamentali della *competition policy* europea. I termini della questione, così come le sue ricadute applicative, risulteranno più chiari alla luce delle considerazioni che verranno svolte nel prosieguo; allo stato, tuttavia, possono trovare sintesi nel seguente interrogativo, dalla portata provocatoriamente ampia: “*ma a che serve l'antitrust?*”³²⁰.

Per rispondere, è necessario procedere alla disarticolazione del fenomeno giuridico del diritto della concorrenza, finora presentato in termini unitari, nei diversi livelli scientifici che concorrono a comporne il quadro.

Del resto, laddove si facesse ricorso in via esclusiva agli strumenti predisposti dalla scienza di giuridica, non sarebbe neppure possibile precisare in termini univoci la consistenza dell'oggetto immediato di regolazione del diritto *antitrust*. In altri termini, assumendo che il fenomeno disciplinato dal diritto della concorrenza sia la concorrenza stessa, si rimarrebbe inevitabilmente delusi allorquando della stessa si ricercasse una definizione giuridica - tanto nell'ordinamento nazionale, quanto in quello euro-unitario - ovvero alla stessa si tentasse di risalire mediante l'impiego degli ordinari canoni interpretativi. È bene precisare, tuttavia, che, con ciò, non si intende negare che il fenomeno concorrenziale rientri nell'area del *giuridicamente rilevante*, né tantomeno che la nozione di “*concorrenza*” compaia nelle fonti di diritto positivo dei sistemi giuridici sopra menzionati; entrambi gli ordinamenti, tuttavia, difettano di una norma definitoria volta a chiarire il significato del concetto di “*concorrenza*”.

La nozione è figlia della scienza economica e, dunque, alla stessa occorre guardare, in un'ottica di definizione *per relationem*, con le precisazioni che verranno svolte *infra*.

³²⁰ OSTI C. *Ma a che serve l'antitrust?*, 2015, Il Foro Italiano, 138(2), 113/114-121/122, disponibile presso <http://www.jstor.org/stable/44883987>.

La stessa viene ivi descritta quale “*processo dinamico*”³²¹ consistente nell’“*endeavouring to gain what another endeavours to gain at the same time*”³²² (“*l’atto di sforzarsi di ottenere ciò che un altro si sforza di guadagnare allo stesso tempo*”). Insomma, si tratta di una competizione nella quale sono coinvolte le imprese in veste di attori e i consumatori (*rectius*: la domanda di beni e servizi che essi esprimono) quale oggetto della contesa. L’insieme delle condotte attuate dalle prime per trionfare nel confronto e, in definitiva, essere preferite dai secondi, dà vita alle dinamiche competitive, oggetto di regolazione del diritto *antitrust*. Per queste ragioni, il primo elemento della scomposizione cui si accennava in apertura non può che coincidere con la scienza economica, dalla quale proviene la nozione stessa di concorrenza e la descrizione dei relativi meccanismi.

Tanto non basta, tuttavia, a chiarire perché la competizione tra imprese abbia richiesto una disciplina a tal punto specifica da aver stimolato la creazione di un’intera branca dell’ordinamento. Per fare luce su questo aspetto, può prendersi in prestito la sintetica descrizione fornita, nel proprio sito ufficiale, dalla Direzione Generale Concorrenza della Commissione Europea, che sottolinea come “*competition encourages companies to offer consumers goods and services on the most favourable terms. It encourages efficiency and innovation and reduces prices*”³²³ (“*la concorrenza incoraggia le aziende a offrire ai consumatori beni e servizi alle condizioni più favorevoli. Incoraggia l’efficienza e l’innovazione e riduce i prezzi*”). Ciò rappresenta l’esito, ad oggi universalmente condiviso, dell’elaborazione della dottrina economica. È attraverso la sua lente se al fenomeno concorrenziale, di per sé neutro, è stato progressivamente riconosciuto un ruolo decisivo nel potenziamento del benessere della collettività.

Allo stesso modo, è opinione comune che solo una concorrenza effettiva sia in grado di assolvere a questo delicato compito, tale potendosi definire quella nell’ambito della quale “*companies [to] act independently of each other, but subject to the pressure exerted by their competitors*”³²⁴ (“*le imprese agiscono*

³²¹ Mia traduzione tratta da HAYEK, *Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, 1948, p. 362

³²² JOHNSON cit. in HAYEK, *The Meaning of Competition*, cit., p. 364

³²³ DIREZIONE GENERALE CONCORRENZA DELLA COMMISSIONE EUROPEA, *Antitrust*, presso https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust_it consultato in data 15/09/2023

³²⁴ Ibid.

indipendentemente le une dalle altre, risultando piuttosto soggette alle pressioni esercitate dai loro concorrenti”).

Qui entra in gioco il diritto *antitrust*. Le sue norme, infatti, sono preordinate ad assicurare l’esistenza delle condizioni a ciò funzionali garantendo, insomma, che la concorrenza sia in grado di assolvere al suo ruolo di “*strumento fondamentale atto a migliorare l’efficienza ed il benessere economico di un paese*”³²⁵.

Il quadro così delineato non può dirsi completo. Nonostante, infatti, la (quasi) totalità delle dottrine economiche concordi sul ruolo benefico della concorrenza e – almeno per la maggior parte di esse – sulla necessità di un intervento pubblico a carattere regolatorio, non v’è uniformità di vedute circa i concreti obiettivi cui detta regolazione dovrebbe tendere.

La tematica è ampiamente dibattuta dalla dottrina delle cc.dd. “*teorie economiche della concorrenza*”³²⁶, branca specialistica dell’economia che analizza gli obiettivi (benessere totale o benessere dei consumatori; efficienza statica, allocativa o dinamica) possibilmente perseguibili dal diritto della concorrenza e spiega quali di essi, e perché, dovrebbero essere in concreto massimizzati. Ad ogni modo, è di tutta evidenza che l’eventuale accoglimento sul piano del diritto positivo delle istanze promosse dagli economisti deve passare necessariamente attraverso il sigillo legislativo.

In altri termini, l’attribuzione di questo o quell’obiettivo alle norme di diritto *antitrust* è compito dei *lawmakers* nazionali e sovranazionali, che operano la relativa opzione al livello della politica della concorrenza (o c.d. “*competition policy*”), nel cui ambito vengono selezionati i beni giuridici da massimizzare tramite l’*enforcement* della legislazione pro-concorrenziale.

Ciò non toglie che, nel tempo, le opzioni normative siano state profondamente influenzate dalle dottrine economiche della concorrenza, anche solo in via indiretta. Del resto, non avrebbe potuto essere altrimenti se solo si considera che è proprio l’elaborazione economica che concorre a definire i contorni dell’oggetto della regolazione, individuandone e descrivendone gli elementi costitutivi e, in

³²⁵ CATRICALÀ A., CAZZATO C. E., FIMMANÒ F., a cura di, *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 31

³²⁶ *Ibid.*, p. 30

definitiva, trasformando il suo *background* concettuale in esegesi scientifica pronta all'uso (o, nel caso di specie, a divenire oggetto di regole).

Ciò posto, è ora possibile considerare più da vicino i termini e la complessità della questione posta in apertura. Per apprezzare compiutamente la portata della risposta ad essa fornita dalla Corte di Giustizia dell'UE, tuttavia, è necessario spendere ancora qualche breve riflessione sulla matrice storico-economica dell'attuale assetto normativo *antitrust* euro-unitario.

3. I complessi rapporti tra diritto ed economia

La natura ambivalente, divisa tra il diritto e l'economia, del fenomeno giuridico *antitrust* impone di svolgere qualche ulteriore considerazione.

A partire dagli anni '60, si sono diffuse a macchia d'olio, nella cultura *antitrust* internazionale, le elaborazioni dottrinarie della c.d. “*Scuola di Chicago*”, che ha portato al centro del dibattito l'analisi economica del diritto della concorrenza. Nonostante, ad oggi, si tratti degli insegnamenti dei *Chicaogan* (termine che indica la dottrina che si rifà alla Scuola) in termini unitari, gli stessi non hanno tratto origine da una “*full-blown philosophy of antitrust*”³²⁷ (“vera e propria filosofia dell'antitrust”), quanto, piuttosto, sono risultati il frutto “*of pondering specific questions raised by antitrust case, and only in retrospect did it become clear that they constituted the basis of general theory of the proper scope of antitrust policy*”³²⁸ (“della riflessione su questioni specifiche sorte da casi di diritto della concorrenza, e solo retrospettivamente è apparso chiaro che le stesse rappresentavano le basi di una teoria generale dello scopo proprio della politica *antitrust*”). Detta teoria generale si fonda essenzialmente su due elementi fondamentali: “*primo, l'interpretazione delle norme antitrust va effettuata attraverso le lenti dell'analisi economica e, secondo (ed in conseguenza), l'unico scopo di tale diritto consiste nel perseguimento dell'efficienza economica del mercato, efficienza funzionale alla massimizzazione del benessere aggregato della società (o anche 'total welfare')*”³²⁹.

³²⁷ POSNER R. A., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 1979, University of Pennsylvania Law Review, 127(4), 925–948. <https://doi.org/10.2307/3311787>, p. 926

³²⁸ Ibid.

³²⁹ MANZINI P., *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, op. cit., p. 2

Un siffatto approccio muoveva da una sostanziale sfiducia nei confronti delle autorità amministrative e dei tribunali, ritenuti “*organi decisionali imperfetti*”³³⁰ e da una generale fiducia nella capacità di autoregolazione dei mercati, che avrebbe dovuto condurre a un’applicazione meno intensa del diritto della concorrenza. Esso ha prodotto un rilevante grado di “*ortodossia economica*”³³¹, che ha progressivamente contaminato l’approccio al diritto *antitrust*. Nonostante l’esperienza della Scuola di Chicago non sia rimasta isolata sul panorama dottrinario statunitense (celeberrima è stata, ad esempio, anche la scuola di Harvard), essa è quella che, più di tutte, ha influenzato le modalità di *enforcement* del diritto della concorrenza.

Ciò che prima mancava, tuttavia, ha finito, col tempo, per divenire preponderante. In altri termini, l’analisi economica *antitrust*, sorta in risposta a un’applicazione incerta del diritto della concorrenza e alla, conseguente, difficile prevedibilità dei suoi esiti, ne ha infine oscurato l’anima giuridica. Ciò è vero a tal punto che in dottrina si è sentito il bisogno di specificare che il diritto della concorrenza, al pari di “*ogni altra branca del diritto, non può tollerare questa eterogenesi dei fini*”³³². Si tratta, insomma, pur sempre di diritto; è, dunque, ai consueti meccanismi giuridici che bisogna fare riferimento per rispondere alla domanda posta in apertura circa le finalità ultime del diritto *antitrust*. La dottrina economica può essere invocata, in via sussidiaria, per chiarire la portata e il significato di concetti che da quella scienza provengono, ma le sue conclusioni dovrebbero rimanere concettualmente autonome.

Per queste ragioni, al fine di fornire una soluzione alla domanda posta in apertura, l’analisi proseguirà tentando, in via principale, di ricostruire la *voluntas legis* storicamente intesa, mediante l’analisi comparativa delle contingenze che hanno dato i natali al diritto *antitrust* negli Stati Uniti d’America e nel contesto Europeo. Successivamente, si approfondirà la portata letterale delle norme di principio in materia di concorrenza e la sua evoluzione, si prenderanno in considerazione gli approcci applicativi seguiti nel tempo dalla Corte di Giustizia e le sue più recenti

³³⁰ Ivi

³³¹ HOVENKAMP E., *Un esame dell’antitrust del dopo Chicago*, 2001, in *Mercato Concorrenza Regole*, Rivista quadrimestrale”, 1/2001, p. 20, doi: 10.1434/114

³³² MANZINI P., *Diritto antitrust dell’Unione Europea*, op. cit., p. 2

affermazioni in materia. Infine, si rispolvererà una “vecchia” soluzione, in grado di fornire risposte adeguate ai “nuovi” problemi.

4. Cenni storici: l'esperienza statunitense

L'operazione finalizzata ad individuare le prime regole della storia poste a tutela della concorrenza si rivela tanto ardua e incerta negli esiti, quanto, in sostanza, irrilevante ai fini della presente trattazione. Ci si può limitare ad accennare che, al riguardo, non v'è una risposta generalmente condivisa in dottrina: alcuni rinvencono l'archè nello *Statute of Monopolies* inglese del 1624³³³, mentre altri, addirittura, risalgono fino alla *lex iulia de annona*³³⁴ del 18 a.C.

Al contrario, l'analisi risulta decisamente più certa negli esiti e rilevante ai fini *de quibus* quando ci si limiti a indagare l'origine del diritto *antitrust* moderno.

La prima normativa di carattere nazionale, in particolare, è rappresentata da “*An Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade*”³³⁵ (letteralmente, “una legge per la prevenzione e la repressione delle associazioni costituite per limitare il commercio”), approvato dal parlamento canadese nel 1889.

Nonostante il primato cronologico canadese, tuttavia, è agli Stati Uniti d'America che generalmente si attribuisce la paternità del diritto della concorrenza, per mezzo dello Sherman Act del 1890 (dal nome del senatore che ne è stato genitore “[...] *putativo, perché apparentemente le cose non furono così semplici [...]*”³³⁶). Quest'ultimo non giunse, tuttavia, inaspettato, almeno per due ordini di ragioni.

Da un lato, nel corso degli anni '80 dell'Ottocento, l'economia statunitense crebbe enormemente e, con essa, il livello di concorrenza interna. Ciò innescò, in estrema sintesi, sanguinolente guerre di prezzo tra i più grandi operatori industriali dell'epoca, i quali – in reazione alla competizione, rivelatasi dannosa per i loro interessi – si fecero promotori di una forma di generalizzata cooperazione reciproca.

³³³ KHAN B. Z., *ANTITRUST AND INNOVATION BEFORE THE SHERMAN ACT*, 2011, *Antitrust Law Journal*, 77(3), 757–786 disponibile presso <http://www.jstor.org/stable/23075633>

³³⁴ Ibid.

³³⁵ BLAIR D. G., *Combines, Controls or Competition?*, 1953, *Canadian Bar Review* 1083, 1953

³³⁶ OSTI C., *Ma a che serve l'antitrust?*, op. cit., p. 114; l'autore riferisce che, stando all'autobiografia del senatore Hoar, la paternità della legge spetterebbe a quest'ultimo

Quest'ultima avrebbe consentito, infatti, di mantenere il livello dei prezzi artificialmente alto, e comunque al di sopra del livello concorrenziale.

Per garantire il rispetto degli accordi anticoncorrenziali conclusi a monte, essi ricorsero allo strumento giuridico del *trust*, di provenienza anglosassone. Grazie ad esso, divenne possibile l'imputazione della gestione delle imprese aderenti al cartello a un *trust* unitario, il quale avrebbe dunque potuto monitorare le opzioni strategiche assunte dalle stesse, monitorare la conformità della loro condotta al regolamento restrittivo della concorrenza ed opporsi rispetto ad eventuali deviazioni rispetto a quest'ultimo. L'esempio più noto, in ragione delle sue dimensioni e dell'impatto che ebbe sullo sviluppo del diritto *antitrust*, è rappresentato dallo "*Standard Oil Trust*"³³⁷ istituito da John D. Rockefeller nel 1882, che arrivò a controllare circa il 90% del mercato del petrolio raffinato³³⁸. Quest'ultimo, inoltre, fu "*the first of many giant conglomerates that dominated key business sectors in the final decades of the century*"³³⁹, mentre *trust* di dimensioni altrettanto rilevanti "*controlled the sugar, meat, steel, and tobacco industries [...]*"³⁴⁰.

In secondo luogo, le esigenze regolatorie sottese allo Sherman Act avevano trovato accoglimento "*well before 1890*"³⁴¹; già dal 1867, gli Stati federati che, più degli altri, si erano dimostrati "*«reattivi» nel percepire l'«umore» dei cittadini*"³⁴² avevano introdotto "*antitrust laws, and in some cases also had constitutional prohibitions on monopolies*"³⁴³.

Per ciò che in questa sede rileva, il pregiudizio prodotto dal fenomeno dei *trust* sulla società civile statunitense, composta per lo più da agricoltori e da piccoli-medi imprenditori, fu immediatamente percettibile e, in definitiva, fece vacillare "*una*

³³⁷ SABIN P., *Overview: Antitrust and Monopoly*, 2023 Energy History Online, Yale University, 2023, disponibile presso <https://energyhistory.yale.edu/antitrust-and-monopoly/>

³³⁸ Ibid.

³³⁹ Ibid.

³⁴⁰ Ibid. Ciò potrebbe tradursi come: "[lo Standard Oil Trust fu] *il primo di molti giganteschi conglomerati che dominarono settori chiave del business negli ultimi decenni del secolo. Altri cosiddetti "trust" controllavano le industrie dello zucchero, della carne, dell'acciaio e del tabacco [...]*"

³⁴¹ STIGLER G. J., *The Origin of the Sherman Act*, 1985, The Journal of Legal Studies, 14(1), 1–12, disponibile presso <http://www.jstor.org/stable/724314>

³⁴² PACE L. F., *Diritto europeo della concorrenza, Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, CEDAM, 2007, Padova, p. 5

³⁴³ STIGLER G. J., *The Origin of the Sherman Act*, op. cit.

delle colonne portanti dell'ideologia politica americana"³⁴⁴: il “«mito» della democrazia economica”³⁴⁵.

I crescenti malumori, dunque, portarono le istanze pro-concorrenziali al centro dell'agenda politica statunitense, tanto che “nel 1888 tutti gli schieramenti politici che si confrontavano per la campagna presidenziale [...] inserirono tra i punti qualificanti dei rispettivi programmi elettorali l'introduzione di una normativa volta a contrastare queste aggregazioni [i trust]”³⁴⁶. Tanto vale a testimoniare l'esistenza di una profonda e radicata consapevolezza della classe politica statunitense rispetto alle tematiche concorrenziali. Basti considerare, a proposito, parte del discorso pronunciato dal senatore Sherman nel corso dei lavori propedeutici all'approvazione del testo normativo omonimo, in cui sostenne che “se non ci sottostendiamo ad un imperatore, nemmeno ci dovremmo sottostendere a un autocrate economico, dotato del potere di impedire la concorrenza e di fissare il prezzo di ogni merce”³⁴⁷.

4.1 Cenni storici: l'esperienza europea

Per ragioni di carattere politico-istituzionale, bisognerà attendere il 1951 per scorgere una regolamentazione *antitrust* nell'Europa continentale.

Su tale, evidente, ritardo hanno influito certamente le differenze strutturali esistenti tra il contesto di mercato europeo e quello d'oltreoceano. In particolare, mentre gli Stati Uniti d'America si interfacciavano con le esigenze regolatorie derivanti da un mercato già unico, di vastissima dimensione e privo di barriere interne alla circolazione dei beni, in Europa, ancora salda la compartimentazione dei mercati nazionali, si sviluppava il fenomeno del c.d. “imperialismo gareggiante”³⁴⁸. Il termine descrive la reazione osservata dalla generalità degli Stati Europei allo sviluppo della concorrenza internazionale, coincidente con “la comparsa di fenomeni di protezionismo delle economie nazionali”³⁴⁹. In particolare, per

³⁴⁴ GHEZZI F., OLIVIERI G., *Diritto Antitrust*, op. cit., p. 5

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ “21 Congressional Record 2456 (1890)” citato da OSTI C, *Ma a che serve l'antitrust?*, op. cit.

³⁴⁸ PACE L. F., *DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA, Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, 2007, CEDAM, Padova, Cap. I, par. 1.1

³⁴⁹ Ibid.

conseguire il primato economico a livello internazionale, vennero introdotte legislazioni che “*non solo non disciplinavano il divieto di accordi tra concorrenti*”³⁵⁰, ma, al contrario, “*prevedevano in alcuni casi l’obbligo di creazione dei cartelli industriali, come nel caso dei consorzi obbligatori in Italia*”³⁵¹.

Al termine della Seconda Guerra Mondiale, gli Stati Uniti d’America, usciti vincitori, “suggerirono” vigorosamente l’adozione di norme preordinate alla tutela della concorrenza, a ciò condizionando *de facto* l’erogazione degli aiuti finanziari funzionali alla ricostruzione. Tali suggerimenti celavano, in effetti, la preoccupazione che dietro il progetto della CECA vi fosse l’intenzione di istituire “*una specie di grande cartello del carbone e dell’acciaio, desiderio nostalgico degli industriali europei e peccato imperdonabile agli occhi di un americano, rispettoso del diritto della concorrenza e del libero commercio*”³⁵². Per placare tali apprensioni, dunque, Jean Monnet - politico francese, tra i padri fondatori dell’Unione Europea, nonché autore della riflessione anzi citata - si fece promotore dell’inserimento delle norme pro-concorrenziali nel Trattato di Parigi del 1951.

Alla luce delle sintetiche considerazioni finora svolte, due principali aspetti legati all’esperienza europea risaltano nel confronto con quella statunitense.

In primo luogo, l’iter che ha portato alla nascita del diritto *antitrust* europeo si è sviluppato in direzione verticale discendente. Furono le istituzioni europee a promuovere, nel tempo, il progressivo adeguamento degli ordinamenti nazionali alle norme concorrenziali, non già viceversa (cfr. §3).

In secondo luogo, le norme *antitrust* sono “comparse” nel Trattato CECA per ragioni *latu sensu* diplomatiche, in un contesto giuridico che quasi le avversava e che certamente non guardava con sospetto alle fattispecie di cartello. Non v’è stato alcun “Standard Oil Trust” europeo, nessuna significativa pressione da parte dei cittadini di quelli che sarebbero divenuti gli Stati Membri.

³⁵⁰ PACE L. F., *La Corte di giustizia, la “nascita” del diritto antitrust europeo e i tre building blocks della giurisprudenza in materia di artt. 101 e 102 TFUE*, I Post di AISDUE, I, 2019, Sezione “Convegni annuali e interinali” n. 10, 9 ottobre 2019 disponibile presso <https://www.aisdue.eu/pace-la-corte-di-justizia-la-nascita-del-diritto-antitrust-europeo-e-i-tre-building-blocks-della-giurisprudenza-in-materia-di-artt-101-e-102-tfue/>

³⁵¹ Ibid.

³⁵² MONNET J., *Mémoires (Paris, Fayard, 1976)*, 356 ss., cit. in OSTI C., *Ma a che serve l’antitrust?*, op. cit.

In sostanza, le peculiari circostanze genetiche del diritto *antitrust* europeo hanno reso “*i suoi fini «politici», quanto quelli propriamente economici [...] irrilevanti*”³⁵³.

5. “*Ma a che serve l’antitrust?*”³⁵⁴

Tutto ciò premesso, è possibile far ritorno al punto di partenza della presente analisi: “*Ma a che serve l’antitrust?*”³⁵⁵.

La questione, del resto, è meritevole di attenzione almeno per due ordini di ragioni: da un lato, il dato empirico della perdurante attualità della questione nel dibattito dottrinario, non da ultimo, grazie agli sviluppi prodottisi a seguito della sentenza *Servizio Elettrico Nazionale*, testimonia che v’è ancora qualcosa - più di qualcosa, potrebbe aggiungersi - da discutere.

Dall’altro, le particolari contingenze storiche, ripercorse *supra*, hanno svolto un compito fondamentale, ma incompleto; esse infatti hanno dato un corpo al diritto *antitrust* europeo, ma non un’anima. Il progresso scientifico in merito all’individuazione degli obiettivi di fondo della *competition policy* euro-unitaria serve, dunque, a completare l’opera.

Non v’è dubbio, infatti, che, una volta immesse nel sistema giuridico, le norme siano in grado di operare anche senza il supporto vitale rappresentato dall’intenzione del loro genitore (il legislatore storico) assumendo significati talvolta cangianti a seconda dei contesti ordinamentali di riferimento. È opportuno, dunque, volgere lo sguardo all’impalcatura di diritto positivo per verificare, mediante un’interpretazione di carattere sistematico, quale sia lo scopo che, in senso oggettivo, risulta riconducibile al diritto della concorrenza.

Già nel 1957, il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (c.d. “Trattato di Roma” o “TCEE”), improntava l’azione della Comunità alla “*creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune*”³⁵⁶. Quest’ultimo, invece, era oggetto di considerazione all’art. 2 del medesimo Trattato, nei seguenti termini: “*la Comunità ha il compito di*

³⁵³ Ivi

³⁵⁴ OSTI, *Ma a che serve l’antitrust?*, op. cit. <http://www.jstor.org/stable/44883987>

³⁵⁵ Ibid.

³⁵⁶ Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, art. 3 lett. g)

promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune [...] uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano". Dunque, mentre l'instaurazione del mercato comune rappresentava un fine intermedio, funzionale alla realizzazione di scopi sovraordinati e rientranti tra gli obiettivi fondamentali della CEE, il valore della concorrenza era considerato *per se*, quale obiettivo autonomo.

Il quadro così delineato è rimasto stabile fino al 2009. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in quell'anno, ha comportato l'espunzione dagli obiettivi fondamentali dell'Unione Europea di quello teso all'instaurazione di un regime concorrenziale non falsato nel mercato comune (collocato all'art. 3 lett. g) TCEE). Il riferimento alla concorrenza, tuttavia, non è scomparso del tutto³⁵⁷. Lo stesso, piuttosto, ha trovato asilo all'interno del Protocollo n. 27, allegato ai Trattati, che prevede che *"il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata"*. Il ricollocamento è avvenuto *"su iniziativa soprattutto della Francia"*³⁵⁸, ma non ha prodotto alcun effetto degno di nota, posto che in base all'art. 51 TUE *"i protocolli e gli allegati ai trattati ne costituiscono parte integrante"*. Tra le altre modifiche prodotte dal Trattato di Lisbona, inoltre, si segnala la novella dell'art. 3 TUE (ex art. 3 TCEE), che ad oggi prevede che *"l'Unione instaura un mercato interno"*³⁵⁹. Le differenze lessicali rispetto alla versione previgente, sotto questo aspetto, denotano il diverso ruolo attribuito all'instaurazione del mercato interno, che cessa di essere obiettivo strumentale per divenire fine ultimo dell'azione dell'Unione Europea.

³⁵⁷ Compare, ad esempio, all'art. 3 TFUE, che prevede che *"l'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori: [...] b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno"*.

³⁵⁸ GHEZZI F., OLIVIERI G., *Diritto Antitrust*, op. cit, p. 11

³⁵⁹ art. 3, Trattato sull'Unione Europea. Gli altri obiettivi, pur modificati nella forma, sono slegati dal concetto di mercato interno e rappresentano autonomi scopi dell'Unione, che *"si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico"*.

Sembrerebbe, invece, che il fine consistente nell'instaurazione di un regime concorrenziale non falsato nel mercato interno abbia seguito l'*iter* inverso: da obiettivo oggetto di autonoma considerazione è divenuto, nella lettera delle norme almeno, un attributo del mercato interno.

Per verificare l'esatta portata di tali modifiche, tuttavia, è necessario gettare uno sguardo all'esperienza applicativa della CGUE, caratterizzata da una certa "pluridimensionalità"³⁶⁰. È possibile, infatti, tracciare una periodizzazione in tre stagioni applicative³⁶¹, a seconda del ruolo rivestito dalla concorrenza nelle sentenze dei giudici di Lussemburgo.

Nel corso della prima stagione, coincidente con "i primi passi dell'allora Comunità europea"³⁶², l'applicazione del diritto della concorrenza è stata influenzata "dall'obiettivo dell'integrazione delle varie realtà nazionali in un unico mercato «comune» [...]"³⁶³. In altri termini, le istituzioni (allora) comunitarie hanno diretto l'*enforcement antitrust* principalmente verso quelle pratiche, pur non particolarmente allarmanti da un punto di vista squisitamente concorrenziale, che risultavano cionondimeno idonee a frustrare il raggiungimento degli obiettivi integrazionistici. Tanto spiega, a titolo di esempio, l'atteggiamento particolarmente severo osservato nei confronti delle intese produttive di effetti restrittivi verticali, caratterizzate, in confronto alle altre fattispecie di cui all'art. 101 TFUE, da un minor coefficiente di dannosità oggettiva³⁶⁴. Allo stesso modo, non sono mancate decisioni che hanno omesso di censurare quelle condotte che risultavano benefiche per il perseguimento degli altri obiettivi fondamentali menzionati dal Trattato, con particolare riferimento alla "sviluppo armonioso della Comunità"³⁶⁵, nonostante le criticità concorrenziali da esse destinate.

³⁶⁰ TIZZANO A., *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, Italian Antitrust Review, 2015, 2. 10.12870/iar-11374.

³⁶¹ Ibid.

³⁶² Ibid.

³⁶³ GHEZZI F., OLIVIERI G., *Diritto Antitrust*, op. cit, p. 12

³⁶⁴ TIZZANO A., *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, op. cit.;

³⁶⁵ Commissione Europea, 23-12-1992, *Ford/Volkswagen*, in GUCE L20/1992, cit. in GHEZZI F., OLIVIERI G., *Diritto Antitrust*, op. cit, 13

A partire “*dalla fine degli anni 70*”³⁶⁶, è stata inaugurata la seconda stagione applicativa, proseguita senza brusche soluzioni di continuità nella terza, caratterizzata da un (ri)autonomizzazione del valore della concorrenza, perseguito in quanto tale e non in via strumentale rispetto agli obiettivi integrazionistici.

Tale approccio si è sviluppato compiutamente nel corso della terza fase – dai primi anni duemila circa, fino a giorni nostri - nella quale ha assunto i connotati specifici del c.d. “*more economic approach*”. Quest’ultimo ha inaugurato, di fatto, la rinnovata funzionalizzazione del diritto della concorrenza, filtrato dall’analisi economica, allo *standard* (c.d. “*welfarista*”) del benessere del consumatore.

6. Il benessere dei consumatori nel caso Servizio Elettrico Nazionale

Il presente paragrafo mira a ricostruire, sinteticamente, l’*iter* argomentativo e concettuale seguito dalla Corte di Giustizia dell’UE per rispondere alla seconda questione pregiudiziale postale dal Consiglio di Stato, che investe direttamente l’oggetto della presente indagine.

Si ricorda, in particolare, che il Consiglio di Stato ha interrogato i giudici di Lussemburgo chiedendo lumi in merito al fine ultimo del diritto della concorrenza. Ciò ha fatto, in particolare, prospettando due alternative e facendo da esse discendere diverse conseguenze sul piano probatorio. Quest’ultimo profilo, sostanzialmente estraneo ai fini della presente trattazione, non sarà oggetto di approfondimenti.

Quale prima possibile opzione, il giudice del rinvio ha individuato la massimizzazione del benessere dei consumatori; nel qual caso, ai fini del perfezionamento delle fattispecie di illecito *antitrust*, sarebbe stata necessaria la prova specifica del pregiudizio sofferto dai consumatori. Il secondo oggetto di tutela, invece, è stato rinvenuto nella preservazione della “*struttura concorrenziale del mercato, al fine di scongiurare la creazione di aggregazioni di potere economico ritenute comunque dannose per la collettività*”³⁶⁷; in quest’ultimo caso, nessuna dimostrazione della natura pregiudiziale delle condotte sarebbe stata necessaria.

³⁶⁶ TIZZANO A., *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, op. cit

³⁶⁷ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, cit., par. 27 - 2)

La Corte di Giustizia ha risposto statuendo che *“il benessere dei consumatori, sia intermedi sia finali, deve essere considerato l’obiettivo ultimo che giustifica l’intervento del diritto della concorrenza per reprimere lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale del medesimo”*³⁶⁸. Contemporaneamente, tuttavia, ha richiamato il par. 100 delle Conclusioni dell’A.G., nel quale quest’ultimo chiarisce che le due opzioni indicate dal Consiglio di Stato non sarebbero in realtà antinomiche³⁶⁹. Piuttosto, la tutela della struttura concorrenziale del mercato rappresenta il viatico d’elezione ai fini della tutela del benessere dei consumatori. Ciò in considerazione del fatto che, da una parte, generalmente si riconosce la natura benefica della concorrenza per i consumatori e, dall’altro, che *“l’articolo 102 TFUE, al pari dell’articolo 101 TFUE, riguarda non solo le pratiche che possono provocare un danno immediato ai consumatori, ma anche quelle che arrecano loro un danno indiretto, indebolendo la struttura di effettiva concorrenza”*³⁷⁰.

Tra le argomentazioni spese a sostegno di un siffatto esito, la sentenza ha ricordato che l’art. 102 TFUE *“fa parte di un insieme di regole che, avendo l’obiettivo di evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell’interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuiscono a garantire il benessere all’interno dell’Unione europea”*³⁷¹. Inoltre, considerare la massimizzazione del benessere dei consumatori quale obiettivo ultimo del diritto *antitrust* consente altresì di ricondurre a sistema la dottrina dell’*efficiency defence*, affermata dalla CGUE (e ripresa dalla Comunicazione sugli abusi escludenti) pur in assenza di un esplicito riferimento nel sistema di diritto positivo.

A differenza dell’art. 101, infatti, che al suo par. 3 elenca le condizioni al ricorrere delle quali un’intesa restrittiva della concorrenza può ritenersi esentata dal relativo divieto, l’art. 102 TFUE non considera una clausola di esenzione generale. Tuttavia, ciò non ha impedito alla Corte di Giustizia di espungere dall’area di illiceità tutte quelle pratiche in relazione alle quali l’impresa dominante sia in grado di dimostrare che *“gli effetti anticoncorrenziali che [da esse] possono derivare [...] sono*

³⁶⁸ Ivi, par. 46

³⁶⁹ RANTOS A., Conclusioni dell’Avvocato Generale, C-377/20, cit., par. 100

³⁷⁰ Ibid, par. 96

³⁷¹ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, cit., par. 41

*controbilanciati, se non superati, da effetti positivi per i consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità e di innovazione*³⁷². Ebbene, un siffatto orientamento non sarebbe il frutto di una creazione giurisprudenziale, quanto piuttosto la più logica conseguenza, se non anche il corollario necessario, dell'obiettivo di fondo del diritto *antitrust*, quando esso venisse a coincidere con il benessere del consumatore.

7. La nozione economica di *consumer welfare*

È necessario, a questo punto, spendere qualche breve considerazione sul concetto di benessere dei consumatori (o c.d. *consumer welfare*).

Al pari di molti concetti fondamentali in materia *antitrust*, quello in oggetto non è destinatario di alcuna esplicita definizione sul piano positivo. Ciò nonostante, il *consumer welfare* è oggetto diversi richiami – pure talvolta impliciti – all'interno dei principali strumenti di *soft law* pubblicati dalla Commissione³⁷³. Sul piano giurisprudenziale, inoltre, la massimizzazione del benessere dei consumatori ha rappresentato – specie nel corso della terza stagione applicativa – la stella polare della Corte di Giustizia dell'UE.

A fronte della ricchezza delle menzioni, tuttavia, ben poco è stato detto, almeno nella dimensione giuridica, sulla sua consistenza oggettiva. A riguardo, in dottrina si è spesso sottolineato come “*the meaning of «consumer welfare» – purportedly the ultimate goal of EU competition policy at least for the past 10 years – remains unclear*”³⁷⁴ (“il significato di «benessere del consumatore» - presumibilmente lo scopo ultimo della politica della concorrenza dell'Unione Europea, almeno negli ultimi 10 anni – rimane nebuloso”).

³⁷² CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, cit., par. 48

³⁷³ Ad es., solo nell'ambito della Comunicazione sugli abusi escludenti, si può menzionare il par. 1 a proposito dell'art. 102 TFUE sostiene che “la sua efficace applicazione favorisce un migliore funzionamento dei mercati a beneficio delle imprese e dei consumatori”; il par. 5, in virtù del quale, nella definizione delle priorità applicative la Commissione si concentrerà principalmente “sui tipi di comportamento maggiormente dannosi per i consumatori”; la lettera B. identifica le preclusioni anticoncorrenziali con le “*preclusione che determina un danno per i consumatori*”, il par. 19 dichiara che “*l'attuazione coercitiva delle norme ha lo scopo di garantire che le imprese dominanti non ostacolino lo svolgimento della concorrenza effettiva [...] con conseguenti effetti negativi per il benessere dei consumatori*”, ecc.

³⁷⁴ DASKALOVA, V., *Consumer Welfare in EU Competition Law: What is It (Not) About?*, 2015, *The Competition Law Review* (2015), Vol. 11, pp 131- 160, TILEC Discussion Paper No. 2015-011, disponibile presso <https://ssrn.com/abstract=2605777>

Per questa ragione, anche in questo caso, è alla scienza economica che bisogna guardare per trarne indizi in merito al contenuto concettuale della nozione in esame. Generalmente, si attribuisce la paternità della nozione di “*benessere dei consumatori*” a Robert Bork, uno tra i più influenti esponenti della Scuola di Chicago (su cui v. *supra*), il quale l’avrebbe teorizzata nel corso degli anni ’70³⁷⁵. La medesima descrive il c.d. *surplus* dei consumatori, ovvero “*the difference between what consumers would have been willing to pay for a good and what they actually had to pay*”³⁷⁶ (“*la differenza tra quanto i consumatori sarebbero stati disposti a pagare e quanto hanno dovuto effettivamente pagare*”). Si tratta, in altri termini, della differenza positiva tra il prezzo di riserva dei consumatori (ovvero, “*ciò che essi sarebbero stati disposti a pagare per un bene*”) e il prezzo di mercato del bene considerato (“*ciò che essi hanno effettivamente pagato*”). Ciò sul presupposto che al crescere del livello concorrenziale del mercato, le imprese ivi operanti ridurranno progressivamente i prezzi – i quali tenderanno a coincidere con i costi marginali di produzione dei beni venduti – sino a massimizzare il *surplus* dei consumatori.

Sul punto, tuttavia, non v’è unanimità. Infatti, a coloro che optano per un’interpretazione maggiormente restrittiva del concetto in esame, incentrando l’utilità che i consumatori traggono dal confronto concorrenziale sui prezzi, si contrappone chi, invece, considera “*all aspects of consumer welfare, which necessarily includes factors such as quality, range or service [...] innovation*”³⁷⁷ (“*tutti gli aspetti del benessere del consumatore, il quale necessariamente comprende fattori quali ad esempio la qualità, la varietà o il servizio [...] l’innovazione*”).

Pur non essendo questa la sede più opportuna per una trattazione compiuta in materia, può essere utile qualche breve cenno sulle critiche più comunemente

³⁷⁵ OECD, *The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*, 2023, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, disponibile presso <https://www.oecd.org/daf/competition/consumer-welfare-standard-advantages-and-disadvantages-to-alternative-standards-2023.pdf>, p. 13

³⁷⁶ SVEND A., *Consumer Welfare in EU Competition Policy*, 2013, p. 70, disponibile presso https://www.researchgate.net/publication/325804961_Consumer_Welfare_in_EU_Competition_Policy

³⁷⁷ OECD, *The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*, 2023, cit., p. 12

rivolte allo *standard* in considerazione. In primo luogo, il medesimo finirebbe per selezionare arbitrariamente un gruppo di consumatori – coloro che si approvvigionano dei beni e servizi ricompresi nel mercato rilevante – a scapito di tutti gli altri – che si collocano “al di fuori” dello stesso. In secondo luogo, quello del benessere dei consumatori rappresenterebbe il frutto di una scelta di valore priva di legittimazione democratica. Pur essendo generalmente descritto come uno *standard* tecnico, e pertanto “apolitico”, “*markets and economics are inherently political* (Vaheesan, 2018); *and selecting CW as the single value to maximize is a form of «value-choosing»*”³⁷⁸ (“*i mercati e l’economia sono intrinsecamente politici* (Vaheesan, 2018); *e selezionare il benessere del consumatore come unico valore da massimizzare è una forma di «scelta di valore»*”).

Il contendente d’elezione del benessere del consumatore, nella partita volta all’individuazione dello scopo finale del diritto *antitrust*, è il *benessere totale* o c.d. “*total welfare*”; è ben possibile che l’applicazione dell’uno o dell’altro conduca a risultati diversi nella pratica, tuttavia, una siffatta eventualità è generalmente considerata rara³⁷⁹. A differenza del primo, lo *standard* del “*benessere totale*” coincide con il *surplus* del mercato unitariamente considerato, assenti distinzioni tra i produttori e i consumatori. Da un punto di vista pratico, esso finisce per considerare gli “*effects of situations on both consumers and producers*”³⁸⁰ (“*gli effetti delle pratiche tanto sui consumatori quanto sui produttori*”). Anche questo *standard*, in ogni caso, rimanendo attratto nell’universo *welfarista* è destinatario delle medesime critiche in quanto a legittimazione democratica.

³⁷⁸ MELAMED A.D., PETIT N., *The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets*, *Rev Ind Organ*, 2019, p. 747, disponibile presso <https://doi.org/10.1007/s11151-019-09688-4>; gli autori danno voce alle critiche riportate, pur sposando il punto di vista opposto

³⁷⁹ BLAIR R. D., SOKOL D. D., *Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement*, *Fordham L. Rev.* 2497, 2013, p. 2498 disponibile presso <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/360> ,

³⁸⁰ OECD, *The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*, 2023, cit., p. 14

SEZIONE II – LA CONCORRENZA BASATA SUI MERITI

8. Una premessa

Quella di “*concorrenza basata sui meriti*” è una nozione che trae origine da risalenti affermazioni di principio della Corte di Giustizia dell’UE.

Ciò nonostante, ad essa ci si può avvicinare come ad uno *standard* normativo di nuovo conio. La medesima, difatti, ha guadagnato autonomia concettuale solo nei tempi più recenti, quale conseguenza dell’accresciuta attenzione dottrinale e giurisprudenziale. In qualità di concetto giovane, dunque, quello di *competition on the merits* risulta ancora non sufficientemente maturo e dalla dubbia portata.

È bene chiarire fin d’ora che, sotto quest’ultimo aspetto, la sentenza *Servizio Elettrico Nazionale* non ha fatto maggiore chiarezza. In dottrina, in particolare, si è dibattuto circa la portata da riconoscere alle statuizioni rese in materia di concorrenza basata sui meriti. Alcuni, da un lato, hanno ritenuto che agli orientamenti espressi dovrebbe riconoscersi portata generale e che, dunque, per mezzo di questi ultimi la Corte abbia inteso dar vita a un approccio giuridico universalmente valido - e imperniato proprio sulla nozione di *competition on the merits* - in relazione alle fattispecie degli abusi escludenti³⁸¹, così sostituendo l’approccio casistico; altri, al contrario, hanno posto l’accento sulla concretezza dei principi affermati, la cui valenza sarebbe, in sostanza, limitata alle peculiari circostanze di fatto che hanno caratterizzato il caso di specie; certamente, non avrebbero l’ampiezza di “*overarching framework*”³⁸², come pure ci si attendeva.

La presente sezione, dunque, si propone di indagare la nozione di concorrenza basata sui meriti, verificando quale significato risulta ad essa attualmente riconducibile e quale ruolo essa svolga nell’economia della fattispecie di abuso di posizione dominante.

A tal fine, si utilizzerà il patrimonio concettuale derivante dalla giurisprudenza formatasi in relazione alla prima questione pregiudiziale formulata dal Consiglio di

³⁸¹ LINDEBOOM, J., *Towards a Unified Judicial Philosophy of Article 102 TFEU? Servizio Elettrico Nazionale SpA (C-377/20)*, 2022, EU Law Live, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 22/2022, disponibile presso <https://ssrn.com/abstract=4171718>

³⁸² IBANEZ COLOMO P., *On Case C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale (I): overarching framework or case-specific judgment?*, disponibile presso <https://chillingcompetition.com/2022/05/16/on-case-c-377-20-servizio-elettrico-nazionale-i-overarching-framework-or-case-specific-judgment/>

Stato nel caso *Servizio Elettrico Nazionale* e dalle riflessioni esposte dall’A.G. nelle sue Conclusioni.

9. La concorrenza basata sui meriti nel caso *Servizio Elettrico Nazionale*

Attraverso la prima questione pregiudiziale, il Consiglio di Stato ha chiesto (i) se a condotte altrimenti del tutto lecite possa attribuirsi una connotazione abusiva *antitrust*; (ii) se la qualificazione di un comportamento come abusivo richieda esclusivamente la valutazione circa l’idoneità dello stesso a produrre effetti restrittivi della concorrenza, (iii) ovvero se, a tal fine, sia altresì necessario che ricorra una “*specifico componente di anti giuridicità, costituita dal ricorso a «metodi (o mezzi) concorrenziali diversi» da quelli «normali»*”; (iv) infine, quali criteri consentano di distinguere “*la concorrenza «normale»*” da “*quella «falsata»*”³⁸³.

La Corte di Giustizia dell’UE, a proposito, ha dichiarato che (i) “*una pratica lecita al di fuori del diritto della concorrenza può, qualora sia attuata da un’impresa in posizione dominante, essere qualificata come «abusiva», ai sensi di tale disposizione*”³⁸⁴; ciò sempre che essa possa (ii) “*produrre un effetto escludente*”³⁸⁵ e che (iii) “*si bas[i] sull’utilizzo di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti*”³⁸⁶. Infine, ha chiarito che “*qualora queste due condizioni siano soddisfatte, l’impresa in posizione dominante interessata può nondimeno sottrarsi al divieto di cui all’articolo 102 TFUE dimostrando che la pratica in questione era obiettivamente giustificata e proporzionata a tale giustificazione oppure controbilanciata, se non superata, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori*”³⁸⁷.

La complessità del quesito, evidentemente, si è riflessa nella particolare articolazione della sua soluzione. Quest’ultima chiama in causa diversi aspetti, ciascuno dei quali concorre alla determinazione dell’esatta portata della nozione in oggetto. Pertanto, alla loro trattazione in maniera più approfondita saranno dedicati i paragrafi che seguono. Più nello specifico, si considererà, in un primo momento

³⁸³ Consiglio di Stato, ord. 4646/2020

³⁸⁴ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, cit., par. 103

³⁸⁵ Ibid.

³⁸⁶ Ibid.

³⁸⁷ Ibid.

la prospettata dicotomia tra l'idoneità escludente e il *quid pluris* di anti-giuridicità quali condizioni essenziali di abusività e, infine, si analizzeranno i principi formati attorno alla nozione di concorrenza basata sui meriti.

10. L'abusività delle condotte tra (ii) idoneità escludente e (iii) *quid pluris* di anti-giuridicità

Nel capitolo precedente, si ha avuto modo di sottolineare come la connotazione abusiva delle condotte (v. cap. II, §10) sia funzione dell'idoneità delle stesse a produrre effetti anticoncorrenziali. Tale idoneità deve essere valutata al tempo della realizzazione di detta condotte e secondo le circostanze di fatto esistenti in quel momento. I termini della questione, tuttavia, possono essere ulteriormente estesi, fino ad abbracciare la nozione di *competition on the merits*.

Richiamando le più recenti affermazioni della Corte di Giustizia dell'UE³⁸⁸, l'A.G. ha sostenuto, nelle sue Conclusioni, che la principale condizione di abusività delle condotte coincida con la loro “*capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato addebitati [...]*”³⁸⁹; ciò, fermo restando che “[...] *non tutti gli effetti di esclusione dal mercato pregiudicano necessariamente la concorrenza [...]*”³⁹⁰. Senza dubbio, infatti, “*la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione*”³⁹¹. In ciò sembrerebbe che la Corte abbia sposato la nozione “ampia” (per come è stata definita *supra*) del paradigma del *consumer welfare*. Sul punto si ritornerà.

In ogni caso, tale breve disamina evidenzia come la natura anticoncorrenziale di un contegno non possa farsi dipendere in via esclusiva dalla capacità escludente che gli è consustanziale, essendo altresì necessario che l'effetto di esclusione, anche

³⁸⁸ In particolare, si consideri CGUE, C-52/09, *TeliaSonera*, sent. del 17 febbraio 2012, par. 64 e 66; CGUE, C-413/14 P, *Intel*, sent. del 6 settembre 2017, par. 138; CGUE, C-307/18, *Generics (UK)*, sent. del 30 gennaio 2020 par. 154;

³⁸⁹ RANTOS A., Conclusioni dell'Avvocato Generale, C-377/20, cit., par. 41

³⁹⁰ CGUE, C-413/14 P, *Intel*, sent. del 6 settembre 2017, par. 134; il principio è stato introdotto a partire dal caso *Post Danmark* (CGUE, C-209/10, *Post Danmark*, sent. del 27 marzo 2012, par. 22)

³⁹¹ *Ibid.*

solo potenziale, si rivolga verso “*concorrenti di efficienza quantomeno pari all’impresa in posizione dominante*”³⁹². Tanto, ribadito da ultimo nel caso *TeliaSonera Sverige*³⁹³, rappresenta il fondamento del c.d. “criterio del concorrente altrettanto efficiente”, principio guida in materia di abusi escludenti, che ha fatto la sua comparsa nella giurisprudenza euro-unitaria a partire dal caso *Akzo* del 1991³⁹⁴. In altri termini, in virtù di detto criterio, gli unici effetti escludenti che rilevano ai fini dell’art. 102 TFUE sarebbero quelli che comportano la “*exclusion of rivals that are as efficient as the dominant firm*”³⁹⁵ (“*esclusione di concorrenti che siano efficienti quanto l’impresa dominante*”). È necessario specificare che, a scapito dell’omonimia, non ricorre alcuna identificazione tra il criterio del concorrente altrettanto efficiente e il c.d. “AEC” test (*as-efficient competitor*). Quest’ultimo, generalmente impiegato in materia di pratiche escludenti tariffarie (quelle realizzate mediante una politica di prezzo particolarmente aggressiva, come nel caso del c.d. “*predatory pricing*”), rappresenta certamente il *benchmark* economico di riferimento, ma non quello esclusivo, per la valutazione delle pratiche tariffarie alla luce del criterio del concorrente altrettanto efficiente. In altri termini, l’AEC test rappresenta la dimostrazione economica che la condotta è restrittiva della concorrenza, in quanto è in grado di produrre effetti escludenti nei confronti dei *competitor* di efficienza almeno pari a quella dell’impresa dominante. Prendendo in prestito le parole della CGUE, può affermarsi che, mentre un siffatto “*test è solo uno dei modi per dimostrare che un’impresa in posizione dominante ha fatto ricorso a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza «normale»*”³⁹⁶, valevole per le pratiche tariffarie, il criterio del concorrente altrettanto efficiente è il principio che guida il giudizio di abusività di tutte le fattispecie di abuso escludente, tariffarie e non tariffarie.

L’insieme dei principi finora richiamati rappresenta, allo stato, l’*acquis communautaire* in materia di abuso di posizione dominante.

³⁹² CGUE, C-52/09, *TeliaSonera*, sent. del 17 febbraio 2012, par. 64

³⁹³ Ibid.

³⁹⁴ CGUE, C-62/86, *AKZO Chemie BV*, sent. del 3 luglio 1991, par. 72; all’epoca, come spesso è avvenuto, il principio è stato affermato in materia di pratiche tariffarie

³⁹⁵ IBANEZ COLOMO P., *As efficient competitors in Case T-612/17, Google Shopping: the principle and the conflation*, disponibile presso <https://chillingcompetition.com/2021/11/19/as-efficient-competitors-in-case-t%e2%80%91612-17-google-shopping-the-principle-and-the-conflations/>

³⁹⁶ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, cit., par. 81

Ciò nonostante, appare possibile lo svolgimento di ulteriori riflessioni.

L'A.G. Rantos ha suggerito l'arricchimento dell'impianto concettuale *de qua*, esplicitando la distinzione – già *in nuce* nella giurisprudenza richiamata – tra il “rischio di preclusioni e il rischio di preclusioni anticoncorrenziali”³⁹⁷. Se, infatti, gli effetti escludenti sono di per sé fisiologici – in quanto rappresentano “*a natural manifestation of competition on the merits*”³⁹⁸ – si rende necessario selezionare, in questo più ampio ambito, quelli cui attribuire natura anticoncorrenziale (i soli meritevoli di censura) e procedere all'individuazione dei criteri a ciò funzionali.

A tal fine, può essere utile indagare l'ampiezza dell'area delle condotte “proibite” all'impresa dominante in virtù della speciale responsabilità su di essa gravante. Ciò sul presupposto, confermato da consolidata giurisprudenza, che l'abuso altro non sia che una “*condotta costituente violazione di questo dovere di comportarsi secondo criteri di «speciale responsabilità»*”³⁹⁹.

Non v'è dubbio che nell'area di illiceità rientrino tutti quei comportamenti attraverso i quali l'impresa dominante compromette “*lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato interno*”⁴⁰⁰ e che, al contrario, tale ambito non si estenda fino a “*privare l'impresa interessata del diritto di tutelare i propri interessi commerciali*”⁴⁰¹.

Ponendola diversamente, è sulla ristretta sfera delle condotte che risultano, da un lato, un mezzo legittimo di tutela degli interessi commerciali dell'impresa dominante e, dall'altro, comunque rispettose di una concorrenza effettiva e non falsata che si gioca la partita degli abusi escludenti.

Quid iuris, dunque? O meglio, come conciliare questi due principi in apparenza antitetici?

A parere dell'A.G. un siffatto contemperamento sarebbe possibile solo facendo riferimento al concetto di *competition on the merits*. Questa nozione potrebbe essere impiegata per “*precisare il contenuto di tale «responsabilità particolare»*”

³⁹⁷ RANTOS A., Conclusioni dell'Avvocato Generale, C-377/20, cit., par. 43

³⁹⁸ IBÁÑEZ COLOMO, P., *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, 2020, disponibile presso <https://ssrn.com/abstract=3599407>, pp. 64-65

³⁹⁹ LIBERTINI M., *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, Rivista Telematica – Anno VI, numero 3 disponibile presso http://images.rivistaodc.eu/f/fascicoli/Fascicolo3_2018_v56kZ_ORIZZONTI.pdf, p. 7

⁴⁰⁰ RANTOS A., Conclusioni dell'Avvocato Generale, C-377/20, cit., par. 58

⁴⁰¹ Ibid.

incombente all'impresa dominante e a determinare il margine di azione autorizzato"⁴⁰².

Tracciando le conclusioni parziali del ragionamento finora svolto può sostenersi che le condizioni essenziali di abusività delle condotte escludenti risiederebbero a) nella loro idoneità (da intendersi come attitudine a produrre effetti potenziali, ma non necessariamente concreti) a determinare l'esclusione – nei termini di “*difficoltà di ingresso o di crescita, o vera e propria espulsione*”⁴⁰³ – di concorrenti di efficienza almeno pari a quella dell'impresa dominante (“*idoneità escludente*”) e che b) siano imperniate su mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti (“*idoneità escludente anticoncorrenziale*”). Il complesso di tali due condizioni potrebbe trovare sintesi nella nozione unitaria di “*effetti preclusivi anticoncorrenziali*”, sicché, in breve, potrebbe sostenersi che siano idonee a integrare un abuso escludente le condotte, realizzate da un'impresa dominante, idonee a produrre effetti preclusivi anticoncorrenziali. Ragionando *a contrario* rimarrebbero esclusi dall'area di abusività (i) i contegni produttivi di effetti escludenti nei confronti di concorrenti non altrettanto efficienti⁴⁰⁴; (ii) le condotte produttive di effetti escludenti nei confronti di concorrenti altrettanto efficienti, ma realizzate mediante l'impiego di mezzi conformi a quelli di una concorrenza basata sui meriti⁴⁰⁵.

Se considerato nell'ottica delle valutazioni finora svolte, il concetto di *competition on the merits* potrebbe assurgere a chiave di volta dell'intera impalcatura in fatto di abusi escludenti, l'*a priori* giuridico di un'impostazione applicativa unitaria. Per indagare l'idoneità di un siffatto parametro ad assolvere allo scopo anzi prospettato, il prossimo paragrafo si dedicherà a precisarne il contenuto e la portata.

⁴⁰² Ivi

⁴⁰³ LIBERTINI M., *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, op. cit., p. 9

⁴⁰⁴ In virtù di un orientamento consolidato, infatti, “*la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti*” (CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, sent. del 12 maggio 2022, par. 73)

⁴⁰⁵ Ciò si desume interpretando *a contrario* il principio in virtù del quale le imprese dominanti “*non possono [...] rendere più difficile la penetrazione o il mantenimento sul mercato in questione di concorrenti altrettanto efficienti ricorrendo a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti*” (CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, sent. del 12 maggio 2022, par. 76)

11. La concorrenza fondata sui meriti

La nozione in esame ha fatto il suo ingresso nella giurisprudenza sovranazionale a partire dal caso *Hoffman-LaRoche*, nelle vesti della “concorrenza normale”. Più nello specifico, in quell’occasione, la Corte affermava che quella “*di sfruttamento abusivo è una nozione [...] che riguarda il comportamento dell’impresa in posizione dominante [...] che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza*”⁴⁰⁶.

In apertura, può essere utile spendere qualche breve considerazione di carattere definitorio. Per indicare il medesimo concetto, infatti, la Corte ha nel tempo impiegato diciture diverse, ma in sostanza equipollenti, quali, ad esempio, quelle della concorrenza “*effettiva e leale*”⁴⁰⁷ o “*fondata sull’efficacia*”⁴⁰⁸.

Le tendenze più recenti, tuttavia, muovono nella direzione di riconoscere autonomia e unitarietà al concetto *de qua*, pertanto d’ora in avanti si tenterà di onorare il relativo sforzo sul piano terminologico utilizzando in via esclusiva la locuzione di “*concorrenza basata sui meriti*” (o quella corrispondente in lingua anglosassone, “*competition on the merits*”). Quest’ultima, nelle parole dell’A.G. Rantos, risulta essere quella più idonea a sterilizzare a monte i rischi di equivoci e fraintendimenti. Lo stesso non può dirsi, invece, con riferimento alle dizioni imperniate sul canone della *normalità* (“*concorrenza normale*”⁴⁰⁹, locuzione spesso impiegata dalla Corte di Giustizia dell’UE), poiché “*pratiche abitualmente lecite, ordinarie e conformi alla moralità di un mercato, che potrebbero dunque essere descritte come «normali», possono cionondimeno violare l’articolo 102 TFUE se vengono attuate da un’impresa in posizione dominante [...]*”⁴¹⁰. Invero, il riconoscimento della natura “ordinaria” o “normale” di una condotta può avvenire solo a seguito di una

⁴⁰⁶ CGUE, C-85/76. *Hoffman-LaRoche*, sent. del 13 febbraio 1979, par. 90-91.

⁴⁰⁷ CGUE, C-280/08 P, *Deutsche Telekom II*, sent. del 14 ottobre 2010, par. 176

⁴⁰⁸ Tribunale UE, T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum/Commissione*, sent. del 10 aprile 1993, par. 113, a proposito si v. anche Tribunale UE, T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, sent. del 7 ottobre 1999, par. 111

⁴⁰⁹ Terminologia che, sfortunatamente, ancora compare nelle sentenze della CGUE, financo in quella oggetto di considerazione. A proposito, si v. CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, cit., par. 75

⁴¹⁰ RANTOS A., Conclusioni dell’Avvocato Generale, C-377/20, cit., par. 53, nota 33

verifica circa gli effetti che la stessa era idonea a produrre sul mercato, in virtù del c.d. *effects-based approach*. Pertanto, condotte di per sé neutre se realizzate da un'impresa non dominante cessano di essere “ordinarie” quando, attuate da un'impresa dominante, per loro effetto si verifichi una restrizione della concorrenza nel mercato⁴¹¹.

Ebbene, precisato che di concorrenza basata sui meriti occorre parlare, è doveroso ora chiarire a *cosa* una siffatta formula alluda.

La nozione in commento esprime un concetto dalla natura astratta⁴¹², assimilabile a un vero e proprio “*ideale economico, sullo sfondo della tendenza attuale del diritto della concorrenza dell'Unione a preferire un'analisi degli effetti anticoncorrenziali del comportamento («effects-based approach») e non un'analisi fondata sulla sua forma («form-based approach»)»*⁴¹³. Dal punto di vista giuridico, risulta ad oggi impossibile darne una compiuta definizione, perché, ogni qualvolta esso è venuto in rilievo nella giurisprudenza euro-unitaria (fermo restando che considerazioni più approfondite in materia si sono avute “*solo nel 2022, con la sentenza Servizio elettrico nazionale [...]»*⁴¹⁴), i giudici di Lussemburgo hanno adottato un approccio eminentemente casistico, chiarendo, a seconda delle circostanze di fatto che venivano in rilievo nei casi di specie, quali pratiche rientrassero (o meno) all'interno del relativo perimetro applicativo.

Ciò nonostante, nel complesso delle affermazioni rese in materia dalla CGUE è possibile selezionare due principi di più ampio respiro, l'una di carattere positivo, l'altra di carattere negativo.

Il primo principio suggerisce, in maniera più definita, che la concorrenza basata sui meriti “*si riferisce [...] a una situazione di concorrenza da cui i consumatori traggono profitto mediante prezzi meno elevati, una qualità migliore e una scelta più ampia di beni e di servizi nuovi o più efficienti [...] In tal senso [...] devono in particolare essere considerati propri della concorrenza basata sui meriti i comportamenti che hanno l'effetto di ampliare la scelta dei consumatori immettendo sul mercato nuovi prodotti o aumentando la quantità o la qualità di*

⁴¹¹ Ivi, par. 53 e giurisprudenza ivi citata

⁴¹² Ibid., par. 55

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ MANZINI P., *Diritto antitrust dell'Unione europea*, op. cit.

quelli già offerti”⁴¹⁵. Si tratta, evidentemente, della descrizione del modello concorrenziale dato per presupposto dai Trattati. La concorrenza basata sui meriti, dunque, sfruttando le tensioni competitive, spinge le imprese ad offrire prodotti migliori in maniera più efficiente.

In secondo luogo, è da ritenersi estranea alla concorrenza basata sui meriti la pratica *“che non può essere adottata da un ipotetico concorrente il quale, benché altrettanto efficiente, non detenga una posizione dominante sul mercato di cui trattasi, poiché tale pratica si basa sullo sfruttamento di risorse o di mezzi propri di una tale posizione”*⁴¹⁶. Tale principio conferma l’opinione dell’A.G. Rantos circa la validità universale del criterio del concorrente altrettanto efficiente e introduce un *benchmark* utilizzabile per valutare la conformità delle condotte alla concorrenza basata sui meriti. Quest’ultimo, da taluni definito in maniera critica *“replicability test”*⁴¹⁷, assolverebbe, per le pratiche non tariffarie, alla medesima funzione svolta dall’*AEC test* per le pratiche tariffarie.

Si legge a proposito nella sentenza che *“la rilevanza dell’impossibilità, materiale o razionale, per un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, ma non in posizione dominante, di imitare la pratica in questione, al fine di stabilire se quest’ultima si basi su mezzi propri di una concorrenza basata sui meriti, emerge dalla giurisprudenza relativa alle pratiche sia tariffarie sia non tariffarie”*⁴¹⁸.

Inoltre, i giudici di Lussemburgo hanno precisato che devia dalla *competition on the merits* la pratica per la cui attuazione *“un’impresa dominante non ha alcun interesse economico se non quello di eliminare i suoi concorrenti per poter poi rialzare i propri prezzi traendo profitto dalla sua situazione di monopolio”*⁴¹⁹. Con

⁴¹⁵ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, cit., par. 85; cfr. RANTOS A., Conclusioni dell’Avvocato Generale, C-377/20, par. 63

⁴¹⁶ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, cit., par. 78; cfr. RANTOS A., Conclusioni dell’Avvocato Generale, C-377/20, par. 68, in cui l’A.G. sostiene che la valutazione circa la replicabilità di una pratica da parte di un concorrente altrettanto efficiente, ma non dominante *“è rilevante al fine di stabilire se la pratica in questione rientri nella concorrenza basata sui meriti e pertanto se ha carattere restrittivo della concorrenza”*

⁴¹⁷ IBANEZ COLOMO P., *On Case C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale (II): does the replicability test really work?*, disponibile presso <https://chillingcompetition.com/2022/05/18/on-case-c-377-20-servizio-elettrico-nazionale-ii-does-the-replicability-test-really-work/>

⁴¹⁸ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, cit., par. 79

⁴¹⁹ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, cit., par. 77

ciò, l'insieme delle statuizioni in materia di *competition on the merits* si arricchisce di quello che è stato denominato criterio dell'"*assenza di interesse economico*"⁴²⁰. Anche in quest'ultimo caso, sembra che la Corte abbia inteso fare riferimento a un'ulteriore deviazione rispetto al modello concorrenziale incorporato dai Trattati. Quando l'impresa realizzi una pratica, non avendone alcun interesse economico, è evidente che ella non persegua altri fini che quelli di alterare, artificialmente, il grado di concorrenza esistente sul mercato. Nell'ambito di una struttura concorrenziale imperniata sui meriti, infatti, le condotte di mercato delle imprese, pur dominante, dovrebbero rifletterne l'efficienza e, su questa, far leva per trionfare nel confronto competitivo. La pratica delle vendite sotto-costo (cui allude la CGUE nel passo anzi riportato), al contrario, determina sì un incremento illusorio e certamente momentaneo del *surplus* dei consumatori, ma rappresenta il frutto delle ingenti disponibilità finanziarie dell'impresa dominante, più che sulla sua "bravura". La strategia *de qua* è di norma finalizzata all'esclusione anticoncorrenziale dei concorrenti dal mercato. Questi ultimi, infatti, non essendo in grado di sostenere l'aggressiva politica di prezzo realizzata dall'impresa dominante, finiranno per uscire dal mercato. L'impresa dominante, in definitiva, sarà in grado di compensare (c.d. *recoupment*⁴²¹) le perdite subite per provocare detta fuoriuscita in quanto, trovandosi ad affrontare pressioni concorrenziali di intensità pressoché insignificante, ben potrà praticare un prezzo sovra-competitivo. È di tutta evidenza come anche l'ipotesi da ultimo considerata rappresenti un'estrinsecazione del criterio del concorrente efficiente: in particolare, un'impresa efficiente quanto l'impresa dominante, ma sprovvista dei mezzi finanziari che ad essa derivano dalla sua posizione dominante, non potrà attuare condotte di mercato non sorrette da una giustificazione economica.

⁴²⁰ MANZINI P., *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, op. cit., p.

⁴²¹ Bisogna segnalare che, a differenza del sistema *antitrust* statunitense, quello europeo sanziona le pratiche di *predatory pricing* pur in assenza del *recoupment*.

SEZIONE III – CONCLUSIONI

12. Il fascino senza tempo del *form-based approach*

Per le ragioni finora ripercorse, la concorrenza basata sui meriti si candida a divenire, d'ora in avanti, il criterio di riferimento nel giudizio circa l'abusività delle condotte escludenti.

Ad avviso di chi scrive, la crescente importanza della relativa nozione impone un generale ripensamento in merito ai rapporti tra l'approccio formalistico (definito *supra* "*form-based approach*") e le metodologie valutative imperniate sull'analisi economica (c.d. "*effects-based*"), precipitati diretti del c.d. *more economic approach*, nel contesto del diritto della concorrenza euro-unitario. Si badi: non è intenzione delle presenti conclusioni quella di predicare un acritico e incondizionato ritorno al passato.

L'*effects-based approach*, del resto, ha avuto l'indubbio merito di aver contribuito all'incremento del grado di effettività e di precisione dell'*enforcement antitrust*. Non sono mancate voci⁴²², tuttavia, che hanno evidenziato come lo stesso abbia altresì determinato una progressiva frustrazione dei valori della certezza del diritto e della prevedibilità dell'esito delle valutazioni della Commissione e della CGUE. In definitiva, ciò è valso ad incrementare l'imperscrutabilità, agli occhi dei più, delle decisioni in materia *antitrust*.

Queste ragioni militano a favore dell'individuazione di una sintesi tra i dei due indirizzi menzionati in apertura, pur apparentemente antitetici. Nello stesso senso, occorre considerare come l'individuazione di una "terza via" riporterebbe all'interno dei, maggiormente ortodossi, binari del diritto il fenomeno *antitrust*, reso nel tempo e per mezzo di un intenso ricorso all'*effects-based approach* un'enclave economica nel mondo giuridico. La "*eterogenesi dei fini*"⁴²³ che si è verificata a riguardo, del resto, è avvenuta in assenza di qualsivoglia appiglio di diritto positivo e di solide giustificazioni sul piano razionale. Non si nega che un approccio volto ad indagare la sostanza economica dei contegni di mercato abbia contribuito a

⁴²²PODSZUN R., ROHNER T., *Making Article 102 TFEU Future-Proof – Learnings from the Past*, 2023, disponibile presso <https://ssrn.com/abstract=4428170> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4428170>, p. 10

⁴²³MANZINI P., *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, op. cit., p. 3

meglio indirizzare l'attività d'indagine delle Autorità precedenti, ma, allo stesso modo, neppure può tacersi che la scienza economica spesso non è in grado di fornire una risposta univoca, specie in relazione alle fattispecie più complesse⁴²⁴. Ogni criterio di valutazione, insomma, espone il sistema all'incertezza. Pertanto, per meglio sopportare detto rischio, è preferibile riportare l'applicazione del diritto *antitrust* a canoni di diritto positivo, contemporaneamente massimizzando le contrapposte esigenze che vengono in rilievo.

In considerazione dei complessi intrecci tra l'economia e il diritto in materia *antitrust*, dunque, ritengo che non vi siano ragioni insuperabili che ostino ad implementare un "nuovo approccio", mediano tra quello di carattere prettamente economico e quello giuridico, per l'*enforcement* dell'art. 102 TFUE (e, conseguentemente, dell'art. 3 l. 287/90).

Più nello specifico, i giudici di Lussemburgo potrebbero tesaurizzare l'esperienza maturata in relazione all'analisi economica per mitigare la rigidità e le storture di un'impostazione eccessivamente formalistica, qual è quella che si è avuta nel corso della prima stagione applicativa, contemporaneamente non rinunciando a una valutazione di stampo giuridico delle condotte.

A proposito, si ritiene che i semi del bilanciamento anzi descritto siano già stati sparsi dalla giurisprudenza sovranazionale in materia di abusi escludenti. Laddove, infatti, a differenza dell'A.G. Rantos – il quale, se ne dà conto per completezza, apertamente sostiene l'*effects-based approach* - si considerassero i due fattori dell'idoneità preclusiva delle pratiche (nei confronti dei concorrenti altrettanto efficienti) e della *competition on the merits* come elementi autonomi del giudizio di abusività, l'operazione di bilanciamento risulterebbe già definita nella sua struttura essenziale.

In particolare, i principi generali affermati dalla Corte in merito alle pratiche che possono considerarsi rientranti in una concorrenza basata sui meriti potrebbero rappresentare il primo criterio, rientrante nell'analisi "per tipi" normativi, da

⁴²⁴ PODSZUN R., ROHNER T., *Making Article 102 TFEU Future-Proof – Learnings from the Past*, 2023, disponibile presso <https://ssrn.com/abstract=4428170>, p. 10; l'autore, in particolare, sostiene che "“*economics as a scientific discipline does not provide binary yes/no-decisions on complex phenomena*” (“l'economia come disciplina scientifica non fornisce risposte binarie, di carattere positivo o negativo, (sì/no) su fenomeni complessi”).

prendere in considerazione nella qualificazione degli abusi. Certamente, tuttavia, non potrebbe essere l'unico.

In un'ottica di bilanciamento, infatti, il ricorso all'*economic assessment* sarebbe necessario solo quando, pur risultando la pratica in astratto conforme alla *competition on the merits*, i suoi dimostrabili effetti anticoncorrenziali fossero significativi, in quanto amplificati dalla posizione dominante detenuta dall'impresa autrice.

Non bisognerebbe ricorrere a un'approfondita valutazione economica, invece, ogniqualvolta le pratiche concretamente esaminate si discostassero significativamente dalla concorrenza basata sui meriti. Anche in questo caso, del resto, rimarrebbe salva la possibilità per l'impresa dominante di ricorrere alla c.d. *efficiency defence* per sottrarsi al divieto. Così facendo, almeno con riferimento ai casi più evidenti di scostamento dalla *competition on the merits*, l'Autorità procedente beneficerebbe dell'alleggerimento dell'onere probatorio a suo carico, verificandosi l'inversione dello stesso sull'impresa che intendesse dimostrare che, nonostante l'abnormità della pratica da essa realizzata, la stessa fosse risultata in ogni caso vantaggiosa per i consumatori.

Inoltre, la "terza via" che si propone sembra incontrare gli ultimissimi orientamenti della Corte di Giustizia dell'UE, emersi dalle statuizioni da essa rese nel caso *Unilever Italia*⁴²⁵. La Corte ha affermato che "l'uso, da parte di un'impresa in posizione dominante, di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti può essere sufficiente, in determinate circostanze, a denotare l'esistenza di un [...] abuso"⁴²⁶ e che, pertanto, "le autorità garanti della concorrenza non possono avere l'obbligo giuridico di fondarsi sul criterio del concorrente altrettanto efficiente per dichiarare il carattere abusivo di una prassi"⁴²⁷. La conferma di una siffatta impostazione emerge ancor più chiaramente se si considera che, in virtù del distinguo ormai pacificamente operato dalla giurisprudenza sovranazionale, il c.d. *criterio del concorrente altrettanto efficiente* è un *quid alium* rispetto al *test* omonimo (c.d. "AEC" test) e rappresenta la traduzione giuridica dell'*effects based approach*.

⁴²⁵ CGUE, C-680/20, *Unilever Italia Mkt.*, sent. del 19 gennaio 2023

⁴²⁶ *Ibid.*, par. 57

⁴²⁷ *Ibid.*, par. 58

Infine, l'approccio valutativo "intermedio", così come descritto, risulta particolarmente efficiente.

Invero, esso risulta in grado di mitigare i "costi" delle due metodologie tradizionali, esprimendone contemporaneamente i relativi benefici. Da una parte, canoni interpretativi maggiormente formalistici rafforzerebbero la certezza del diritto e la prevedibilità circa la valutazione delle condotte presuntivamente abusive. Allo stesso tempo, ne risulterebbe alleggerito l'onere probatorio gravante sulle Autorità – e di conseguenza, la dispendiosità e la lunghezza dei procedimenti – in relazione alle pratiche manifestamente contrarie a una concorrenza basata sui meriti. Dall'altra, canoni valutativi attenti alla sostanza economica riporterebbero sotto la scure *antitrust* i contegni di mercato apparentemente "ordinari", ma produttivi di significativi effetti anticoncorrenziali.

13. La terza via

Le riflessioni finora svolte conducono fino al cuore di una risalente dottrina: l'ordoliberalismo.

Facendo un passo indietro, l'approccio della Corte di Giustizia rispetto agli indirizzi di fondo del diritto della concorrenza è stato, nel tempo, cangiante, tanto che ne è stata operata una vera e propria periodizzazione (a proposito si v. §4.1).

Evidentemente, ciò ha fatto dell'*antitrust* euro-unitario un diritto poliedrico nei fini e dall'anima eclettica, come pure è stato puntualizzato in dottrina⁴²⁸. Questa impostazione merita di essere condivisa.

Senza dubbio, nell'individuazione delle linee di fondo del diritto della concorrenza, gli ermeneuti hanno goduto di amplissimi margini di azione, complice l'assenza di un'esplicita opzione legislativa di fondo. Il *lawmaker* europeo, in altri termini, non si è mai espresso a favore del benessere del consumatore, o del benessere totale, o di qualsiasi altro degli innumerevoli paradigmi di stampo economico che sono stati proposti nel tempo. Per vero, neppure un espresso indirizzo è mai stato formulato a favore del più generale *welfarist approach* (nozione che ricomprende i diversi *standard* economici imperniati sul canone del benessere).

⁴²⁸ ELIAS D., STAVROS M., *Exploring the Ordoliberal Paradigm: The Competition-Democracy Nexus*, 2016, Competition Law Review (2016) Volume 11 Issue 2, EUI Department of Law Research Paper N. 2017/03, disponibile presso SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3166005>, p. 195

Per ragioni di stretto diritto positivo, dunque, si contesta l'appiattimento della giurisprudenza sovranazionale sul canone del benessere del consumatore e, in generale, sul c.d. *more economic approach*, autonomamente individuato dalla Commissione in risposta ai pressanti stimoli provenienti in tal senso dalla dottrina. D'altro canto, l'*iter* logico-argomentativo spesso seguito dai giudici di Lussemburgo in sede applicativa e da essi normalmente incasellato nella categoria dogmatica del *consumer welfare* – talvolta, non da ultimo nella sentenza *Servizio Elettrico Nazionale*, esplicitamente richiamato – ben si presta ad essere meglio inquadrato all'interno di altre, non meno autorevoli, cornici teoriche.

Ciò che si sostiene, insomma, è che alla domanda posta in apertura – “*ma a che serve l'antitrust?*” – la risposta, come spesso accade nel mondo del diritto, è: “dipende”; ciò vale a maggior ragione se si guarda al contesto europeo.

Non v'è alcun motivo, ad esempio, per negare la perdurante validità degli obiettivi integrazionistici che hanno caratterizzato la prima stagione applicativa. E se nessuna ragione milita in tal senso, neppure appare opportuno riporre in soffitta le risalenti, ma non obsolete, elaborazioni teoriche del pensiero ordoliberal. Ciò, se non altro, perché secondo un'interpretazione – per vero, non incontrovertita – le medesime avrebbero giocato un ruolo fondamentale nella nascita e nel successivo sviluppo del diritto *antitrust* europeo⁴²⁹, fino ai giorni nostri (secondo alcuni, addirittura in misura più rilevante ai nostri giorni⁴³⁰).

Sull'attualità dell'ordoliberalismo ci si concentrerà nei paragrafi successivi, tentando di farne *fil rouge* di un percorso che, inversamente rispetto a quello seguito finora, porti dalla nozione di *competition on the merits* fino alla questione fondamentale relativa agli obiettivi di fondo del diritto *antitrust*. In via preliminare, tuttavia, è bene introdurre i fondamenti delle teorie ordoliberali.

⁴²⁹ CRANE D. A., *Antitrust as an Instrument of Democracy*, 72 *Duke Law Journal Online* 23-40 (2022), p. 37

⁴³⁰ Sostiene a proposito OSTI che “*L'influenza delle teorie ordoliberali sulla genesi del diritto della concorrenza europeo è ampiamente dibattuta, e di certo anche grandemente enfatizzata. Il che non toglie che, come dimostrato da questo implicito e piuttosto spurio rinvio, esse abbiano assunto una notevole rilevanza nella prassi decisionale delle corti europee, non tanto dall'origine, ma proprio in tempi molto più vicini a noi*” (OSTI, *Ma a che serve l'antitrust?*, op. cit., pp. 117-118)

14. L'ordoliberalismo

L'ordoliberalismo è una “*dottrina socioeconomica*”⁴³¹, variante del pensiero liberale, il cui nome trae origine dalla rivista *Ordo*, “*costituitasi al principio degli anni Trenta del Novecento attorno agli economisti Walter Eucken e Leonhard Miksch e ai giuristi Franz Böhm e Hans Grossmann-Doerth*”⁴³² e nota anche come Scuole di Friburgo.

La nascita dell'ordoliberalismo si colloca in un'epoca di profonde crisi per la sua patria: la Germania, uscita dell'infruttuosa esperienza della Repubblica di Weimar, stava per entrare nella fase più buia della sua storia. Proprio in quegli anni, infatti, il partito nazionalsocialista stava per dar vita all'orrido totalitarismo nazista. Allargando lo sguardo, mentre il mondo era diviso tra le ideologie collettiviste e il capitalismo di matrice statunitense, la scuola di Friburgo si proponeva di indicare una “*terza via*”⁴³³, condensata nell'espressione “*economia sociale di mercato*”⁴³⁴.

L'impostazione teorica muove dalla condivisione di due fondamentali nozioni proprie del liberismo classico “*that competition is necessary for economic well-being and that economic freedom is an essential concomitant of political freedom*”⁴³⁵ (“*che la concorrenza è necessaria per il benessere economico e che la libertà economica è un aspetto necessario per la libertà politica*”). A differenza dei liberisti classici, tuttavia, gli ordoliberali non sposano il mito del *laissez-faire*. Il mercato, lasciato da solo, genera potentati economici, che si sostituiscono ai poteri costituiti e finiscono per calpestare le libertà individuali.

Per queste ragioni, la politica pubblica dovrebbe contribuire alla costruzione di uno Stato, da una parte, rispettoso dei diritti fondamentali (libertà politiche), ma, dall'altra, a tal punto forte da essere in grado di contrastare le minacce alla libertà

⁴³¹ TRECCANI, *Ordoliberalismo*, disponibile presso https://www.treccani.it/enciclopedia/ordoliberalismo_%28altro%29/

⁴³² SOMMA A., *L'economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: torna di moda un passato mai passato*, 2009, Centro Einaudi, disponibile presso <https://www.centroeinaudi.it/biblioteca-della-liberta/edizione-online/archivio-edizione-online-categoria/116-anno-xliv-maggio-agosto-2009-n-195/8093-leconomia-sociale-di-mercato--1-il-fascino-della-terza-via-torna-di-moda-un-passato-mai-passato.html>, p. 7

⁴³³ DALE G., *Justificatory Fables of Ordoliberalism: Laissez-faire and the “Third Way”* Critical Sociology, 45(7–8), 1047–1060. <https://doi.org/10.1177/0896920519832638>

⁴³⁴ Ibid.

⁴³⁵ GERBER D. J., *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism*, 1994, Competition Law and the “New” Europe. *The American Journal of Comparative Law*, 42(1), 25–84, <https://doi.org/10.2307/840727>, p. 36

individuale provenienti dall'eccessiva concentrazione del potere economico (libertà economica).

A tal fine risulta essenziale la predisposizione di una “*costituzione economica*”, la quale dovrebbe “*include basic principles to counteract any tendencies that could neutralise competition*”⁴³⁶ (“*includere dei principi di base per contrastare ogni tendenza che potrebbe far venir meno la concorrenza*”). Se così non fosse, l'estrema concentrazione del potere economico che ne deriverebbe finirebbe, inevitabilmente, per degenerare in forme di governo illiberali. La dimostrazione storica di un siffatto rapporto proverrebbe proprio dalla drammatica esperienza della Germania nazista, nella quale “*the excessive concentration of economic power reinforced and was reinforced by the excessive concentration of political power in the hands of the State*”⁴³⁷ (“*la concentrazione eccessiva del potere di mercato ha rinforzato e ha tratto giovamento dall'eccessiva concentrazione del potere politico nelle mani dello Stato*”).

Su questo *background* concettuale si innestano le teorie ordoliberali della concorrenza.

La Scuola di Friburgo, come si ha avuto modo di sottolineare finora, ricollega al meccanismo concorrenziale ben altri fini che la sola massimizzazione del benessere dei consumatori o del benessere totale. Ciò non equivale a dire, tuttavia, che questi ultimi aspetti non rappresentino dei *naturalia* della concorrenza, ma solo che la tutela della struttura concorrenziale del mercato sia considerata come un valore meritevole di tutela in sé, in quanto preconditione per lo sviluppo delle libertà individuali. A proposito, è stato sostenuto in dottrina che “*unlike the welfarist approach, the Freiburg School did not perceive efficiency as the sole and ultimate goal of competition. Instead, it underlined that the efficiency-enhancing nature of competition must be reconciled with other goals ensuring a humane, free and democratic economic order*” (“*a differenza dell'approccio welfarista, la Scuola di Friburgo non percepiva l'efficienza come unico e ultimo obiettivo della*

⁴³⁶ LOVDAHL GORMSEN L., *The Conflict between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC*, 2014, disponibile presso <https://doi.org/10.2139/ssrn.2400376>, p. 333

⁴³⁷ ELIAS D., STAVROS M., *Exploring the Ordoliberal Paradigm: The Competition-Democracy Nexus*, 2016, Competition Law Review (2016) Volume 11 Issue 2, EUI Department of Law Research Paper N. 2017/03, disponibile presso SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3166005>, p. 188

competizione. Ha invece sottolineato che la natura di miglioramento dell'efficienza della concorrenza deve essere conciliata con altri obiettivi che garantiscano un ordine economico umano, libero e democratico”).

La sua influenza sul diritto euro-unitaria risulta immediatamente tangibile, fin dall'enunciazione degli obiettivi fondamentali dell'Unione Europea. Tale legame appare evidente se solo si considera che “è dall'ordoliberalismo che si sviluppa l'economia sociale di mercato”⁴³⁸, formula che ad oggi compare all'art. 3 par. 3 TUE⁴³⁹.

15. “Nuove” soluzioni per “vecchi” problemi: l'ordoliberalismo

Si è giunti alla conclusione della presente trattazione. Come si è anticipato, nuovi sviluppi possono farsi discendere sulla questione relativa alle linee direttrici del diritto *antitrust* a partire dalle enunciazioni in materia di *competition on the merits*. Appare doveroso precisare i termini della questione. Si ha avuto modo di sottolineare la particolare influenza esercitata dalle dottrine economiche sull'*enforcement* del diritto della concorrenza. Ciò è vero fino al punto che CGUE ha sostanzialmente messo da parte gli obiettivi integrazionistici, che hanno largamente pesato sui suoi giudizi nel corso della prima stagione applicativa, in ossequio al c.d. *more economic approach*.

Nonostante la svolta in senso economico sia stata generalmente salutata con favore, non sono mancate posizioni più caute, anche all'interno delle Aule di Lussemburgo. Da ultimo, l'A.G. Kokott (nelle conclusioni rese nel contesto della causa *Post Danmark*) ha sostenuto che “in un periodo in cui si moltiplicano le richieste di adottare un approccio più economico nel diritto europeo della concorrenza («*more economic approach*») [...] la Corte non dovrebbe lasciarsi troppo influenzare dallo spirito del tempo (*'Zeitgeist'*) o da tendenze passeggero quanto piuttosto riallacciarsi alle basi giuridiche su cui si fonda il divieto di abuso di posizione

⁴³⁸ SOMMA A., *L'economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: torna di moda un passato mai passato*, 2009, Centro Einaudi, disponibile presso <https://www.centroeinaudi.it/biblioteca-della-liberta/edizione-online/archivio-edizione-online-categoria/116-anno-xliv-maggio-agosto-2009-n-195/8093-leconomia-sociale-di-mercato--1-il-fascino-della-terza-via-torna-di-moda-un-passato-mai-passato.html>, p. 9

⁴³⁹ Il quale, per i fini che qui rilevano, prevede che “L'Unione [...] si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato [...] su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva [...]”

dominante nel diritto dell'Unione"⁴⁴⁰.

È chiaro, infatti, che anche l'obiettivo del *consumer welfare*, generalmente ritenuto il più tecnico degli *standard*, sottende più d'un giudizio di valore, in quanto (a) preferisce alcuni attori del mercato rispetto ad altri (i consumatori rispetto alle imprese), (b) preferisce un gruppo specifico di consumatori (quelli che fruiscono dei beni o servizi prodotti nel mercato rilevante) rispetto alla generalità dei restanti (coloro che si collocano al di fuori del mercato rilevante). Tuttavia, né ragioni oggettive, incontrastate o incontrastabili, né solidi argomentazioni di diritto positivo militano in tal senso. Evidentemente, esiste un cortocircuito, ingenerato dall'egemonia della dottrina economica in materia *antitrust*, tra ciò che il diritto della concorrenza dovrebbe essere (pur secondo autorevoli voci) e ciò che esso effettivamente è se considerato attraverso la lente dei rigorosi canoni interpretativi di stampo giuridico. Ciò ha rilevato in sostanza l'A.G. Kokott.

Pertanto, occorre verificare fino a dove conduca un'analisi improntata sull'individuazione delle "*basi giuridiche su cui si fonda il divieto di abuso di posizione dominante*"⁴⁴¹.

Le norme fondamentali dei Trattati in materia di concorrenza, riportate *supra*, suggeriscono un approccio di carattere *latu sensu* procedurale, finalizzato alla tutela della concorrenza quale istituzione, più che al solo benessere dei consumatori. Tale obiettivo si pone in linea con le elaborazioni del pensiero ordoliberal, il quale, del resto, appare il riferimento più immediato nell'individuazione per via ermeneutica di un obiettivo ultimo del diritto della concorrenza.

In primo luogo, infatti, è opinione comune che lo stesso abbia esercitato un'influenza determinante sulla nascita⁴⁴² e lo sviluppo del diritto della concorrenza sovranazionale.

Basti considerare, a tal proposito, che le categorie linguistiche ordoliberaliste hanno plasmato molte delle terminologie che oggi compaiono nei Trattati ("*economia*

⁴⁴⁰ KOKOTT J., Conclusioni dell'Avvocato Generale del 21 maggio 2005, C-23/14, par. 4

⁴⁴¹ Ibid.

⁴⁴² V. a proposito, RANTOS A., Conclusioni dell'Avvocato Generale, C-377/20, cit., par. 93

sociale di mercato”⁴⁴³) e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE, tra le quali spicca proprio quella della “*concorrenza basata sui meriti*”⁴⁴⁴.

Una seconda ragione ha natura sistematica. La protezione della struttura concorrenziale del mercato per sé, in quanto istituzione e viatico per la massimizzazione di altre fondamentali istanze, risulta maggiormente coerente con la lettera delle norme fondamentali dei Trattati⁴⁴⁵. Allo stesso modo, essa appare conforme con quelle affermazioni dei giudici di Lussemburgo che attribuiscono alle norme *antitrust* “*l’obiettivo di evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell’interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuiscono a garantire il benessere all’interno dell’Unione europea*”⁴⁴⁶.

Bisogna domandarsi, allora, per quale ragione la soluzione della seconda questione pregiudiziale formulata nel caso *Servizio Elettrico Nazionale* abbia individuato il benessere dei consumatori quale obiettivo fondamentale del diritto della concorrenza.

A mio avviso, potrebbe ritenersi che la Corte abbia tentato di operare la *reductio ad unum* di due fondamentali principi, *prima facie* contrastanti, da essa affermati in materia. Ci si riferisce, in primo luogo, alle statuizioni sopra menzionate, che annoverano l’interesse pubblico tra i fini di tutela dell’*antitrust*. In secondo luogo, a quello per cui “*il benessere dei consumatori, sia intermedi sia finali, deve essere considerato l’obiettivo ultimo che giustifica l’intervento del diritto della concorrenza per reprimere lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato interno*”⁴⁴⁷.

Il complesso di tali principi suggerisce che l’obiettivo finale del diritto *antitrust* sia la tutela del *consumer welfare* e che le pratiche pregiudizievoli per la struttura concorrenziale del mercato siano meritevoli di sanzioni in quanto danneggiano,

⁴⁴³ Art. 3 par. 3 TUE

⁴⁴⁴ In particolare, essa rappresenterebbe la “performance competition (Leistungswettbewerb)” contrapposta all’“impediment competition (Behinderungswettbewerb)” (GERBER D. J., *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the “New” Europe*, 1994, *The American Journal of Comparative Law*, 42(1), 25–84, <https://doi.org/10.2307/840727>)

⁴⁴⁵ In tal senso si consideri l’interpretazione dell’art. 3 par. 1 lett. b) fornita dalla CGUE nei casi CGUE, C-202/07, *France Télécom/Commissione*, sent. del 2 aprile 2009, par. 103, CGUE, C-280/08, *Deutsche Telekom/Commissione*, sent. del 14 ottobre 2010, par. 170

⁴⁴⁶ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, cit., par. 41

⁴⁴⁷ CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, cit., par. 46

seppur indirettamente, i consumatori. Ritengo, tuttavia, che tale *iter* argomentativo, pur convincente ed elegante, muova dall'esigenza di fornire una risposta univoca a un interrogativo strutturato su due alternative. La complessità della questione, tuttavia, avrebbe necessitato la rottura dei "confini" della risposta, precostituiti dal giudice del rinvio, e, anche in questo caso, l'individuazione di una terza via.

Non può negarsi, infatti, che relativamente agli abusi di sfruttamento l'obiettivo più idoneo a descrivere gli indirizzi di *enforcement* del diritto della concorrenza coincida con il benessere dei consumatori (locuzione da non intendersi necessariamente nel significato ad essa generalmente ricondotto dalla teoria economica).

Neppure, tuttavia, può radicalmente escludersi che detti indirizzi si identifichino con la protezione della struttura concorrenziale del mercato in quanto tale, nel senso ordoliberal del termine. A proposito, è stato sostenuto in dottrina che "*the structure of EU Competition Law and the case law of the Court seem to be compatible in many instances with an ordoliberal understanding of competition law and the idea of a competition-democracy nexus*"⁴⁴⁸ ("la struttura del diritto comunitario della concorrenza e la giurisprudenza della Corte sembrano essere compatibili in molti casi con un'interpretazione ordoliberale del diritto della concorrenza e con l'idea di un nesso concorrenza-democrazia").

Del resto, nessuna contraddizione vi sarebbe tra un'interpretazione di matrice ordoliberale e la dottrina dell'*efficiency defence*. Quest'ultima, comunemente giustificata in un'ottica welfarista – ovvero, l'esenzione dal divieto deriva dall'assenza di pericolosità della pratica per l'obiettivo di tutela del benessere dei consumatori – trova adeguata collocazione anche in una cornice di stampo ordoliberal. Le pratiche presuntivamente escludenti, ma produttive di effetti vantaggiosi per i consumatori, infatti, non incontrano sanzione alcuna perché, essendo conformi a una concorrenza basata sui meriti, non pregiudicano la struttura concorrenziale di mercato e, in definitiva, non hanno natura anticoncorrenziale.

Infine, anche sotto i profili di rilievo per tale, conclusivo, paragrafo, è possibile cogliere l'estrema duttilità, poliedricità, o eclettismo – che dir si voglia – del diritto

⁴⁴⁸ DEUTSCHER E., MAKRIS S., *EXPLORING THE ORDOLIBERAL PARADIGM: THE COMPETITION-DEMOCRACY NEXUS*, 2017, EUI Working Paper LAW 2017/03, European University Institute, p. 12

della concorrenza *euro-unitario*. La “fluidità applicativa” che lo caratterizza ha comportato nel tempo vantaggi e svantaggi; in estrema sintesi, ritengo che a questi ultimi si potrebbe ovviare mediante l’implementazione di due “terze vie”. Da un lato, virando dall’attuale rigidità dell’analisi economica verso un approccio di valutazione “misto”, che tenga insieme criteri formalistici e antiformalistici, relativamente agli abusi di esclusione. Dall’altro, quanto all’obiettivo di *enforcement* dell’art. 102 TFUE rispetto a questi ultimi, sostengo che un’impostazione meno improntata alla rigida quantificazione del pregiudizio sofferto dai consumatori quale elemento costitutivo della fattispecie, incrementerebbe l’effettività e l’efficienza del diritto *antitrust* euro-unitario. La protezione della struttura concorrenziale *per se*, che suggerisco quale interpretazione alternativa, desumibile dalle rilevanti statuizioni giurisprudenziali in materia, consente la contemporanea massimizzazione di diversi obiettivi, di carattere economico ed extra-economico. Ciò è necessario per preparare l’art. 102 TFUE alle sfide poste dal futuro. Ne deriverebbe, in definitiva, un incremento nella *vis attractiva* del diritto *antitrust*, specie nei confronti delle pratiche realizzate dalle imprese super-dominanti nei mercati digitali, caratterizzati da un’elevatissima concentrazione e da un grado infimo di libertà economica, sensibilmente rischiose per la tenuta del sistema democratico nel suo insieme.

BIBLIOGRAFIA

- BLAIR D. G., *Combines, Controls or Competition?*, 1953, Canadian Bar Review 1083, 1953;
- BLAIR R. D., SOKOL D. D., *Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement*, Fordham L. Rev. 2497, 2013;
- BRUZZONE G., *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e Problemi*, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, 1995;
- CATRICALÀ, CAZZATO, FIMMANÒ, (a cura di) *Diritto Antitrust*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021;
- CRANE D. A., *Antitrust as an Instrument of Democracy*, 72 Duke Law Journal Online, 23-40, 2022;
- DALE G., *Justificatory Fables of Ordoliberalism: Laissez-faire and the "Third Way"*, Critical Sociology, 45(7-8), 1047-1060, 2019;
- DASKALOVA, V., *Consumer Welfare in EU Competition Law: What is It (Not) About?*, The Competition Law Review (2015), 2015, Vol. 11, pp 131-160, TILEC Discussion Paper No. 2015-011;
- ELIAS D., STAVROS M., *Exploring the Ordoliberal Paradigm: The Competition-Democracy Nexus*, 2016, Competition Law Review (2016), Volume 11, Issue 2, EUI Department of Law Research Paper N. 2017/03;
- GERBER D. J., *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism*, 1994, Competition Law and the "New" Europe, The American Journal of Comparative Law, 42(1), 25-84;
- GERBETI A., voce *SISTEMA ELETTRICO* in Enciclopedia Italiana - IX Appendice, 2015, Treccani.it, [https://www.treccani.it/enciclopedia/sistema-elettrico_\(Enciclopedia-Italiana\)](https://www.treccani.it/enciclopedia/sistema-elettrico_(Enciclopedia-Italiana));
- GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Seconda edizione, 2019, G. Giappichelli, Torino;
- HAYEK, *Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, 1948;

- HOVENKAMP E., *Un esame dell'antitrust del dopo Chicago*, 2001, in *Mercato Concorrenza Regole*, Rivista quadrimestrale, 1/2001, doi: 10.1434/114;
- KHAN B. Z., *ANTITRUST AND INNOVATION BEFORE THE SHERMAN ACT*, 2011, *Antitrust Law Journal*, 77(3), 757–786;
- KOKOTT J., Conclusioni dell'Avvocato Generale del 21 maggio 2005, C-23/14;
- LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014;
- LIBERTINI M., *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, Rivista Telematica – Anno VI, numero 3, 2018;
- LINDEBOOM, J., *Towards a Unified Judicial Philosophy of Article 102 TFEU? Servizio Elettrico Nazionale SpA (C-377/20)*, 2022, EU Law Live, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 22/2022;
- LOVDAHL GORMSEN L., *The Conflict between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC*, 2014;
- MAGGIOLINO, *La nozione antitrust di impresa ai tempi della sharing economy e la tutela dei lavoratori: per l'arretramento del diritto antitrust*, *Rivista delle Società*, 2019, vol.64, no. 5-6, pp.1200-1236;
- MANZINI P., *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, 2023, Giappichelli, Torino;
- MATTEUZZI J., *Inbound Marketing: Le nuove regole dell'era digitale*, 2014 Flaccovio, Palermo;
- MAZZONI A., *La nozione di impresa nel diritto antitrust, in 20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), 2010;
- MELAMED A.D., PETIT N., *The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets*, *Rev Ind Organ*, 2019;
- OECD, *The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*, 2023, OECD Competition Policy Roundtable Background Note;

- OSTI C. *Ma a che serve l'antitrust?*, 2015, *Il Foro Italiano*, 138(2), 113/114-121/122, disponibile presso <http://www.jstor.org/stable/44883987>;
- PACE L. F., *Diritto europeo della concorrenza, Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, CEDAM, 2007;
- PACE L. F., *La Corte di giustizia, la "nascita" del diritto antitrust europeo e i tre building blocks della giurisprudenza in materia di artt. 101 e 102 TFUE*, I Post di AISDUE, I, 2019, Sezione "Convegni annuali e interinali" n. 10, 9 ottobre 2019
- PODSZUN R., ROHNER T., *Making Article 102 TFEU Future-Proof – Learnings from the Past*, 2023 disponibile presso <https://ssrn.com/abstract=4428170>
- POSNER R. A., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 1979, *University of Pennsylvania Law Review*, 127(4), 925–948. <https://doi.org/10.2307/3311787>
- RANTOS, Conclusioni dell'Avvocato Generale del 9 dicembre 2021 C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*
- SABIN P., *Overview: Antitrust and Monopoly*, 2023 Energy History Online, Yale University, 2023
- SCHMIDTCHEN D., ALBERT M., VOIGT S., *The More Economic Approach to European Competition Law, Conferences on New Political Economy*, 24, Mohr Siebeck, Tubinga. 2007;
- SOMMA A., *L'economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: torna di moda un passato mai passato*, 2009, Centro Einaudi;
- STIGLER G. J., *The Origin of the Sherman Act*, *The Journal of Legal Studies*, 14(1), 1–12, 1985;
- SVEND A., *Consumer Welfare in EU Competition Policy*, 2013, p. 70, disponibile presso https://www.researchgate.net/publication/325804961_Consumer_Welfare_in_EU_Competition_Policy
- TIZZANO A., *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, *Italian Antitrust Review*, 2015, 2. 10.12870/iar-11374;

- TRECCANI, *Ordoliberalismo*, disponibile presso https://www.treccani.it/enciclopedia/ordoliberalismo_%28altro%29/;
- VAN DEN BERGH R., GIANNACCARIA A., *L'approccio più economico nel diritto comunitario della concorrenza. Il più è troppo o non (ancora) abbastanza?* in *Mercato Concorrenza Regole, Rivista quadrimestrale* 3/2014, pp. 393-434;

Riferimenti giurisprudenziali e provvedimenti

- AGCM, Del. 25152 del 22 ottobre 2014;
- AGCM, provv. n. 26581/2017, A511-ENEL/*Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*;
- AGCM, provv. n. 27494/2018, A511-ENEL/*Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*;
- AGCM, Bollettino annuale, 2019, par. 4.1;
- CGUE, C-8/72, *Vereening van Cementhandeleren*, sent. del 17 ottobre 1972;
- CGUE, C 6-7/72, *Continental Can*, sent. del 21 febbraio 1973;
- CGUE, C- 27/76, *United Brands c. Commissione delle Comunità Europee*, sent. del 14 febbraio 1978;
- CGUE, C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, sent. del 13 febbraio 1979;
- CGUE, C-322/81, *Michelin*, sent. del 9 novembre 1983;
- CGUE, C-41/90, *Höfner ed Elser c. Macrotron*, sent. del 23 aprile 1991;
- CGUE, C-62/86, *Akzo Chemie/Commissione*, sent. del 3 luglio 1991;
- CGUE, C-159/91, *Poucet e Pistre / AGF e Cancava*, sent. del 17 febbraio 1993;
- CGUE, C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, sent. del 19 gennaio 1994;
- CGUE, C-35/96, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Italiana*, sent. del 18 giugno 1998;
- CGUE, C-395/96 P E C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, sent. del 16 marzo 2000;

- CGUE, C-180/98 a C-184/98, *Pavel Pavlov e Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, sent. del 12 settembre 2000;
- CGUE, C-309/99, *Wouters e a.*, sent. del 19 febbraio 2002;
- CGUE, C-95/04 P, *British Airways*, sent. del 15 marzo 2007;
- CGUE, C-202/07, *France Télécom/Commissione*, sent. del 2 aprile 2009;
- CGUE, C-407/08, *Knauf Gips KG c. Commissione europea*, sent. del 1 luglio 2010;
- CGUE, C-280/08, *Deutsche Telekom/Commissione*, sent. del 14 ottobre 2010;
- CGUE, C-90/09 P, *General Química e a./Commissione*, sent. del 20 gennaio 2011;
- CGUE, C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, sent. del 17 febbraio 2011;
- CGUE, C-209/10, *Post Danmark*, sent. del 27 marzo 2012;
- CGUE, C-457/10 P, *AstraZeneca*, sentenza del 6 dicembre 2012;
- CGUE, C-516/15 P, *Akzo Nobel e a./Commissione*, sent. del 27 aprile 2017;
- CGUE, C-413/14 P, *Intel*, sent. del 6 settembre 2017;
- CGUE, C-447/17 P e C-479/17 P, *Unione europea/Guardian Europe Sàrl*, sent. del 5 settembre 2019;
- CGUE, C-307/18, *Generics (UK)*, sent. del 30 gennaio 2020 ;
- CGUE, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, sent. del 12 maggio 2022;
- CGUE, C-680/20, *Unilever Italia Mkt.*, sent. del 19 gennaio 2023;
- Cons. Stat., sent. 4733/2017
- Cons. Stat., sent. 315/2020
- Cons. Stat., ord. 4646/2020
- Cons. Stat., sent. n. 5885/2020
- Cons. Stat., sent. 10571/2022
- TAR Lazio, sent. 11954/2019
- TAR Lazio, sent. 11957/2019
- TAR Lazio, sent. 11958/2019
- Tribunale UE, T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum/Commissione*, sent. del 10 aprile 1993

Riferimenti normativi e ad atti di *soft law*

- Commissione Europea, 97/C 372/03, Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza;
- Commissione Europea, 2004/C 101/07, Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato;
- Commissione Europea, 2009/ C 45/02, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti;
- d.lgs 196/2003
- d.lgs. 185/2021;
- d.lgs. 79/1999;
- Decreto del Ministero delle Attività Produttive n. 12 del 20.05.2005, in Gazzetta Ufficiale n. 98 del 29.04.2005;
- Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 15.12.2010, in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 4 del 07.01.2011;
- Del. ARERA n. 296/2015;
- Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003;
- Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014;
- Direttiva 2019/1/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018
- l. 1643/1962;
- l. 287/19990;
- Reg. (CE) n. 1/2003;
- TFUE;
- Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea;
- TUE;

Sitografia

- Sorgenia, Cos'è la Rete di Trasmissione Nazionale, Sorgenia.it, <https://www.sorgenia.it/guida-energia/rete-di-trasmissione-nazionale-rtn>
- Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (MASE), Rete di Trasmissione Nazionale (RTN), [mase.gov.it, https://www.mase.gov.it/energia/energia-elettrica/rete-elettrica-di-trasmissione-nazionale](https://www.mase.gov.it/energia/energia-elettrica/rete-elettrica-di-trasmissione-nazionale);
- Sorgenia, Cos'è la Rete di Trasmissione Nazionale, Sorgenia.it, <https://www.sorgenia.it/guida-energia/rete-di-trasmissione-nazionale-rtn>
- Terna s.p.a, COME FUNZIONA IL SISTEMA ELETTRICO, Terna.it, <https://www.terna.it/it/sistema-elettrico/ruolo-terna/come-funziona-sistema-elettrico>;
- Servizio Elettrico Nazionale, FINE SERVIZIO DI MAGGIOR TUTELA, [servizioelettriconazionale.it, https://www.servizioelettriconazionale.it/it-IT/info-news/news/fine-maggior-tutela](https://www.servizioelettriconazionale.it);
- Direzione Generale Concorrenza della Commissione Europea, Antitrust, presso https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust_it;
- IBAÑEZ COLOMO P., On Case C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale (I): overarching framework or case-specific judgment?, disponibile presso <https://chillingcompetition.com/2022/05/16/on-case-c-377-20-servizio-elettrico-nazionale-i-overarching-framework-or-case-specific-judgment/>
- IBAÑEZ COLOMO P., As efficient competitors in Case T-612/17, Google Shopping: the principle and the conflations, disponibile presso <https://chillingcompetition.com/2021/11/19/as-efficient-competitors-in-case-t%e2%80%91612-17-google-shopping-the-principle-and-the-conflations/>
- IBAÑEZ COLOMO P., Anticompetitive Effects in EU Competition Law, 2020, disponibile presso <https://ssrn.com/abstract=3599407>, pp. 64-65
- IBAÑEZ COLOMO P., On Case C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale (II): does the replicability test really work?, disponibile presso

<https://chillingcompetition.com/2022/05/18/on-case-c-377-20-servizio-elettrico-nazionale-ii-does-the-replicability-test-really-work/>;