



EDITORIALE - 17 APRILE 2024

La tutela della concorrenza nella
recente giurisprudenza della Corte di
Giustizia

di Giovanni Pitruzzella
Giudice della Corte Costituzionale italiana



La tutela della concorrenza nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*

di Giovanni Pitruzzella

Giudice della Corte Costituzionale italiana

1. La giurisprudenza della Corte di giustizia, come quella di qualsiasi giudice, si sviluppa in reazione al caso che le parti decidono di portare alla sua conoscenza. Il carattere reattivo della giurisprudenza fa sì che molte decisioni, sia pure importanti in sé, non esprimano *trends* di ampio respiro. Ve ne sono altre, invece, che aprono un mondo, che dispiegano nuove potenzialità, fino a quel momento non valorizzate. Tale circostanza è ancora più marcata nell'ambito del diritto antitrust, che utilizza concetti giuridici indeterminati che si specificano mediante il riferimento alle teorie economiche prevalenti e alle ricostruzioni giurisprudenziali. Il diritto antitrust resta, in larga misura, un *case law*. Su alcune di questi *landmark rulings*, adottati negli ultimi anni, vorrei soffermare l'attenzione in questo mio contributo.

2. La prima sentenza, tante volte citata, ma che non può non essere ricordata in questa sede è *Meta Platforms*¹ che ha deciso il caso aperto a seguito della ormai celebre decisione del *Bundeskartellamt* di sanzionare la pratica seguita da Meta/Facebook consistente nel profilare gli utenti del social network Facebook utilizzando non solo i dati personali che questi consensualmente conferivano alla piattaforma per ottenere il servizio, ma anche i dati che i medesimi utenti usavano o avevano usato per accedere ad altri servizi di Meta/Facebook ovvero a servizi di parti terze.

Il punto centrale della decisione dell'Autorità tedesca consisteva nella stretta correlazione stabilita tra la violazione delle regole sulla tutela dei dati personali e quella delle norme antitrust. Infatti, il trattamento dei dati off Facebook previsto nelle condizioni generali imposti da imprese in posizione dominante doveva ritenersi abusivo in quanto non conforme ai valori sottesi al *General Data Protection Regulation* (GDPR). Pertanto, il mancato rispetto dei principi sulla tutela dei dati personali equivaleva ad una quasi automatica violazione del diritto antitrust. Noto, per inciso, che successivamente il *Digital Markets Act* (DMA) per i *gatekeepers* ha stabilito che essi vengono meno ai loro obblighi se trattano in modo combinato i dati personali degli utenti dei suoi servizi di piattaforma di base, a meno che sia stata loro presentata una

* Già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'Unione europea. Le opinioni espresse sono di natura personale e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

¹ Sentenza del 4 luglio 2023, *Meta Platforms e a. (Condizioni generali di utilizzo di un social network)*, C-252/21, EU:C:2023:537



scelta specifica ed essi abbiano dato il loro consenso al trattamento operato, conformemente all'art. 4, punto 11) e all'art. 7 del GDPR.

La Corte di giustizia ha preso posizione su un ventaglio ampio di questioni, e in particolare ha affermato, in modo netto e chiaro, che le autorità antitrust possono accertare la violazione del GDPR. La Corte ha precisato che nessuna disposizione di quest'ultimo atto legislativo vieta a tali autorità di verificare, nell'esercizio delle loro funzioni, “la non conformità a tale regolamento di un trattamento di dati effettuato da un'impresa in posizione dominante e tale da costituire un abuso di tale posizione”². Inoltre, secondo la Corte, tenuto conto dei diversi obiettivi perseguiti dalle norme antitrust e da quelle sulla privacy, quando un'autorità nazionale garante della concorrenza rileva una violazione del GDPR nell'ambito dell'accertamento di un abuso di posizione dominante, essa non si sostituisce alle autorità di controllo nei compiti loro affidati dal regolamento, né esercita i loro poteri istituzionali. Tuttavia, tale competenza deve essere esercitata nel rispetto del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4 par. 3 TUE, con la conseguente necessità di un coordinamento tra le diverse autorità competenti al fine di assicurare la coerente applicazione del regolamento.

Ciò che la Corte intende evitare è il rischio di divergenti interpretazioni del GDPR da parte delle differenti autorità. Perciò, qualora ci sia una decisione da parte dell'autorità di controllo competenze, l'autorità antitrust non potrà discostarsene, “pur restando libera di trarne le proprie conclusioni sotto il profilo dell'applicazione del diritto della concorrenza”³. Ma quando il comportamento in questione è anche oggetto di un'indagine dell'autorità di controllo ovvero quando ritenga che, indipendentemente da tale indagine, il comportamento in esame comporti una violazione del regolamento, l'autorità della concorrenza “deve consultare tale autorità, chiederne la cooperazione, al fine di fugare i propri dubbi o di determinare se si debba attendere l'adozione di una decisione da parte dell'autorità di controllo interessata prima di iniziare la propria valutazione”⁴.

Al di là dei numerosi profili di interesse della sentenza, cioè che ne costituisce il fulcro è la sostanziale equiparazione tra violazione del GDPR e illecito antitrust. In questo modo viene messo nelle mani delle autorità antitrust uno strumento di straordinaria importanza per controllare la dinamica competitiva nei mercati digitali. Per la prima volta la Corte dice espressamente che i dati personali sono “un parametro significativo della concorrenza tra imprese dell'economia digitale”⁵, che si affiancano ai tradizionali parametri del prezzo e delle quantità prodotte o vendute, e che escludere dall'analisi antitrust questo parametro “potrebbe pregiudicare l'effettività del diritto della concorrenza all'interno dell'Unione”⁶.

² Sentenza del 4 luglio 2023, *Meta Platforms e a.*, punto 43.

³ Sentenza del 4 luglio 2023, *Meta Platforms e a.*, punto 56.

⁴ Sentenza del 4 luglio 2023, *Meta Platforms e a.*, punto 57.

⁵ Sentenza del 4 luglio 2023, *Meta Platforms e a.*, punto 51.

⁶ Sentenza del 4 luglio 2023, *Meta Platforms e a.*, punto 51.

Certo, la Corte, richiamando la sua giurisprudenza sull'art. 102 TFUE, precisa che l'autorità della concorrenza deve esaminare, sulla base di tutte le circostanze del caso concreto, se il comportamento dell'impresa in posizione dominante abbia "l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza"⁷. E ancora ha affermato che la violazione del regolamento "può costituire, se del caso, un importante indizio fra le circostanze rilevanti del caso di specie per stabilire se siffatto comportamento costituisce un ricorso a mezzi su cui si impernia la concorrenza normale nonché per valutare le conseguenze di una determinata pratica sul mercato o per i consumatori"⁸.

Con ciò sembrerebbe qualificare una violazione antitrust basata sul mancato rispetto del GDPR come un illecito "per effetto", com'è comprovato dal riferimento alle "conseguenze di una determinata pratica sul mercato o per i consumatori"⁹. Tuttavia, come tra gli altri ha rilevato Manzini, poiché l'illecita combinazione dei dati personali rappresenta principalmente un abuso di sfruttamento nei confronti degli utenti che vengono illegittimamente profilati, non è ben chiaro quale altra conseguenza anticoncorrenziale occorre provare¹⁰. A tale rilievo può aggiungersi che il mancato rispetto del regolamento costituisce, nelle parole della Corte, un "importante indizio" dell'esistenza di una condotta anticoncorrenziale. Pertanto, l'illecito antitrust va accertato partendo dal dato oggettivo della violazione del GDPR, la cui importanza condiziona grandemente la valutazione dell'illecito antitrust, quasi ad atteggiarsi come una specie di presunzione *relativa* (spettando all'impresa l'onere di provare di non aver commesso l'illecito) dell'abuso di posizione dominante.

L'altro punto rilevante e gravido di conseguenze riguarda il rapporto tra il diritto della concorrenza e la regolazione di settore il cui rispetto è affidato ad apposite autorità indipendenti. Un tema che in passato, e soprattutto in Italia, è stato assai controverso e rispetto al quale vi sono state anche delle prese di posizione secondo cui la regolazione settoriale affidata ad un'autorità indipendente escluderebbe l'enforcement antitrust. Nulla di più lontano dalle recenti affermazioni della Corte di giustizia. Peraltro, la sentenza sembra andare oltre la relazione tra il diritto antitrust e il GDPR. Infatti, essa afferma nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante da parte di un'impresa "può risultare necessario che l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro interessato esamini anche la conformità del comportamento di tale impresa a norme diverse da quelle rientranti nel diritto della concorrenza, quali le norme in materia di protezione dei dati personali previste da GDPR"¹¹. Con ciò

⁷ Sentenza del 4 luglio 2023, *Meta Platforms e a.*, punto 47.

⁸ Sentenza del 4 luglio 2023, *Meta Platforms e a.*, punto 47.

⁹ Sentenza del 4 luglio 2023, *Meta Platforms e a.*, punto 47.

¹⁰ P. MANZINI, *Antitrust e privacy: la strana coppia*, in *AISDUE*, 2023, p. 205 ss.

¹¹ Sentenza del 4 luglio 2023, *Meta Platforms e a.*, punto 48.

lasciando intendere che non solo una violazione delle norme a tutela dei dati personali può essere rilevante per l'accertamento di un abuso di posizione dominante, ma anche la violazione di altri tipi di norme può essere significativa, come potrebbe essere il caso di quelle poste a tutela del consumatore.

3. Proprio su questo intreccio tra *enforcement* antitrust e violazione di specifiche regolazioni settoriali sanzionate da altre autorità indipendente si è soffermata la Corte di giustizia in altre decisioni, che rafforzano la tendenza anzidetta a vedere nella violazione di regole settoriali da parte dell'impresa dominante una componente di un abuso e a consentire l'intervento sia dell'autorità di settore sia dell'autorità della concorrenza, senza che ciò comporti la violazione del principio del *ne bis in idem*.

È noto che il principio del *ne bis in idem* costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione consacrato dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali. Esso vieta un cumulo tanto di procedimenti quanto di sanzioni con natura penale per gli stessi fatti e nei confronti di una stessa persona¹². Per definire la natura penale dei procedimenti e delle sanzioni sono adottati tre criteri: il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito in diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nel grado di severità della sanzione cui l'interessato rischia di incorrere. L'applicazione del principio non si limita ai procedimenti e alle sanzioni qualificati come "penali" dal diritto nazionale, bensì comprende procedimenti e sanzioni che devono essere ritenuti dotati di natura penale sul fondamento dei due criteri definiti precedentemente. Pertanto, i procedimenti antitrust e quelli delle autorità di settore volti a sanzionare una violazione della regolazione hanno natura sostanzialmente penale a causa del grado di severità delle rispettive sanzioni. Come si comporta il suddetto principio se l'autorità antitrust e l'autorità di settore avviano due procedimenti distinti, per sanzionare il comportamento unico di un unico operatore economico?

Al riguardo è fondamentale la sentenza *bpost*¹³, che ha riguardato il fornitore storico di servizi postali in Belgio, appunto *bpost*. In relazione al sistema di tariffazione introdotto nel 2010, che avrebbe determinato una differenza di trattamento ingiustificata tra gli intermediari e i clienti finali, sia l'Istituto belga dei servizi postali e delle telecomunicazioni, ossia il regolatore di settore, sia l'autorità della concorrenza hanno avviato, nell'ambito delle rispettive competenze, dei procedimenti diretti a verificare il carattere illecito della condotta al fine di irrogare le sanzioni previste dai due distinti plessi normativi. Il giudice del rinvio, pertanto, ha domandato alla Corte di giustizia se l'art. 50 della Carta debba essere interpretato nel senso che esso osta a che una persona giuridica sia sanzionata con un'ammenda per aver commesso un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione, qualora, per gli stessi fatti, tale persona

¹² Sentenza del 20 marzo 2018, Procura della Repubblica, C-524/15, EU:C:2018:197.

¹³ Sentenza del 22 marzo 2022, *bpost*, C-117/20, EU:C:2022:202.

sia stata già oggetto di una decisione definitiva al termine di un procedimento relativo a un'infrazione ad una normativa settoriale avente ad oggetto la liberalizzazione del mercato interessato.

Per risolvere la questione la Corte ha utilizzato l'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, ai sensi del quale eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa Carta devono essere previste dalla legge e devono rispettare il contenuto essenziali di detti diritti e libertà. In base alla seconda frase del predetto primo paragrafo, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni a tali diritti e libertà solo qualora esse siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dal diritto dell'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Ora, nel caso in esame, l'intervento di ciascuna autorità si fonda sulla legge, mentre la possibilità di cumulare i procedimenti e le sanzioni rispetta il contenuto essenziale dell'articolo 50 della Carta, a condizione che la normativa nazionale non consenta di perseguire e sanzionare i medesimi fatti a titolo dello stesso reato o al fine di perseguire lo stesso obiettivo, ma preveda unicamente la possibilità di cumulo dei procedimenti e delle sanzioni ai sensi di normative diverse. Pertanto, secondo la Corte, è legittimo che al fine di garantire la continuazione del processo di liberalizzazione del mercato interno dei servizi postali provvedendo al contempo al buon funzionamento di quest'ultimo, uno Stato membro reprime gli inadempimenti, da un lato, alla normativa settoriale avente per oggetto la liberalizzazione del mercato interessato e, dall'altro, alle norme applicabili al diritto della concorrenza. Per riguarda, poi, il principio di proporzionalità, quest'ultimo, secondo la Corte, richiede che il cumulo di procedimenti e sanzioni previsto dalla normativa nazionale non superi i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi della normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti. In conclusione, le autorità pubbliche possono legittimamente optare per risposte giuridiche complementari a determinati comportamenti nocivi per la società mediante diversi procedimenti che formano un insieme coerente in modo da trattare sotto i suoi diversi aspetti il problema sociale in questione, purché tali risposte giuridiche non rappresentino un onere eccessivo per la persona di cui trattasi.

4. Le due importanti sentenze citate sono mosse dalla preoccupazione di assicurare la piena effettività del diritto della concorrenza, imprimendo allo stesso una forte capacità espansiva in modo da coprire ambiti che, a prima vista, sembravano sfuggirli. La stessa tendenza si trova in un'altra recente sentenza che interpreta in modo assai estensivo la condizione prevista dall'art. 101 TFUE, consistente nel recare

pregiudizio al commercio tra gli stati membri. Si tratta della sentenza *Lietuvos notary rūmai*¹⁴, che riguardava il comportamento del Consiglio nazionale dell'ordine dei notai in Lituania, consistente nell'approvazione di un metodo di calcolo degli onorari dei notai, che ha portato all'adozione di prezzi più elevati rispetto a quelli che sarebbero stati praticati applicando la forchetta prevista da un decreto del ministro della giustizia. La Corte ha riconosciuto che l'ordine è un'associazione di imprese, ai sensi dell'art. 101 TFUE, e che la decisione sulle tariffe dei notai è un'intesa restrittiva della concorrenza. Ma non è questo il punto che qui interessa. Piuttosto, va osservato come la difesa dei notai aveva eccepito l'inapplicabilità dell'art.101, perché la decisione del consiglio nazionale non poteva avere alcun effetto sul commercio tra gli Stati membri. Infatti, i notai lituani operano solo in Lituania, non sono sottoposti alla concorrenza di notai di altri Paesi, e si occupano solamente di transazioni concluse in Lituania. La Corte ha respinto questa eccezione sostenendo che il pregiudizio al commercio tra gli Stati esiste anche in un caso come questo in cui i comportamenti in gioco e le loro conseguenze si esauriscono nell'ambito di un solo Stato membro. Osserva la Corte che l'intesa in questione incidendo sui prezzi delle transazioni in Lituania, in particolare di quelle riguardanti gli immobili, può finire per scoraggiare i cittadini di altri Stati membri dall'esercitare la loro libertà di stabilimento trasferendosi in Lituania. Un'interpretazione talmente larga del requisito in esame che praticamente sottopone al diritto della concorrenza dell'Unione qualsiasi comportamento anticoncorrenziale che si svolge ed esaurisce i suoi effetti sul mercato nazionale. Se poi dall'enforcement pubblico si passa al *private enforcement*, anche qui è ben presente la medesima preoccupazione di garantire l'effettività del diritto della concorrenza, spingendo a estendere l'ambito della sua applicazione. Nella giurisprudenza della Corte è costante il riferimento al rapporto di reciproco rinforzamento tra public e private enforcement con l'obiettivo di assicurare la piena effettività del diritto della concorrenza e la sua forza dissuasiva. Muovendosi lungo questa direttrice la Corte è arrivata a fornire un'interpretazione particolarmente ampia della *parental liability*. La sentenza *Sumal*¹⁵ ha stabilito che la vittima di un'infrazione al diritto della concorrenza commessa dalla "società madre" può esercitare l'azione di risarcimento del danno subito nei confronti della filiale a condizione che esse costituiscano, al momento dell'infrazione, una unità economica. Per arrivare a questa conclusione la Corte ha ritenuto che per fondare la responsabilità congiunta della società madre e della filiale non è necessario l'esistenza di un'influenza o il controllo sull'entità economica che commette l'infrazione, quanto la semplice esistenza di un'unità economica, e cioè la sussistenza, al momento dell'infrazione, di legami economici, giuridici e organizzativi tra le attività della filiale e quelle della società madre. Si tratta di un ulteriore incentivo a

¹⁴ Sentenza del 18 gennaio 2024, *Lietuvos notary rūmai e a.*, C-128/21, EU:C:2024:49.

¹⁵ Sentenza del 6 ottobre 2021, *Sumal*, C-882/19, EU:C:2021:800.



portare davanti i giudici le richieste di risarcimento danni da illecito antitrust in modo da rafforzare la capacità dissuasiva delle intese anticoncorrenziali di cui all'art. 101 TFUE.

5. La tendenza all'espansione dell'ambito di applicazione del diritto della concorrenza si può riscontrare anche nell'importante sentenza *European Superleague*¹⁶ (e le coeve sentenze *International Skating Union*¹⁷, e *Royal Antwerp Football club*¹⁸). La sentenza *Superleague*, in particolare, commentata da molti come rivoluzionaria, è sicuramente ricca di potenziali implicazioni sulla *governance* del calcio mondiale ma non dice una parola definitiva sulla compatibilità del modello attuale con i principi della concorrenza né autorizza *sic et simpliciter* sistemi alternativi di cui si è tentata l'attuazione.

Da un lato, essa non concede spazio alla pretesa ricostruzione di un modello sportivo europeo autonomo e, in quanto tale, esentato automaticamente dal rispetto delle disposizioni del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, dall'altro non dedica commenti alle caratteristiche effettive o potenziali della eventuale competizione antagonista posta in essere con l'operazione *Superleague*. La sentenza dapprima ricostruisce i principi che sostengono l'applicazione del diritto europeo allo sport ed evidenzia come la notevole importanza sociale e culturale del calcio professionistico, unita all'interesse mediatico che lo accompagna, giustifichi l'adozione di norme comuni nell'organizzazione e svolgimento delle competizioni internazionali, ove intese a garantire l'omogeneità e il coordinamento di tali competizioni all'interno di un calendario unico, nonché a promuovere lo svolgimento di competizioni sportive aperte basate sulle pari opportunità e sul merito sportivo.

Si considera legittima, in linea generale, la possibilità di adottare, come fatto da UEFA e FIFA, norme sull'approvazione preventiva delle competizioni e sulla partecipazione dei club e dei tesserati alle stesse, ove volte a garantire il rispetto di regole comuni, non potendosi pertanto affermare che l'adozione di tali norme, la loro attuazione né tantomeno le sanzioni collegate, costituiscano in via di principio un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

L'adozione o attuazione di tali norme e sanzioni, per essere legittima, richiede la preventiva adozione di un quadro di criteri sostanziali e regole procedurali che consentano di qualificare il sistema di preventiva autorizzazione come trasparente, oggettivo, non discriminatorio e proporzionato. Allo stesso modo le sanzioni devono essere disciplinate nel rispetto dei medesimi criteri nonché determinate nel rispetto del principio di proporzionalità, tenendo in debita considerazione, rispetto al singolo caso, la natura, la durata e la gravità della violazione accertata.

¹⁶ Sentenza del 21 dicembre 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, EU:C:2023:1011.

¹⁷ Sentenza del 21 dicembre 2023, *International Skating Union/Commissione*, C-124/21 P, EU:C:2023:1012.

¹⁸ Sentenza del 21 dicembre 2023, *Royal Antwerp Football Club*, C-680/21, EU:C:2023:1010.



La mancanza di un quadro di principi definiti *ex ante*, porta a ritenere, ad avviso della Corte, che le regole in questione determinino un pregiudizio per la concorrenza e violino il divieto previsto dall'art. 101, par. 1, TFUE, costituendo una decisione di associazioni di imprese avente per oggetto la restrizione della concorrenza, nella misura in cui consente a UEFA e FIFA di impedire a qualsiasi impresa che intenda organizzare una competizione potenzialmente concorrente di accedere alle risorse disponibili sul mercato, vale a dire i club e ai calciatori.

E anche sotto il profilo della libera prestazione di servizi, la compatibilità del sistema UEFA e FIFA di preventiva autorizzazione e relative sanzioni con l'art. 56 TFUE è molto dubbia. In particolare, a giudizio della Corte, tali regole si dimostrano volte ad ostacolare tanto la possibilità per qualsiasi impresa terza di organizzare e commercializzare competizioni calcistiche tra club sul territorio dell'Unione europea, quanto la opportunità per qualsiasi società di calcio professionistico europea di partecipare a tali competizioni, nonché più in generale la possibilità per qualsiasi altra impresa di fornire servizi connessi all'organizzazione o alla commercializzazione di tali competizioni. Con riferimento a tutte le pretese violazioni del modello FIFA-UEFA (artt. artt. 56, 101 e 102 TFUE) è molto interessante l'esame della Corte di possibili cause di esenzione e giustificazione. In sostanza, la sentenza ha voluto ribadire come l'adozione di norme sull'approvazione preventiva delle competizioni calcistiche tra club e sulla partecipazione delle società di calcio professionistiche e dei giocatori a tali competizioni possono, in via di principio, essere giustificate dall'esigenza di garantire che tali competizioni siano organizzate nel rispetto dei principi, dei valori e delle regole su cui si fonda il calcio professionistico, e anche di assicurare che le medesime si integrino nel sistema organizzato di competizioni nazionali, europee e internazionali. La valutazione della concreta sussistenza di cause di giustificazione è rimessa al giudice del rinvio, ma la Corte di giustizia ha ribadito efficacemente come tali obiettivi non sono idonei a giustificare l'adozione di norme di approvazione preventiva avulse dal rispetto di criteri sostanziali e modalità procedurali dettagliate. Tali criteri e modalità procedurali devono infatti garantire la trasparenza, l'obiettività, la precisione e la non discriminazione e ad evitare che l'esercizio del relativo potere di approvazione preventiva venga esercitato in maniera arbitraria e discrezionale.

Per quanto attiene all'ulteriore profilo, relativo alle regole FIFA che identificano la UEFA e le federazioni nazionali come proprietari unici di tutti i diritti derivanti dalle competizioni che si svolgono nell'ambito delle rispettive giurisdizioni, così assumendosi la responsabilità esclusiva della loro commercializzazione, la Corte è netta nel rilevarne l'illegittimità. Se le disposizioni dettate da FIFA-UEFA privano sia i club che partecipano alle competizioni, sia qualsiasi altro organizzatore di competizioni alternative della titolarità originaria dei diritti connessi allo sfruttamento commerciale delle competizioni calcistiche, escludendo qualunque altra alternativa al modello proposto esse devono considerarsi restrittive della

concorrenza ai sensi dell'art. 101 TFUE, ed integranti un abuso di posizione dominante ai sensi dell'Art. 102 TFUE. Sarà anche sotto questo profilo il giudice del rinvio a dover valutare l'eventuale esistenza delle cause di giustificazione e, in particolare a verificare la veridicità di quanto affermato da FIFA, UEFA, da alcuni governi e dalla Commissione che il sistema attuale consente di realizzare incrementi di efficienza, contribuendo a migliorare sia la produzione che la distribuzione, oltre che di ridurre significativamente i costi di transazione e l'incertezza che gli acquirenti si troverebbero ad affrontare se dovessero negoziare caso per caso con i club partecipanti e di destinare agli utenti una congrua parte dell'utile che origina dai descritti incrementi di efficienza, incluso il finanziamento, ad opera di UEFA e FIFA, di progetti di redistribuzione solidaristica dei proventi a favore di tutte le altre società di calcio, siano esse professionistiche o dilettantistiche, degli atleti, del calcio femminile, dei giovani calciatori e per tale via, ai tifosi, consumatori, e a tutti i cittadini dell'UE coinvolti nel calcio amatoriale.

6.- Alla tendenza volta ad ampliare l'ambito di intervento del diritto della concorrenza e a rafforzarne l'effettività fanno da contrappunto quelle decisioni che delimitano la discrezionalità della Commissione ponendo vincoli molto intensi al processo di accertamento dell'illecito antitrust. Un esempio interessante è offerto dalla sentenza Unilever¹⁹. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana ha sanzionato Unilever, che produce e vende gelati confezionati di larghissimo consumo utilizzando marchi come Algida e Carte d'Or, che vengono consumati in luoghi come bar, sport club, piscine pubbliche ecc., per raggiungere i quali si serviva di una rete di distributori (all'epoca dei fatti circa 150). Unilever ha una posizione di dominanza in questo mercato e i suoi distributori, all'epoca dei fatti, inserivano nei contratti con i venditori una clausola di esclusività, obbligandoli a rivolgersi esclusivamente a Unilever per la fornitura di gelati industriali. In cambio i venditori ottenevano sconti e commissioni correlati alle vendite di specifici prodotti Unilever. Secondo l'Autorità italiana della concorrenza, in relazione alle caratteristiche dello specifico mercato e in particolare agli spazi limitati negli outlets per l'esposizione dei gelati, i suddetti comportamenti avrebbero avuto influenza sulle scelte dei consumatori, escludendo o comunque limitando la possibilità per i concorrenti di ingaggiare una concorrenza basata sui meriti dei prodotti.

Il caso ha vari aspetti di interesse, così come la questione pregiudiziale sollevata dal giudice davanti al quale Unilever aveva contestato il provvedimento dell'Autorità. In particolare, è interessante quella parte della questione in cui il giudice chiedeva alla Corte di giustizia se, nel verificare un abuso di posizione dominante commesso attraverso l'uso di clausole di esclusività, l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che l'Autorità della concorrenza ha l'obbligo di verificare se le suddette clausole hanno l'effetto di escludere un concorrente altrettanto efficiente dal mercato e quindi di esaminare specificamente

¹⁹ Sentenza del 19 gennaio 2023, Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33.

L'analisi economica prodotta dalla parte interessata concernente l'attuale capacità della condotta in esame di escludere un concorrente altrettanto efficiente dal mercato.

In sintesi, la risposta della Corte è che l'art. 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, in presenza di clausole di esclusiva in contratti di distribuzione, per accertare un abuso di posizione dominante l'Autorità della concorrenza deve stabilire, alla luce di tutte le circostanze rilevanti del caso e dell'analisi economica prodotta dall'impresa relativa all'incapacità della condotta di escludere concorrenti altrettanto efficienti dal mercato, che queste clausole sono capaci di restringere la concorrenza. Se, in linea di principio, l'uso dell'*as efficient competitor test* è opzionale, tuttavia, qualora i risultati di tale test sono prodotti dall'impresa nel corso della procedura amministrativa, l'Autorità è obbligata a prenderli in considerazione per verificare il loro valore probatorio.

La Corte, nella motivazione della sentenza, presta un ossequio formale alla sentenza del 13 febbraio 1979, nel caso Hoffman-La Roche, dove le clausole di esclusività, anche se non accompagnate da sconti, da parte di un'impresa dominante, erano considerate, per la loro stessa natura, uno sfruttamento di posizione dominante. Tuttavia, nella sentenza sul caso Unilever, la Corte valorizza il precedente Intel del 6 settembre 2017, secondo cui l'Autorità della concorrenza è tenuta ad analizzare l'esito della posizione dominante nel mercato rilevante, le quote di mercato riferibili alla pratica in questione, le condizioni e gli accordi necessari per concedere gli sconti, la loro durata e il loro ammontare; inoltre deve verificare la possibile esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato altri competitori che sono almeno altrettanto efficienti dell'impresa dominante. La Corte, nel caso Unilever, sostiene che il bilanciamento degli effetti favorevoli e sfavorevoli della pratica in questione sulla concorrenza può essere condotto solamente dopo un'analisi dell'intrinseca capacità di quella pratica di chiusura nei confronti di quei concorrenti che sono almeno altrettanto efficienti.

La sentenza, pertanto, contiene una particolare valorizzazione dell'*as efficient competitor test*. Vero è che il suo uso è solamente opzionale, tuttavia sembra che sia sufficiente che l'impresa interessata proponga nella sua difesa un'analisi economica basata su tale test per imporre all'Autorità di concorrenza l'obbligo di valutare i risultati di tale test nel caso concreto. Quindi ribadendo e rafforzando ulteriormente quanto affermato nel caso Intel sembra che la giurisprudenza si orienti a favore del *more economics-based approach*. Restano, però, sullo sfondo vari interrogativi: si tratta di una scelta di fondo destinata a caratterizzare anche la successiva giurisprudenza o una scelta limitata al caso concreto? Come conciliare questo orientamento con il fatto che nei mercati digitali sembra invece delinearsi un atteggiamento ben differente, per cui la violazione della regolazione da parte dell'impresa dominante equivale ad una presunzione relativa di illiceità e dove sembrano prevalere le preoccupazioni di *under enforcement* e dell'eccessiva durata delle procedure antitrust in *fast moving markets*.



Più in generale, nel dibattito statunitense la critica e la reazione al *consumer's welfare paradigm* e le accuse che esso abbia limitato l'effettività dell'*enforcement* antitrust hanno portato alla ribalta posizioni favorevoli a un forte revisionismo degli assunti su cui è fondata l'analisi economica e a rinvenire nuovi obiettivi e paradigmi del diritto della concorrenza, come la funzionalità della democrazia nel *neo-Brandesian movement*. Questo revisionismo che parte dagli Stati Uniti sta influenzando profondamente anche il dibattito in Europa dove sono state aperte nuove strade, in particolare con il *Digital Market Act*.²⁰ Con la conseguenza che si pone vistosamente la questione di come conciliare questi sviluppi con le spinte giurisprudenziali più sensibili al *more economics-based approach*, su cui la giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha il compito di garantire l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione, sarà chiamata a dare delle indicazioni chiare e univoche alla Commissione e alle Autorità nazionali di concorrenza.

²⁰ Cfr. da ultimo P. IBÁÑEZ COLOMO, *The New. EU Competition Law*, Hart, Oxford, 2023, p. 62 ss.