

# RECENTI SVILUPPI NELL'ANTITRUST ITALIANO ED EUROPEO<sup>1</sup>

**SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Novità legislative. 3. Recenti sviluppi giurisprudenziali: in tema di intese anticoncorrenziali. 4. Segue: in tema di abuso di posizione dominante. 5. Il dialogo tra il Consiglio di Stato e la CGUE. 6. Conclusioni.**

## **1. Introduzione.**

Nell'introdurre, brevemente e sommariamente, gli argomenti specifici che saranno trattati dai singoli relatori per quanto riguarda i recenti sviluppi nell'antitrust italiano ed europeo, limiterò innanzitutto il campo di indagine agli artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Il che vuol dire esaminare tre fattispecie: intese restrittive della concorrenza, abuso di posizione dominante e concentrazioni tra imprese.

E lo dedicherò temporalmente alle novità di rilievo intervenute, a livello legislativo e giurisprudenziale, all'incirca nel periodo trascorso dato dall'ultimo anno. E si procederà in maniera sintetica per non togliere tempo ai successivi relatori i quali affronteranno *funditus* le singole tematiche.

## **2. Novità legislative.**

Alcune novità sono state apportate dalla l. 5 agosto 2022, n. 118 ("Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021").

Si tratta del rafforzamento dei poteri istruttori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) in tema di intese restrittive, di abuso di posizione dominante e di concentrazione tra imprese.

L'art. 35, comma 1, lett. a) e b), della l. n. 118/2022 ha aggiunto i commi 2-bis e 2-ter, nonché l'art. 16-bis alla l. 10 ottobre 1990, n. 287.

Si prevede che *“l'Autorità può in ogni momento richiedere a imprese e a enti che ne siano in possesso di fornire informazioni e di esibire documenti utili”* (citato comma 2-bis) e che *“Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire o esibire gli elementi di cui al comma 2-bis sono sottoposti alle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 14, comma 5, se rifiutano od omettono di fornire le*

---

<sup>1</sup> Lo scritto è lo sviluppo della relazione svolta dal sottoscritto al VII convegno biennale dell'Associazione Antitrust Italiana dal titolo "I principali sviluppi nel diritto della concorrenza dell'Unione europea e nazionale", svoltosi a Firenze l'8 e il 9 giugno 2023. Il sottoscritto ha presieduto la prima sessione plenaria del primo giorno, intitolata "Recenti sviluppi nell'antitrust italiano ed europeo".

*informazioni o di esibire i documenti richiesti ovvero se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri, senza giustificato motivo” (citato comma 2-ter).*

Nello stesso senso dispone il nuovo art. 16-bis della l. n. 287/1990 in materia di concentrazioni tra imprese.

Sempre la l. n. 118/2022 (con l’art. 32) ha apportato alcune modifiche alla l. n. 287/1990 in tema di concentrazioni e ha previsto una speciale procedura di transazione (art. 14-quater della l. n. 287/1990 inserito dall’art. 34, comma 1, della l. n. 118/2022), stabilendone tempi, modalità ed effetti.

### **3. Recenti sviluppi giurisprudenziali: in tema di intese anticoncorrenziali.**

**3.1.** Nell’ambito di due intese anticoncorrenziali realizzate attraverso il coordinamento dell’associazione di categoria GIFCO (la prima, volta a limitare il confronto competitivo tra gli operatori nel mercato della produzione e commercializzazione di fogli in cartone ondulato; l’altra, volta a limitare il confronto competitivo nel diverso mercato della produzione e commercializzazione di imballaggi in cartone ondulato), il Consiglio di Stato (sez. VI, 22 marzo 2023, n. 2929) ha ribadito principi già affermati dalla propria giurisprudenza.

In tema di:

- a) realizzazione della condotta<sup>2</sup>;
- b) qualificazione della fattispecie<sup>3</sup>;
- c) onere probatorio<sup>4</sup>;
- d) quantificazione della sanzione.

---

<sup>2</sup> L’intesa restrittiva della concorrenza può realizzarsi sia mediante un "accordo", sia mediante una "pratica concordata".

<sup>3</sup> “5.1. In linea generale, va ricordato che l’intesa restrittiva della concorrenza integra una fattispecie di pericolo”.

<sup>4</sup> “L’accertamento di un’intesa anticompetitiva è il portato di un’analisi complessa ed articolata, che deve tenere conto di tutti gli elementi di prova acquisiti nella loro interezza e nella correlazione reciproca che lega gli uni agli altri. Il “parallelismo dei comportamenti” può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora questa ne costituisca l’unica spiegazione plausibile, tenuto conto della natura dei prodotti, dell’entità e del numero delle imprese. Le spiegazioni lecite alternative devono essere esaminate non nella loro astratta plausibilità, ma nel contesto in cui sono concretamente formulate.

5.2. In particolare è stato affermato che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, può essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti, con la precisazione che la circostanza che la prova sia indiretta (o indiziaria) non comporta necessariamente che la stessa abbia una forza probatoria attenuata (Cons. Stato, Sez. VI, 12/10/2017, n.4733; 11/7/2016, n. 3047; 30/6/2016, n. 294; 18/5/2015, n. 2514).

5.3. Sempre sul piano della prova è stato chiarito che risulta superfluo, ai fini dell’an della responsabilità, indagare quale sia stato il ruolo del singolo aderente all’intesa, essendo all’uopo sufficiente anche una condotta meramente passiva, di modo che risponde dell’illecito anche il partecipante che, senza assumere una veste attiva, abbia, comunque, tratto vantaggio dall’intesa, potendo l’esonero da responsabilità discendere soltanto da un’esplicita disassociazione (Cons. Stato, Sez. VI, 19/12/2019, n. 8585; 29/3/2018, n. 1999; 30/6/2016, n. 2947; 23/6/2014, n. 3167)”.

**3.2.** Con riguardo alla responsabilità singola e collettiva nelle intese anticoncorrenziali in materia di appalti e al conseguente onere della prova a carico dell'AGCM, si consolidano i principi affermati dalla giurisprudenza della sez. VI del Consiglio di Stato (30 marzo 2023, n. 3312 e 30 settembre 2022, n. 8400), ribaditi, tra l'altro, dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE).

Secondo la prima sentenza citata, “...una volta dimostrata l'esistenza di un piano di insieme e di un comune obiettivo anticoncorrenziale, l'Autorità non è tenuta a dimostrare l'illiceità di ogni singola condotta. Sotto altro profilo, un'impresa che abbia partecipato a una tale infrazione unica e complessa può essere ritenuta responsabile anche dei comportamenti attuati da altre imprese nell'ambito della medesima infrazione per tutto il periodo della sua partecipazione alla stessa (sentenza della Corte di Giustizia UE 6 dicembre 2012, C 441/11 P, punto 42)”.

Secondo la seconda più risalente sentenza, “Con riferimento alle intese restrittive della concorrenza, in presenza di un illecito collusivo ripetuto da imprese diverse per un certo periodo di tempo, la caratterizzazione della violazione come una singola collusione comporta che un partecipante viene ritenuto responsabile per tutte le azioni del cartello, anche se non abbia preso personalmente parte alla totalità di esse”.

**3.3.** Quanto agli effetti delle intese anticoncorrenziali e delle decisioni definitive delle autorità nazionali garanti della concorrenza, secondo CGUE 20 aprile 2023, n. 25:

- a) la presenza di intese anticoncorrenziali porta alla nullità dell'intero accordo in cui sono riportate<sup>5</sup>;
- b) è nullo e non opponibile a terzi l'accordo che contiene intese anticoncorrenziali<sup>6</sup>;
- c) le decisioni definitive delle autorità nazionali garanti della concorrenza hanno efficacia per le successive azioni di nullità e risarcimento danni<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> “L'articolo 101 TFUE deve essere interpretato nel senso che, qualora una parte ricorrente riesca a dimostrare l'esistenza di una violazione di tale articolo che costituisce l'oggetto tanto della sua azione di nullità ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 2, TFUE quanto della sua azione per il risarcimento del danno causato da tale violazione, il giudice nazionale deve trarne tutte le conseguenze e dedurne, in particolare, ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 2, TFUE, la nullità di pieno diritto di tutte le clausole contrattuali incompatibili con l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, mentre l'intero accordo in questione sarà nullo solo se tali elementi non appaiono scindibili dall'accordo stesso”.

<sup>6</sup> “Poiché la nullità di cui all'articolo 101, paragrafo 2, TFUE ha carattere assoluto, un accordo nullo in forza di tale disposizione non ha effetto nei rapporti tra i contraenti e non è opponibile ai terzi; inoltre, questa nullità riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo o della decisione interessati”.

<sup>7</sup> “L'articolo 101 TFUE, come attuato dall'articolo 2 del regolamento n. 1/2003/CE, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 TFUE, e in combinato disposto con il principio di effettività, deve essere interpretato nel senso che la violazione del diritto della concorrenza constatata in una decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza, che è stata oggetto di un ricorso di annullamento dinanzi ai giudici nazionali competenti ma che è divenuta definitiva dopo essere stata confermata da tali giudici, deve ritenersi dimostrata dal ricorrente, tanto nell'ambito di un'azione di nullità ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 2, TFUE quanto di un'azione per il risarcimento del danno per una violazione dell'articolo 101 TFUE, fino a prova contraria, trasferendo così l'onere della prova definito da tale articolo 2 sul convenuto, a condizione che la natura dell'asserita violazione oggetto di tali azioni e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale coincidano con quelle della violazione constatata in detta decisione” Corte giustizia UE sez. II, 16/02/2023, n.312”.

**3.4.** In tema di quantificazione delle sanzioni pecuniarie, CGUE, sez. V, 10 novembre 2022, n. 385 ha statuito che:

- per determinare l'importo dell'ammenda da comminare per il suo comportamento anticoncorrenziale, occorre tener conto del reddito reale dell'impresa<sup>8</sup>;
- il fatturato su cui determinare l'importo dell'ammenda per comportamento anticoncorrenziale di una azienda deve riflettere una situazione reale<sup>9</sup>.

**3.5.** Sulla revocazione, Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2023, n. 4632, dopo l'intervento della CGUE con la sentenza 7 luglio 2022, causa C-261/21, emessa a seguito della remissione da parte dello stesso Consiglio, ha affermato la legittimità comunitaria e costituzionale dell'art. 395 c.p.c. nella parte in cui non prevede un'ipotesi specifica di revocazione per il caso in cui la sentenza revocanda sia in contrasto con il diritto europeo.

#### **4. Segue: in tema di abuso di posizione dominante.**

**4.1.** Nella tematica sull'abuso di posizione dominante la giurisprudenza della CGUE assume rilievo predominante.

Importanti principi sono stati affermati dalla CGUE con la sentenza della sez. V, 19 gennaio 2023, n. 680 (caso Unilever)<sup>10</sup>. In sintesi:

- a) una prassi anticoncorrenziale è illecita anche se potenziale e se non ha ancora prodotto effetto, ma non lo è se rimane a livello progettuale<sup>11</sup>;

---

<sup>8</sup> “Il requisito in base al quale l'ammenda inflitta a un'impresa che abbia violato l'articolo 101 TFUE non deve eccedere il 10% del fatturato totale realizzato dall'impresa nell'esercizio sociale precedente mira a garantire che l'impatto sia proporzionale al fatturato dell'impresa interessata. Va quindi valutato che il fatturato rifletta la reale situazione economica dell'impresa stessa nel periodo nel corso del quale l'infrazione è stata commessa tenendo conto di casistiche particolari (nel caso in questione la riscossione somme per conto terzi)”.

<sup>9</sup> “L'articolo 4, paragrafo 3, TUE e l'articolo 101 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa o a una prassi nazionale secondo cui, ai fini del calcolo dell'ammenda inflitta a un'impresa per violazione dell'articolo 101 TFUE, l'autorità nazionale garante della concorrenza è tenuta, in ogni caso, a prendere in considerazione il fatturato di tale impresa quale indicato nel suo conto profitti e perdite, senza poter esaminare gli elementi presentati da quest'ultima per dimostrare che detto fatturato non riflette la sua reale situazione economica, e che, di conseguenza, occorre tener conto, a titolo del fatturato, di un altro importo che rifletta tale situazione, purché detti elementi siano precisi e documentati”.

<sup>10</sup> La controversia è stata poi decisa dal Cons. Stato, sez. VII, con sentenza 11 luglio 2023, n. 6806, con cui si è respinto l'appello della società e confermata la legittimità del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM impugnato in primo grado.

<sup>11</sup> “È vero che, per dimostrare il carattere abusivo di un comportamento, un'autorità garante della concorrenza non deve necessariamente dimostrare che tale comportamento abbia effettivamente prodotto effetti anticoncorrenziali, tuttavia tale dimostrazione deve fondarsi, in linea di principio, su elementi di prova tangibili, che dimostrino, aldilà della mera ipotesi, la capacità effettiva della prassi in questione di produrre tali effetti, dovendo l'esistenza di un dubbio al riguardo andare a vantaggio dell'impresa che ha fatto ricorso a detta prassi. Di conseguenza, una prassi non può essere qualificata come abusiva se è rimasta allo stato di progetto”.

b) sono imputabili all'impresa in posizione dominante i comportamenti anticoncorrenziali messi in atto dalla sua rete distributiva<sup>12</sup>;

c) l'impiego di clausole di esclusiva da parte di un'impresa detentrici di posizione dominante è sufficiente a configurare un abuso<sup>13</sup>;

d) tuttavia l'AGCM è tenuta ad esaminare il valore probatorio della prova del criterio del 'concorrente altrettanto efficiente' presentata dall'azienda in posizione dominante<sup>14</sup>.

**4.2.** Ulteriori principi sono stati affermati nella materia, poco prima, dalla CGUE con la sentenza della sez. V, 12 maggio 2022, n. 377 (caso Servizio elettrico nazionale), secondo cui:

a) una posizione dominante sfruttata in modo abusivo da più società figlie configura, salvo prova contraria, anche una responsabilità presunta della società madre<sup>15</sup>;

---

<sup>12</sup> *“L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che i comportamenti adottati da distributori facenti parte della rete di distribuzione dei prodotti o dei servizi di un produttore che gode di una posizione dominante possono essere imputati a quest'ultimo, qualora sia dimostrato che tali comportamenti non sono stati adottati in modo indipendente da detti distributori, ma fanno parte di una politica decisa unilateralmente da tale produttore e attuata tramite tali distributori”.*

*“Qualora il comportamento contestato all'impresa in posizione dominante sia materialmente attuato tramite un intermediario che fa parte di una rete di distribuzione, tale comportamento può essere imputato a detta impresa qualora risulti che esso è stato adottato conformemente alle istruzioni specifiche impartite da quest'ultima, e quindi a titolo di esecuzione di una politica decisa unilateralmente dall'impresa suddetta, cui i distributori interessati erano tenuti a conformarsi. Nel caso di specie il comportamento era determinato dalla forma di contratti tipo, interamente redatti dal produttore in posizione dominante e contenenti clausole di esclusiva a vantaggio dei suoi prodotti, che i distributori di tale produttore erano tenuti a far firmare ai gestori di punti vendita senza potervi apportare modifiche, salvo espresso accordo di detto produttore.*

*In tale ipotesi, l'imputabilità all'impresa in posizione dominante del comportamento attuato dai distributori facenti parte della rete di distribuzione dei suoi prodotti o servizi non è subordinata né alla dimostrazione che i distributori interessati facciano parte anche di tale impresa, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, né all'esistenza di un vincolo «gerarchico» risultante da una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo destinati a tali distributori, idonei ad influire sulle decisioni di gestione che questi ultimi adottano riguardo alle loro rispettive attività”.*

<sup>13</sup> *“L'Autorità italiana Garante della Concorrenza e del Mercato aveva constatato che un'impresa aveva abusato della sua posizione dominante sul mercato della commercializzazione di prodotti alimentari in confezioni singole destinate a essere consumate fuori dal domicilio dei consumatori. L'abuso contestato si fondava su comportamenti materialmente messi in atto non dalla società, ma da distributori indipendenti dei suoi prodotti, che avevano imposto clausole di esclusiva ai gestori dei punti vendita. L'Agcm non ha ritenuto di essere obbligata ad analizzare gli studi economici prodotti dall'impresa messa sotto la lente che intendeva dimostrare che le pratiche controverse non avevano effetti preclusivi nei confronti dei concorrenti. L'Agcm aveva ritenuto che tali studi fossero irrilevanti in presenza di clausole di esclusiva, dato che l'impiego di tali clausole da parte di un'impresa detentrici di una posizione dominante sarebbe sufficiente a configurare un abuso di tale posizione. Il raffronto tra operatori con pari efficienza sul medesimo mercato non è elemento che l'Antitrust può escludere dal proprio esame”.*

<sup>14</sup> *“L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, in presenza di clausole di esclusiva contenute in contratti di distribuzione, un'autorità garante della concorrenza è tenuta, per accertare un abuso di posizione dominante, a dimostrare, alla luce di tutte le circostanze rilevanti e tenuto conto, segnatamente, delle analisi economiche eventualmente prodotte dall'impresa in posizione dominante riguardo all'inidoneità dei comportamenti in questione ad escludere dal mercato i concorrenti efficienti tanto quanto essa stessa, che tali clausole siano capaci di limitare la concorrenza. Il ricorso al criterio detto «del concorrente altrettanto efficiente» ha carattere facoltativo. Tuttavia, se i risultati di un siffatto criterio sono prodotti dall'impresa interessata nel corso del procedimento amministrativo, l'autorità garante della concorrenza è tenuta a esaminarne il valore probatorio”.*

<sup>15</sup> *“L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso 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*

b) una pratica lecita se attuata da un'impresa in posizione dominante può diventare abusiva<sup>16</sup>;

c) una pratica escludente anticoncorrenziale di una società in posizione dominante non va valutata in base all'intento ma all'effetto<sup>17</sup>;

d) costituisce solo un indizio, e non una prova, il fatto che una condotta di posizione dominante non abbia prodotto effetti restrittivi concreti<sup>18</sup>.

**4.3.** Viene ribadita la *full jurisdiction* del giudice amministrativo (Cons. Stato, VI, 1 giugno 2023, n. 5413, ordinanza). Ossia la piena conoscenza, da parte dello stesso, del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione.

Ulteriore punto fermo sulla strada dell'abbandono definitivo del cosiddetto sindacato debole. Non c'è più la differenza tra sindacato debole e forte del giudice amministrativo sul potere dell'AGCM; c'è solo il sindacato (pieno) sull'esercizio potere della pubblica amministrazione. Con l'unico limite, per il giudice amministrativo, dell'impossibilità di sostituirsi all'amministrazione; ossia di entrare nel cosiddetto merito amministrativo.

Così che, con la detta ordinanza, il Consiglio di Stato ammette la consulenza tecnica di ufficio al fine di verificare se l'AGCM abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali.

---

*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, diretta mente 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”.*

<sup>16</sup> *“L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso 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 di tale disposizione, 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”.*

<sup>17</sup> *“L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che 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”.*

<sup>18</sup> *“Ai sensi dell'articolo 102 TFUE, deve ritenersi che per il diritto dell'Unione, al fine di accertare se una pratica costituisca uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, è sufficiente che un'autorità garante della concorrenza dimostri che tale pratica è idonea a pregiudicare la struttura di effettiva concorrenza sul mercato rilevante, a meno che l'impresa dominante in questione non dimostri che gli effetti anticoncorrenziali che possono derivare da detta pratica sono controbilanciati, se non superati, da effetti positivi per i consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità e di innovazione”.*

**4.4.** In una controversia avente ad oggetto il rifiuto, presunto abusivo, da parte di un'impresa in posizione dominante, di fornitura nei mercati digitali, il Consiglio di Stato ha posto una serie di quesiti alla CGUE (sez. VI, 7 aprile 2023, n. 5384, ordinanza). Soprattutto in tema di indispensabilità del prodotto oggetto di un rifiuto di fornitura e di necessità, o meno, da parte dell'impresa in posizione dominante, di fissare preventivamente criteri per esaminare le richieste che le vengono presentate<sup>19</sup>.

**4.5.** Con riguardo ad un'operazione di concentrazione, si è ritenuto che essa possa assumere rilevanza anche non di per sé ma come abuso di posizione dominante [CGUE, sez. II, 16 marzo 2023, n. 449 (Caso Towercast)]<sup>20</sup>.

**4.6.** Infine, nell'ambito di una situazione intra-gruppo, al fine di configurare un abuso di posizione dominante con effetti escludenti a danno dei cittadini, di rilievo Cons. Stato, sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2114, secondo cui:

- *“posto che il benessere dei consumatori, sia intermedi sia finali, costituisce l'obiettivo ultimo che giustifica l'intervento del diritto della concorrenza per reprimere lo*

---

<sup>19</sup> Il Consiglio di Stato ha chiesto:

<<A. “se, ai sensi dell'art. 102 TFUE, il requisito dell'indispensabilità del prodotto oggetto di un rifiuto di fornitura debba essere interpretato nel senso che l'accesso deve essere indispensabile per l'esercizio di una determinata attività su un mercato vicino, o se sia sufficiente che l'accesso sia indispensabile per un utilizzo più conveniente dei prodotti o servizi offerti dall'impresa richiedente l'accesso, specie nel caso in cui il prodotto oggetto del rifiuto abbia essenzialmente la funzione di rendere più agevole e conveniente la fruizione di prodotti o servizi già esistenti”;

B. “se, nel quadro di una condotta qualificata quale rifiuto di fornitura, sia possibile ritenere un comportamento abusivo, ai sensi dell'art. 102 TFUE, in un contesto nel quale, nonostante il mancato accesso al prodotto richiesto, (i) l'impresa richiedente fosse già attiva sul mercato e abbia continuato a crescere nello stesso per tutto il periodo del presunto abuso e (ii) altri operatori in concorrenza con l'impresa richiedente l'accesso al prodotto abbiano continuato ad operare sul mercato”;

C. “se, nel quadro di un abuso consistente nel rifiuto di concedere l'accesso a un prodotto o servizio asseritamente indispensabile, l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che l'inesistenza del prodotto o del servizio al momento della richiesta di fornitura debba essere presa in considerazione quale una giustificazione oggettiva per il rifiuto stesso, o quantomeno se un'autorità di concorrenza sia tenuta a svolgere un'analisi, su elementi oggettivi, del tempo necessario a un'impresa dominante al fine di sviluppare il prodotto o servizio per il quale viene richiesto l'accesso, oppure se sia invece esigibile che l'impresa dominante, stante la responsabilità che assume sul mercato, sia onerata di comunicare al richiedente la tempistica necessaria allo sviluppo del prodotto”;

D. “se l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che un'impresa dominante, che detiene il controllo di una piattaforma digitale, può essere tenuta a modificare i propri prodotti, o a svilupparne di nuovi, al fine di consentire a coloro che lo richiedono di accedere a tali prodotti. In tal caso, se un'impresa dominante sia tenuta a prendere in considerazione le generali esigenze del mercato o le esigenze della singola impresa richiedente accesso all'input asseritamente indispensabile, o quantomeno, stante la speciale responsabilità che viene ad assumere sul mercato, se debba prefissare dei criteri oggettivi per l'esame delle richieste che le vengono rivolte e per graduarne l'ordine di priorità”;

E. “se, nel quadro di un abuso consistente nel rifiuto di concedere l'accesso a un prodotto o servizio asseritamente indispensabile, l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che un'autorità di concorrenza è tenuta previamente a definire e individuare il mercato rilevante a valle interessato dall'abuso, e se questo possa essere anche solo potenziale”>>.

<sup>20</sup> “Il controllo delle concentrazioni tra imprese può avvenire, a livello nazionale, anche per quelle che non superano la soglia comunitaria. L'articolo 21, paragrafo 1, del regolamento n. 139/2004/CE relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che un'operazione di concentrazione tra imprese, priva di dimensione comunitaria, ai sensi dell'articolo 1 del citato regolamento, che sia inferiore alle soglie di controllo ex ante obbligatorio previste dal diritto nazionale e che non abbia dato luogo a un rinvio alla Commissione europea a norma dell'articolo 22 di detto regolamento, sia considerata da un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro come costitutiva di un abuso di posizione dominante, vietato dall'articolo 102 TFUE, tenuto conto della struttura della concorrenza su un mercato di dimensione nazionale”.

*sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale del medesimo, un'impresa che detiene una simile posizione può provare che una pratica escludente non incorre nel divieto di cui all'articolo 102 TUE, dimostrando che gli effetti che tale pratica può produrre sono controbilanciati, se non superati, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità o di innovazione” [...]. “Lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante è una nozione oggettiva che non richiede la prova di un elemento intenzionale”;*

- l'operazione di contestualizzazione del mercato *"implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di detta nozione"*;
- speciale responsabilità discende dalla posizione di dominanza dell'impresa sul mercato, con il conseguente obbligo di astenersi da comportamenti che avrebbero un effetto distorsivo proprio in quanto originati dalla dominanza (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479 e 8 aprile 2014, n. 1673)<sup>21</sup>.

## **5. Il dialogo tra il Consiglio di Stato e la CGUE.**

Nel dialogo verticale tra le Corti, come visto, il dialogo tra il Consiglio di Stato e la CGUE è continuo.

E qui si innesta il problema conseguente della responsabilità del giudice di ultima istanza nel caso in cui non rimetta alla CGUE, data la configurazione di un obbligo al riguardo. Infatti, l'omessa rimessione alla CGUE, ai sensi dell'art. 267 del TFUE<sup>22</sup>,

---

<sup>21</sup> *"Invero, la giurisprudenza ha sottolineato che la sussistenza di una posizione di dominio sul mercato non è di per sé illecita o censurabile; ciò che è vietato è l'abuso di tale posizione. In questo senso l'impresa, acquisita una posizione di dominanza, assume una sorta di speciale responsabilità, dovendo adoperarsi per non incidere, distorcendola, sulla libera competizione del relativo mercato di riferimento. Ciò può implicare, nella sua applicazione concreta, una limitazione della libertà economica dell'impresa dominante e, pertanto, deve essere giustificato dal perseguimento delle finalità "pro concorrenziali" a cui tende lo strumento azionato dall'Autorità, dovendosi scongiurare che l'intervento di quest'ultima possa, in ipotesi, costituire un deterrente allo sviluppo di nuovi prodotti, o modelli imprenditoriali, suscettibili di rappresentare un beneficio per il settore ed i consumatori. Sul piano generale, deve evidenziarsi la delicatezza della fattispecie in esame, la cui contestazione, come detto, comporta un'intensa restrizione della libertà economica dell'impresa (dominante) e che, pertanto, deve essere attentamente valutata alla stregua dei principi di ragionevolezza e proporzionalità". [...] "Anticipando quanto di seguito meglio spiegato, avuto riguardo alla peculiarità del caso in esame, deve affermarsi che l'accennata speciale responsabilità, che viene ad assumere la società in posizione dominante, e gli obblighi che ne discendono, devono ritenersi ancor più pregnanti nell'ipotesi in cui la posizione di dominanza tragga origine dalle titolarità di un diritto di esclusiva e la condotta censurata si rifletta su un mercato ancora allo stato embrionale e del quale deve esserne incentivato lo sviluppo. In tal senso, anche eventuali effetti benefici al sistema in termini di qualità o di innovazione, che in astratto potrebbero "giustificare la condotta, devono essere attentamente ponderati, non potendo la loro valorizzazione, alla stregua del canone di proporzionalità, risolversi nel precludere alla radice e completamente lo sviluppo di una effettiva concorrenza in un settore che si sta aprendo al mercato".*

<sup>22</sup> Il quale stabilisce che *"La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:*  
a) *sull'interpretazione dei trattati;*  
b) *sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.*  
*Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domanda re alla Corte di pronunciarsi sulla questione.*



costituisce un caso specifico di responsabilità del giudice di ultima istanza, qual è il Consiglio di Stato.

Al riguardo la CGUE ritiene che l'art. 267 del TFUE debba essere interpretato nel senso che *“un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi”*. Ritiene, inoltre, che la configurabilità di siffatta eventualità debba *“essere valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto dell'Unione, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze giurisprudenziali in seno all'Unione”*<sup>23</sup>.

In questa prospettiva la CGUE non manca di sottolineare che, per verificare se l'interpretazione del diritto UE s'imponga senza lasciare adito a ragionevoli dubbi, il giudice nazionale di ultima istanza *“...prima di concludere nel senso dell'esistenza di una situazione di tal genere deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe altresì ai giudici di ultima istanza degli altri Stati membri e alla Corte”*.

Irrompe, così, sulla scena una dimensione transnazionale della giurisdizione nazionale quando essa si occupa del diritto europeo, la quale dovrà indossare una veste che va ben oltre il suo ruolo di giudice interno per assumere le vesti del giudice dell'Unione. Compito improbo o missione impossibile, a prima impressione, che però la Corte stessa prova a circoscrivere.

Infatti la CGUE<sup>24</sup>, ritornando sulla problematica, afferma che non sussiste l'obbligo di rimessione *“qualora la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si imponga con un'evidenza tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio”* e che *“l'esistenza di una siffatta eventualità dev'essere valutata in base alle caratteristiche proprie del diritto dell'Unione, alle difficoltà particolari relative alla sua interpretazione e al rischio di divergenze giurisprudenziali in seno all'Unione europea”*. Aggiunge poi che il giudice nazionale *“non è tenuto a dimostrare in maniera circostanziata che gli altri giudici di ultima istanza degli Stati membri e la Corte adotterebbero la medesima*

---

*Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.*

*Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile”*.

<sup>23</sup> CGUE, grande sezione, 6 ottobre 2021, n. 561, così detta sentenza Cilfit 2 per differenziarla dalla precedente sentenza della CGUE 6 ottobre 1982, n. 283, caso Cilfit, che aveva fissato i criteri per il rinvio pregiudiziale del giudice nazionale di ultima istanza.

<sup>24</sup> Sez. VI, ordinanza, 27 aprile 2023, C-495/2022. Negli stessi termini CGUE, sez. VI, ordinanza, 27 aprile 2023, C-482/2022.

*interpretazione, ma deve aver maturato la convinzione, sulla base di una valutazione che tenga conto dei citati elementi, che la stessa evidenza si imponga anche agli altri giudici nazionali in parola e alla Corte”.*

Ma come si fa a maturare una convinzione di tal tipo? La quale non è di poco rilievo, visto che comporta la sussistenza o meno dell'obbligo per il giudice di rimettere alla CGUE e, conseguentemente, la responsabilità del giudice italiano che non ha rimesso in un'ipotesi in cui, invece, ci sarebbe stato l'obbligo di rimettere.

La CGUE non fornisce sicuri e certi parametri guida, diversi da quelli attinenti alla necessità di operare un'attenta analisi ermeneutica del diritto dell'Unione. Parametri che, invece, sarebbero stati necessari al fine di prevedere quando una data interpretazione del giudice potenzialmente rimettente si possa sovrapporre a quella che avrebbe adottato il giudice della CGUE o altro giudice di uno Stato membro.

Ma soprattutto viene richiesta al giudice nazionale la conoscenza dell'applicazione e dell'interpretazione del diritto dell'Unione da parte dei giudici degli altri Stati membri. Il che complica ulteriormente la situazione in un contesto già complesso e implicante profili di responsabilità del giudice.

Emergono ancora una volta alcune criticità nelle decisioni della CGUE, che spesso manca di concretezza approfondendo profili teorici di difficile applicazione pratica nell'ambito delle controversie che danno luogo alle questioni di interpretazione ad essa rimesse e, inoltre, appare distante dall'effettiva risoluzione dei problemi sollevati. Anche perché la CGUE spesso si limita ad affermare principi la cui applicazione pratica poi viene demandata al giudice nazionale al quale, però, i principi affermati non sempre sono di utilità per la decisione del caso concreto.

La CGUE non manca, inoltre, di aggiungere<sup>25</sup> che la mera possibilità di effettuare una o diverse altre letture di una disposizione del diritto dell'Unione, nei limiti in cui nessuna di esse - alla luce del contesto e della finalità di detta disposizione, nonché del sistema normativo in cui essa si inserisce - appaia sufficientemente plausibile al giudice nazionale interessato, non può essere sufficiente per considerare che sussista un dubbio ragionevole quanto all'interpretazione corretta di tale disposizione.

Requisito questo che spesso viene dimenticato dal giudice nazionale, per il quale la mera possibilità di una diversa lettura della norma europea consente di per sé la rimessione alla CGUE. Mentre invece la Corte, nel pretendere qualcosa di più rispetto a letture alternative, mira soprattutto a limitare la proposizione delle questioni di interpretazione innanzi alla stessa; questioni alle quali proprio il giudice italiano è tra i più affezionati nell'Unione.

## **6. Conclusioni.**

---

<sup>25</sup> Con la sentenza Cilfit 2 citata alla nota 23.

In conclusione, secondo gli orientamenti della CGUE, di cui si è detto nel paragrafo precedente, nel dialogo verticale tra le Corti europee diventa di preliminare rilievo il dialogo orizzontale tra i giudici dell'Unione.

Se, secondo la CGUE, l'obiettivo della procedura pregiudiziale è quello di perseguire l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione e, conseguentemente, non va trascurata la particolare attenzione alle caratteristiche del diritto dell'Unione e delle sue ricadute in altri Paesi diversi da quello in cui sorge il dubbio sul rinvio, assume importanza rilevante il dialogo orizzontale tra i giudici europei. Ossia la capacità di informazione, comprensione e applicazione da parte di questi ultimi di quelle che sono le norme europee direttamente applicabili negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Il che comporta il necessario incremento degli strumenti relazionali e di scambio tra gli stessi giudici.

Solo così, anche previa adozione di un linguaggio unico e comune nella definizione dei vari istituti giuridici, sarà possibile raggiungere l'obiettivo finale, a cui dovrebbero tendere sia i giudici nazionali che il supremo organo di giustizia dell'Unione: ossia l'unicità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto europeo<sup>26</sup>.

Carmine Volpe

Presidente Aggiunto del Consiglio di Stato

---

<sup>26</sup> È su questa strada che si muove l'ACA-Europe, ossia l'Associazione composta dalle Corti supreme amministrative europee, la cui presidenza, svolta dal Consiglio di Stato italiano per due anni, si è conclusa con il convegno tenuto a Napoli il 26 e 27 giugno 2023, in cui è stato anche approvato un glossario di definizioni giuridiche comuni a tutti i membri dell'ACA.