

REGIONE TOSCANA



Consiglio Regionale

Premio tesi di Laurea

“David Sassoli”

edizione 2024

NOTA DI DISCLAIMER

L'Editore, il Consiglio Regionale della Toscana, dichiara che la pubblicazione dei contenuti della presente opera persegue finalità senza scopo di lucro, inserendosi nelle attività istituzionali di interesse pubblico e di divulgazione e condivisione della conoscenza in ambito scientifico, giuridico e letterario.

Il Consiglio Regionale della Toscana è a disposizione per ogni ulteriori approfondimenti.

Presentazione

La decisione del Consiglio Regionale della Toscana di istituire un premio di laurea dedicato a **David Sassoli** è un gesto semplice ma carico di significato. È il nostro modo per tenere viva la memoria di ciò che David ha rappresentato, nella sua vita e nel suo impegno politico e civile.

Il **Premio Sassoli** non è soltanto un riconoscimento all'eccellenza accademica, ma è soprattutto un tributo al profondo impegno di un uomo che ha fatto dell'ideale europeo la sua missione. David è stato un politico appassionato, un leader leale e rigoroso, capace di mettere la propria cultura al servizio delle Istituzioni e dei cittadini. Un uomo del dialogo, fermo nella difesa dei valori della solidarietà, della democrazia e della libertà.

Sassoli ha saputo avvicinare l'Europa ai cittadini e alle cittadine, rendendola più comprensibile, più vicina, più umana. Questa è forse la sua eredità più preziosa. Oggi, anche grazie al suo contributo, l'Unione Europea è una dimensione essenziale e irrinunciabile per il futuro delle nostre democrazie. Senza le Istituzioni europee, i singoli Stati sarebbero fragili e impotenti di fronte alle grandi sfide globali del nostro tempo: i cambiamenti climatici, i fenomeni migratori, le crisi geopolitiche, le transizioni demografiche e i poteri economici e finanziari che superano ogni confine.

Certo, **la nostra Europa non è perfetta**. Ma resta la migliore garanzia di pace, di diritti e di opportunità per tutti i cittadini europei.

Con la pubblicazione delle tesi vincitrici del Premio Sassoli vogliamo fare due cose: **custodire il ricordo di David** e **dare spazio allo sguardo dei giovani**, alla loro capacità di leggere il presente e immaginare il futuro. Solo attraverso lo studio, la ricerca e la partecipazione possiamo continuare a costruire l'"Europa della speranza" che David amava evocare.

Ci auguriamo che questa collana possa ispirare nuove riflessioni, stimolare il pensiero critico e contribuire alla crescita di un'Europa **più inclusiva, più solidale, più democratica**.

Dobbiamo imparare a guardare all'Europa come a un luogo di possibilità, un orizzonte comune dove poter realizzare il proprio futuro, soprattutto per le nuove generazioni. L'**Europa unita** è l'eredità che Altiero Spinelli ci ha lasciato dal suo "Sogno Europeo" nato a Ventotene.

Un sogno che oggi più che mai abbiamo il dovere non solo di ricordare, ma di custodire e far vivere.

Antonio Mazzeo
Presidente del consiglio regionale della Toscana

Prefazione

È con crescente soddisfazione che presentiamo la pubblicazione di questa tesi, insignita di uno dei riconoscimenti nell'ambito del premio di laurea intitolato a David Sassoli.

Questa iniziativa, fortemente voluta dalla Commissione Politiche Europee e Relazioni Internazionali del Consiglio Regionale della Toscana, ha trovato pieno e fondamentale sostegno nell'Ufficio di Presidenza della nostra Assemblea, a partire dal Presidente Antonio Mazzeo. Ci è sembrato il modo più significativo ed emozionante per onorare la memoria di David Sassoli, valorizzando le idee e le proposte delle giovani generazioni.

Fondamentale in questo percorso, creato in questa legislatura regionale, è stato anche il supporto che abbiamo ricevuto dal mondo delle Università toscane. Ecco perché vogliamo ringraziare le docenti ed i docenti che hanno accettato di far parte della Commissione che ha scelto le tesi da premiare, perché, con la loro competenza e passione hanno dato un valore aggiunto a questa nostra iniziativa: una commissione presieduta dal prof. Edoardo Bressanelli della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, il prof. Enrico Borghetto dell'Università degli Studi di Firenze, il prof. Vincenzo Bove della Scuola IMT Alti Studi di Lucca, il prof. Guglielmo Meardi della Scuola Normale Superiore di Pisa, prof. Luca Verzichelli, dell'Università degli studi di Siena, il Prof. Luca Paladini, dell'Università per Stranieri di Siena, il prof. Saulle Panizza, in rappresentanza dell'Università di Pisa e la dott.ssa Sarah St. John, dell'Istituto Universitario Europeo.

Il volume che state per consultare rappresenta un ulteriore traguardo che abbiamo perseguito con determinazione e che condurrà alla creazione di una specifica collana all'interno delle pubblicazioni del Consiglio Regionale della Toscana. Queste tesi costituiranno quindi un segno tangibile di un impegno rivolto all'Europa di oggi e di domani. Un'iniziativa che, per volontà unanime, è stata inserita tra le attività istituzionali del Consiglio Regionale della Toscana, affidandola così anche alle colleghe e ai colleghi che verranno.

Tutto ciò non sarebbe stato possibile senza lo straordinario impegno e il lavoro dei componenti della "Commissione Europa" che ho avuto l'onore di guidare. Di questa Commissione, in questa XI Legislatura, hanno fatto parte Giovanni Galli (vicepresidente, Lega), Anna Paris (vicepresidente segretaria, PD), Fiammetta Capirossi (PD), Irene Galletti (M5S), Valentina Mercanti (PD), Fausto Merlotti (PD), Marco Stella (FI), Andrea Vannucci (PD) e Gabriele Veneri (Fdl), insieme all'indimenticabile Massimiliano Pescini (PD), al quale rivolgiamo sempre un fraterno e commosso pensiero.

A loro va interamente il merito dei risultati raggiunti, e questo grazie all'impegno di chi ha partecipato alla fase iniziale dei nostri lavori e di chi continua a far parte di questa Commissione con una passione e una competenza davvero uniche. A tutte e tutti loro va la mia più profonda riconoscenza, che estendo agli uffici ed al personale che ci hanno accompagnato in questo percorso.

Mi sia concesso di ringraziare il mio gruppo, il PD, per un sostegno totale e costante, e anche il gruppo di Italia Viva che, pur non essendo rappresentato in Commissione, non ha mai fatto mancare stimoli e supporto. Ma è a tutti i gruppi, di maggioranza e di opposizione, che va la mia più sentita gratitudine per un lavoro che, grazie alle commissarie e ai commissari, stiamo portando avanti insieme, costruendo una modalità di dialogo e di confronto che è motivo di vanto e orgoglio.

Il lavoro della Commissione proseguirà anche sui territori con iniziative e progetti legati alle Giornate dell'Europa, affiancati dalla volontà di approfondire diverse tematiche, potendo contare anche sulla disponibilità della Giunta guidata dal Presidente Eugenio Giani e delle assessore e degli assessori che ne fanno parte.

In conclusione, desidero inoltre rivolgere un affettuoso pensiero anche ai familiari di David Sassoli che hanno sempre dimostrato grandissima attenzione a questa nostra iniziativa. La presenza di Alessandra Vittorini alla cerimonia di premiazione è stato un momento particolarmente emozionante. A lei, ai loro figli ed a tutti i familiari di David va un abbraccio fortissimo, unito all'impegno, valido per l'oggi come per il domani, di mantenere sempre vivo il ricordo di un uomo che ci ha reso orgogliosi di essere toscani, italiani ed europei.

Francesco Gazzetti

*Presidente Commissione Politiche Europee e Relazioni Internazionali del
Consiglio Regionale della Toscana*



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea magistrale in
giurisprudenza

L'abuso di posizione dominante per
l'accesso alle infrastrutture essenziali nel
settore energetico

Candidato
Giulio Buoncristiani

Relatore
Prof. Simone Marinai

Anno accademico 2023/2024

A mio nonno

Indice

Introduzione	6
---------------------	---

Capitolo 1

L'abuso di posizione dominante

1.1. Cenni storici sulla disciplina antitrust	10
1.2. La politica della concorrenza dell'Unione europea	14
1.3. Il mercato rilevante	17
1.4. <i>Segue</i> : il divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante sancito dall'art. 102 TFUE	22
1.5. La legislazione antitrust nazionale	25
1.6. Le tipologie di comportamenti anticoncorrenziali (intese restrittive della concorrenza, abuso di posizione dominante, concentrazioni)	26
1.7. La definizione di posizione dominante (sentenza <i>Hoffmann La Roche</i> – sentenza <i>Enel S.p.A.</i>)	31
1.8. Il regime sanzionatorio	39

Capitolo 2

La liberalizzazione del mercato energetico

- | | |
|---|----|
| 2.1. La liberalizzazione dei mercati del gas e dell'elettricità | 45 |
| 2.2. L'attività di esecuzione della Commissione Europea | 50 |
| 2.3. L'applicazione del diritto della concorrenza nel settore energetico | 56 |
| 2.3.1. Il caso "G sp. z o.o" e l'interpretazione dell'art. 3 della direttiva 2009/72/CE | 61 |
| 2.4. Il caso "Gazprom" e la comunicazione degli addebiti | 64 |

Capitolo 3

L'abuso di posizione dominante nel settore energetico

- | | |
|---|----|
| 3.1. La nozione di <i>essential facility</i> | 73 |
| 3.1.1. Le politiche di prezzo | 75 |
| 3.2. La <i>essential facilities doctrine</i> e l'esigenza di trovare un bilanciamento con altri diritti tutelati dall'ordinamento | 80 |

3.2.1. La portata dell' <i>essential facilities doctrine</i> nel settore energetico	87
3.3. Il rifiuto a contrarre e la dottrina dell' <i>essential facilities</i>	92
3.3.1. <i>Segue</i> : considerazioni critiche relative all'applicazione dell' <i>essential facilities doctrine</i>	99
3.3.2. Il caso “ <i>Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE</i> ” e l'accesso privilegiato allo sfruttamento della lignite	102
3.3.3. Il caso “ <i>Bulgarian Energy Holding</i> ”	110
Conclusioni	116
Ringraziamenti	121
Bibliografia	123

Introduzione

Prendendo a modello la normativa antitrust dell'Unione Europea, il legislatore italiano ha codificato tutta una serie di regole e divieti che hanno come obiettivo finale quello di tutelare la libertà di concorrenza sul mercato, libertà concessa a tutti gli operatori che si muovono in questo settore.

Tra i diversi comportamenti anticoncorrenziali spicca sicuramente l'abuso di posizione dominante, condotta in grado di andare ad alterare il libero gioco della concorrenza attraverso comportamenti che possono limitare, stravolgere o addirittura eliminare completamente la concorrenza. Essere in posizione dominante non è di per sé illegittimo; ciò che è vietato è lo sfruttamento abusivo di tale posizione al fine di estromettere i concorrenti dal mercato.

L'ordinamento consente ad un soggetto di acquisire una posizione dominante sul mercato. Tuttavia, non è ammesso il fatto che tale posizione venga sfruttata in modo abusivo per adottare comportamenti anticoncorrenziali. Di conseguenza, secondo le norme che regolano la concorrenza sul mercato, ciò che è vietato non è tanto il possesso del potere acquisito legittimamente dall'imprenditore, ma è l'uso scorretto di tale potere a perfezionare l'illecito.

La dinamica del mercato promuove e alimenta lo sviluppo interno, rendendo giustificato il riconoscimento della posizione dominante acquisita da un soggetto nel mercato. Questa posizione è il frutto dell'impegno e dell'attività che hanno consentito all'impresa di superare i concorrenti e di raggiungere una posizione di predominio economico nel settore.

Pertanto, l'oggetto di contestazione risiede nel comportamento adottato dal soggetto che detiene la posizione dominante. La posizione dominante costituisce, quindi, un elemento imprescindibile per il perfezionamento della fattispecie.

Tuttavia, a livello legislativo non è stata fornita nessuna definizione di posizione dominante; questo fatto ha suscitato dibattiti nella dottrina e nella giurisprudenza in merito al significato effettivo da attribuire a tale concetto.

Una prima definizione in ambito giurisprudenziale è emersa dalla sentenza della Corte di Giustizia “Hoffman La Roche”. Tale definizione è stata, tuttavia, superata successivamente da altre decisioni (una in particolare riguardante la società italiana ENEL) che hanno tentato di chiarire ulteriormente il concetto di posizione dominante.

Una volta esaminato il concetto di abuso di posizione dominante, la nostra attenzione verrà focalizzata sul settore energetico, dove a partire dagli anni '90 si è assistito ad una liberalizzazione del mercato nel nostro paese e all'interno dell'Unione Europea, arrivando all'emanazione di regole di condivisione delle strutture energetiche che sono da considerarsi essenziali per lo sviluppo del mercato stesso.

In particolare l'Unione Europea ha emanato cinque diversi pacchetti energia volti ad aprire gradualmente i mercati nazionali dell'elettricità e del gas alla concorrenza fino ad arrivare alla creazione di un mercato unico all'interno dell'Unione Europea.

Tali pacchetti hanno il merito di aver introdotto misure finalizzate a garantire il buon funzionamento del mercato interno e la tutela dei consumatori dalle condotte anticoncorrenziali. Inoltre, sono state istituite le Autorità nazionali di regolamentazione, le quali si impegnano per assicurare la protezione totale dei consumatori e il corretto funzionamento del mercato, operando in modo imparziale rispetto agli interessi industriali e statali.

La Commissione europea assume un ruolo cruciale nel processo di liberalizzazione, avendo il compito di vigilare sulla conformità delle condotte degli Stati membri al diritto dell'Unione Europea. Nel caso di violazione delle normative antitrust, la Commissione ha l'autorità di applicare sanzioni ai comportamenti che violano gli obblighi stabiliti dal

diritto dell'Unione. Se la violazione persiste nonostante l'applicazione delle sanzioni, la Commissione ha la facoltà di presentare ricorso presso la Corte di Giustizia per ottenere la condanna dello Stato membro coinvolto e garantire così l'adozione delle misure correttive richieste.

Inoltre, il presente lavoro si prefigge di esaminare un aspetto specifico dell'abuso di posizione dominante, concentrandosi sul concetto di infrastrutture essenziali, note anche come “*essential facilities*”.

Più nello specifico, nell'elaborato si analizzerà la dottrina delle strutture essenziali, teoria elaborata negli Stati Uniti nel quadro delle leggi antitrust riguardanti l'accesso alle infrastrutture essenziali. Questa dottrina sostiene che le imprese proprietarie di tali infrastrutture sono obbligate a renderle disponibili ai concorrenti, purché si sia di fronte a infrastrutture non facilmente duplicabili per motivi economici, giuridici o naturali. Il richiedente l'accesso all'infrastruttura potrebbe essere anche un concorrente, poiché lo scopo di questa dottrina è quello di garantire l'ingresso ai nuovi concorrenti e promuovere lo sviluppo dei mercati.

Tale dottrina, pur non avendo mai trovato formale riconoscimento a livello normativo, è stata applicata più volte dai giudici nazionali ed europei. Il fatto che la dottrina delle infrastrutture essenziali non sia mai stata codificata è dovuto alla circostanza che essa potrebbe contrastare con principi fondamentali riconosciuti in tutti gli ordinamenti democratici, in particolare il principio della libera iniziativa economica e il diritto di proprietà.

Viene infine analizzata una specifica condotta anticoncorrenziale, ossia il rifiuto a contrarre da parte dell'*incumbent*. Si tratta di una condotta che mira esclusivamente ad eliminare dal mercato i *competitors*, negando loro l'accesso all'infrastruttura essenziale per l'esercizio della propria attività.

In sintesi, lo scopo di questo elaborato è quello di andare ad approfondire il concetto di abuso di posizione dominante per l'accesso alle infrastrutture essenziali ed analizzare come gli organi nazionali ed europei hanno reagito di fronte a queste condotte.

Capitolo 1

L'abuso di posizione dominante

Sommario: 1.1. Cenni storici sulla disciplina antitrust; 1.2. La politica della concorrenza dell'Unione europea; 1.3. Il mercato rilevante; 1.4. Segue: Il divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante sancito dall'art. 102 TFUE; 1.5. La legislazione antitrust nazionale; 1.6. Le tipologie di comportamenti anticoncorrenziali (intese restrittive della concorrenza, abuso di posizione dominante, concentrazioni); 1.7. La definizione di posizione dominante (sentenza Hoffmann la Roche – sentenza Enel S.p.A.); 1.8. Il regime sanzionatorio

1.1. Cenni storici sulla disciplina antitrust

La disciplina antitrust ha origini anglo-americane. Nel 1890 il congresso degli Stati Uniti, sotto la presidenza di Benjamin Harrison, ha adottato lo *Sherman Antitrust Act*, conosciuto anche come *Sherman Act*, la prima legge antitrust¹ emanata su proposta del senatore dell'Ohio John Sherman; legge che troverà applicazione soltanto nel 1911 nelle

¹ Già sotto l'impero di Augusto nel 18 a.C. con la *Lex Iulia de Annone*, legge che poneva sanzioni nei confronti di chi accumulava deliberatamente generi alimentari, comportando fenomeni inflazionistici, incontriamo un primo tentativo da parte dell'imperatore di limitare i comportamenti anticoncorrenziali a tutela del commercio locale.

vicende che interessarono la *Standard Oil Co. of New Jersey*² e l'*American Tobacco Company*³.

Lo *Sherman Act* è frutto del periodo storico⁴ che si stava andando a delineare e nell'economia statunitense questo aveva portato ad un incremento delle concentrazioni, in particolare di alcune attività commerciali (ferroviaria, petrolifera, tabacco). Gli imprenditori interessati approfittarono di questa circostanza, ponendo in essere collaborazioni proprio al fine di evitare una reciproca concorrenza; la regolamentazione giuridica, quindi, rappresenta una risposta a quelle che erano le nuove esigenze sociali e normative del momento.

Obiettivo principale dello *Sherman Act* «non è proteggere le imprese dal funzionamento del mercato; è proteggere il pubblico dal fallimento del mercato. La legge si rivolge non contro comportamenti concorrenziali, anche se severi, ma contro comportamenti che tendono slealmente a distruggere la concorrenza stessa»⁵.

Nasce quindi al fine di regolare il libero gioco della concorrenza in un'ottica collettiva, censurando e stigmatizzando tutti quei comportamenti idonei a distorcere il mercato, ad alterare la libera concorrenza, a pregiudicare la libera iniziativa economica.

Lo *Sherman Act* ha un'impostazione rigorosa, volta ad affermare in maniera assoluta il principio della concorrenza perfetta, come formula di gestione del mercato migliore possibile. La concorrenza perfetta è il modello a cui deve aspirare ogni mercato in cui c'è libertà di accesso, si stimola la proliferazione dell'offerta nell'ottica del benessere del consumatore, e vi è la creazione, quindi, di un mercato in cui ciascun soggetto che abbia interesse di intraprendere un'attività economica lo può fare, senza barriere all'ingresso e senza distorsioni da parte di

² Compagnia petrolifera fondata dal magnate John Davison Rockefeller.

³ Compagnia statunitense fondata dall'imprenditore James Buchanan Duke.

⁴ La rivoluzione industriale del XIX secolo portò allo sviluppo economico e industriale della società, caratterizzato dall'utilizzo di macchine in grado di consentire una produzione di scala.

⁵ Così la Corte Suprema degli Stati Uniti, *Spectrum Sports, Inc. c. McQuillan*, nella decisione del 25 gennaio 1993, 506 US 447 (1993).

competitors, che in maniera illegittima cerchino di forzare il risultato, di sottrarre la gara libera dove dovrebbe prevalere il migliore.

Lo *Sherman Act* nella sua versione originale è suddiviso in due parti. La prima sezione vieta qualsiasi accordo che limita irragionevolmente la concorrenza o influisca sul libero commercio. Quindi, affinché si perfezioni questa fattispecie è necessario che intercorrano tre diversi elementi: un accordo tra le parti; l'accordo deve andare a limitare irragionevolmente la concorrenza; l'accordo deve influire sul libero commercio.

La seconda sezione riguarda invece il divieto di monopolizzazione. La legge infatti vieta ogni tentativo o accordo volto alla costituzione di un monopolio.

La legge federale quindi consentiva al governo di poter agire nei confronti di quegli operatori che in qualche modo avessero messo a rischio la concorrenza e il libero mercato; potere che per alcuni anni non fu comunque utilizzato a seguito delle diverse opposizioni della Corte Suprema degli Stati Uniti.

Col tempo le corti statunitensi hanno mitigato questa assolutezza. Esse si sono rese conto che la concorrenza perfetta, che è un modello a cui ispirare i comportamenti degli imprenditori sul mercato, in alcuni casi costituisce quasi un'utopia di difficile realizzazione e in altri casi addirittura non necessariamente rappresentano il sistema più idoneo a tutelare il consumatore.

Si è fatta strada l'idea che al modello della concorrenza perfetta se ne dovesse affiancare un altro, capace di intervenire a fronte di circostanze straordinarie in grado di stravolgere le regole del mercato.

Si è sviluppato così il modello della concorrenza sostenibile, sistema che si pone come obiettivo quello di assicurare la libertà di concorrenza, consentendo però allo stesso tempo di poter effettuare delle valutazioni diverse a fronte di circostanze eccezionali, valutando la possibilità di

consentire forme restrittive della concorrenza, purché non si abbandoni l'assolutezza originaria del principio.

In presenza di condizioni straordinarie la concorrenza sostenibile rappresenta, quindi, il modello più adatto per definire le diverse situazioni di mercato.

Si è andata quindi ad affermare la *rule of reason*⁶, la regola della ragionevolezza, con l'obiettivo di temperare l'assolutezza del principio della concorrenza perfetta introdotto dalle corti statunitensi.

Attraverso la codificazione di questa regola si è riconosciuta così la possibilità di introdurre eccezioni al principio di concorrenza perfetta, rifiutando di condannare a priori qualsivoglia condotta anticoncorrenziale, ossia comportamenti idonei astrattamente a limitare la libertà di concorrenza.

In questo modo è stata concessa alle corti l'opportunità di verificare se la presenza di circostanze straordinarie sia tale da giustificare condotte vietate dalla legge, ma in grado di produrre effetti positivi sia per il mercato che per i consumatori, conservandosi in ogni caso l'obiettivo finale, cioè il divieto di tenere comportamenti anticoncorrenziali capaci di alterare il sistema di economia di mercato.

In Europa la situazione era diversa e ciò era dovuto ad una diversa immagine del rapporto tra Stato ed economia⁷. Gli Stati europei diedero vita a diverse società che operavano primariamente in regime di monopolio pubblico, situazione che iniziò a incontrare i propri limiti agli inizi del 900, quando gli stessi monopoli cominciarono a mostrare la

⁶ Dottrina giuridica utilizzata dalle corti americane per interpretare lo *Sherman Act*.

⁷ La diversa impostazione era dovuta al fatto che mentre negli Stati Uniti dominavano le tesi lockiane, secondo cui lo stato in materia economica deve ridurre al minimo il suo intervento, in Europa spiccavano invece le tesi di Jean-Jacques Rousseau, per le quali lo stato, essendo frutto del popolo, ha un potere illimitato soprattutto in campo economico [https://www.disfipeq.unich.it/sites/st10/files/la_legge_antitrust._il_divieto_delle_intese_labuso_di_posizione_dominante_e_le_concentrazioni.pdf].

loro inidoneità ad operare sul mercato, con la tendenza a produrre effetti distorsivi.

Bisognerà attendere la fine della seconda guerra mondiale affinché l'Europa manifesti il proprio interesse verso le questioni economiche.

Infatti, è solo con il trattato di Roma del 1957 che avremo in Europa la prima normativa a tutela della concorrenza e del libero mercato. Alcuni Stati europei avevano in realtà già adottato leggi in materia di antitrust, riprese poi dalla normativa europea, ma in Italia si dovrà attendere ancora qualche decennio per avere una disciplina nazionale.

1.2. La politica della concorrenza dell'Unione europea

Le norme dell'Unione Europea in materia di concorrenza hanno come obiettivo principale quello di garantire il corretto funzionamento del mercato interno dell'Unione⁸. In quest'ottica, tali disposizioni si prefiggono lo scopo di assicurare che le imprese si confrontino in modo equo nella competizione del mercato interno.

Pertanto, fin dal Trattato di Roma del 1957, gli Stati fondatori della Comunità Europea hanno introdotto norme in materia di concorrenza, poi trasfuse, a seguito del Trattato di Lisbona del 2007, nel TFUE. In quest'ultimo Trattato, si mira, tra le altre cose, a prevenire limitazioni e alterazioni della concorrenza, quali abusi di posizione dominante, accordi internazionali e limitazioni della concorrenza derivanti da fusioni e acquisizioni⁹.

In un mercato concorrenziale, la competizione tra i concorrenti offre agli acquirenti la possibilità di scegliere tra diverse opzioni. Questa

⁸ Già a partire con il Trattato di Roma del 1957 la concorrenza costituiva uno dei punti cardine della Comunità economica europea. L'art. 3 lettera f prevedeva infatti che l'azione della Comunità importi «la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune».

⁹ Le disposizioni relative alla concorrenza sono delineate negli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che corrispondono agli articoli 81-89 della versione precedente del Trattato.

capacità di scelta dei consumatori è indicativa di un mercato competitivo e rappresenta uno degli effetti immediati e evidenti della concorrenza. Il sistema competitivo dell'economia permette, infatti, di conseguire risultati superiori rispetto a quelli che si sarebbero ottenuti in assenza di concorrenza.

La decisione di favorire la creazione di un mercato competitivo si basa su un presupposto fondamentale, ossia per ottenere i migliori risultati economici è necessario che le decisioni riguardanti l'offerta e la domanda siano prese in modo libero e autonomo, consentendo ai meccanismi di mercato di effettuare gli adeguamenti e i coordinamenti necessari.

Il sistema economico di libero mercato, basato principalmente sull'iniziativa privata e sulla libera concorrenza, non è immune da limitazioni e imperfezioni¹⁰. Tuttavia, quando è implementato con un approccio equilibrato e orientato al compromesso, può portare a ottenere i risultati economici migliori.

Il mantenimento di una concorrenza effettiva all'interno del mercato interno è attuata attraverso un'applicazione rigorosa ed efficace delle norme concorrenziali dell'Unione Europea. In tal senso, il Trattato ha istituito la Commissione, organo il cui compito principale è quello di garantire una corretta applicazione di tali regole, possedendo ampi poteri di controllo e di attuazione.

Allo stesso tempo, sono stati attribuiti alle Autorità e tribunali nazionali garanti della concorrenza sul mercato un ruolo esecutivo significativo¹¹, creando una sinergia tra autorità nazionali e Commissione.

Nel contesto di un mercato in cui domina la concorrenza perfetta, nessuna impresa può acquisire un livello di potere di mercato superiore

¹⁰ Si pensi, ad es., al tema dell'innovazione, che può richiedere investimenti considerevoli in ricerche che possono essere lunghe, costose e dall'esito incerto. Vietare, quindi, tassativamente la cooperazione tra imprese potrebbe disincentivare le stesse a porre in essere tali ricerche.

¹¹ V. Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio e Direttiva (UE) 2019/1.

rispetto alle altre e, di conseguenza, nessuna impresa è in grado di influenzare le decisioni adottate da un'altra impresa.

Nella realtà, le imperfezioni delle condizioni di concorrenza spesso ostacolano il corretto funzionamento dei meccanismi di regolamentazione e favoriscono la creazione di posizioni dominanti per alcune imprese nel mercato. Tali imprese, di conseguenza, sono in grado di eludere la concorrenza, fino al punto di poter alterare la concorrenza sul mercato e mantenere un notevole grado di autonomia nell'esercizio della propria attività, senza la necessità di tenere in considerazione i concorrenti e i clienti¹².

La normativa europea ha risposto a questa problematica con l'introduzione dell'art. 102 TFUE, il quale vieta lo sfruttamento da parte dell'impresa della posizione dominante. L'obiettivo principale è quello di preservare l'effettiva concorrenza sul mercato, limitando la capacità delle imprese in posizione dominante di esercitare il loro potere di mercato in modo arbitrario.

Nel caso in cui un'impresa detenga una posizione rilevante sul mercato, ma non ancora qualificabile come dominante, potrebbe cercare di acquisire il controllo di una o più altre imprese tramite operazioni di concentrazione, al fine di raggiungere la posizione dominante sul mercato o potrebbe stringere accordi in modo tale da falsare la concorrenza. Il legislatore è intervenuto con la previsione dell'art. 101 TFUE che, come l'art. 102 TFUE, ha il compito di mantenere l'effettività della concorrenza sul mercato.

Pertanto, l'obiettivo comune di queste due disposizioni è quello di impedire tutte quelle condotte potenzialmente in grado di alterare la concorrenza sul mercato.

¹² V. Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal B.V. c. Commissione delle Comunità europee*, C-27/76, par. 65: «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».

1.3. Il mercato rilevante

L'applicazione delle tre categorie di illeciti antitrust richiede la valutazione del potere di mercato detenuto dalle singole imprese. A tal fine è necessario verificare se i comportamenti delle stesse imprese abbiano prodotto degli effetti economici tali da compromettere l'effettiva concorrenza, causando danni al benessere del mercato e dei consumatori¹³.

Nell'analisi della disciplina della tutela della concorrenza, quindi, ricopre un ruolo fondamentale l'individuazione del mercato rilevante rispetto al quale valutare le eventuali violazioni della fattispecie. Determinare il mercato rilevante implica quindi individuare le imprese che, attraverso l'interazione tra domanda e offerta, sono in grado di esercitare varie pressioni competitive sui prezzi e sulle quantità dei prodotti e dei servizi sul mercato.

L'analisi della normativa concorrenziale non deve partire, come potrebbe sembrare naturale, dalla definizione di posizione dominante, ma piuttosto dal concetto di mercato rilevante, al fine di determinare se un'impresa abbia effettivamente tale posizione.

Al fine della determinazione della responsabilità da attribuire ad una impresa è, quindi, necessario individuare il mercato di riferimento, perché a fronte di un mercato più vasto corrisponderà una minor probabilità di accertare una posizione di dominio. Ne consegue che l'individuazione del mercato rilevante, cioè del mercato al quale attribuire l'atto o il comportamento potenzialmente in grado di ledere la concorrenza e di esplicare effetti anticoncorrenziali, costituisce un presupposto indispensabile per la corretta applicazione della normativa sulla concorrenza.

¹³ Cfr. F. GHEZZI e G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2019, p. 54 ss.

Nel contesto del diritto antitrust, il mercato rilevante è definito come l'ambiente in cui le imprese competono tra loro, esercitando il proprio potere sul mercato. Individuare il mercato rilevante implica, quindi, stabilire quali sono le imprese interessate, cioè gli attori economici che, interagendo tra di loro sul versante della domanda e dell'offerta, possono esercitare varie forme di pressione competitiva sui prezzi e sul funzionamento del mercato.

È bene precisare fin da subito che «in materia di diritto della concorrenza, sebbene né le norme comunitarie né quelle italiane prevedano espressamente la necessità di una precisa individuazione del mercato rilevante, è incontestabile il fatto che il concetto di *relevant market* (*marché en cause*) riveste un'importanza assolutamente fondamentale. Con specifico riferimento allo sfruttamento abusivo di posizione dominante, inoltre, si può dire senz'altro che la valutazione di ogni caso di asserito abuso presuppone necessariamente la preventiva individuazione del mercato di riferimento»¹⁴.

Dall'analisi degli articoli 2 e 3 della legge n. 287 del 1990¹⁵ emerge come non venga espressamente richiesta l'individuazione del mercato rilevante ai fini della valutazione della condotta come potenzialmente anticoncorrenziale. In entrambe le disposizioni, infatti, si fa unicamente riferimento alle condotte anticoncorrenziali «all'interno del mercato nazionale o di una sua parte rilevante», andando in questo modo solo ad indicare l'ambito di applicazione della legge¹⁶. Malgrado l'assenza di un riferimento espresso, in sede dottrinale è stata avvertita la necessità di individuare un mercato di riferimento al fine di accertare la presenza di un'intesa capace di alterare «il libero gioco della

¹⁴ Così S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, p. 117.

¹⁵ Gli artt. 2 e 3 della legge n. 287 del 1990 disciplinano, rispettivamente, le intese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante.

¹⁶ La legge non trova applicazione per quelle condotte che si esplicano al di fuori del territorio nazionale o di minore importanza.

concorrenza» o l'esistenza di una posizione dominante¹⁷. I giuristi hanno infatti ricondotto questa esigenza al concetto di funzionalità, considerando l'identificazione del mercato di riferimento funzionale alla stessa individuazione delle fattispecie limitative della concorrenza.

L'individuazione del mercato rilevante risulta, perciò, necessario ai fini della corretta valutazione della fattispecie sottoposta in esame, costituendo, di conseguenza, il tramite attraverso il quale poter giudicare l'eventuale impatto della condotta sul libero mercato. Se, pertanto, si pone l'esigenza di individuare il mercato rilevante ai fini dell'applicazione della normativa, risulta fondamentale determinare che cosa si intenda con mercato rilevante, non essendovi una definizione a livello legislativo.

In sede europea è stata formulata una prima definizione di mercato rilevante tramite la pubblicazione del Formulario CO, secondo cui è necessario effettuare due distinti accertamenti, uno sotto il profilo merceologico e l'altro sotto il profilo geografico. Per quanto concerne il mercato merceologico o del prodotto, è necessario individuare tutti quei prodotti che vengono considerati sostituibili da parte dei consumatori e, pertanto, si trovano in concorrenza tra loro¹⁸; per mercato geografico, invece, si intende l'individuazione di tutte quelle imprese che si trovano in un rapporto di concorrenza in quel determinato mercato del prodotto in ragione della loro ubicazione¹⁹. In una successiva comunicazione, la

¹⁷ «non è un dato prestabilito, ma dipende dall'abuso asserito. Solo le condizioni della concorrenza sul mercato in cui è stato commesso il preteso abuso devono essere prese in considerazione». Così A. FRIGNANI e M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Torino, 1996, p. 237.

¹⁸ «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». Così Formulario CO del 31 dicembre 1994, L 377.

¹⁹ «Un mercato geografico rilevante comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono prodotti o servizi rilevanti, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché, in particolare, in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse». Così Formulario CO del 31 dicembre 1994, L 377.

Commissione ha indicato la definizione di mercato rilevante, dichiarando che consiste in una «combinazione del mercato del prodotto e del mercato geografico»²⁰.

Una volta individuata la definizione di mercato rilevante, il passo successivo è quello di individuare i criteri da utilizzare al fine di misurare l'estensione del mercato. La dottrina, al riguardo, si è posta il quesito circa l'applicazione di criteri uniformi, ossia differenti a seconda della fattispecie oggetto di valutazione. Secondo alcuni Autori, questi criteri differiscono nell'ipotesi in cui sia necessario verificare se siamo di fronte ad una fattispecie di intesa restrittiva della concorrenza o di posizione dominante, trattandosi di condotte che vengono disciplinate diversamente da parte del legislatore²¹; mentre nel verificare se un accordo sia in grado di limitare la concorrenza non avrebbe senso l'applicazione di criteri differenti.

In sostanza, nella valutazione delle intese e delle posizioni dominanti i criteri sono i medesimi, ciò che invece differisce è la loro incidenza a seconda della fattispecie interessata nel caso concreto. Dalle precedenti definizioni, quindi, risulta chiaro che al fine della determinazione del mercato rilevante sia necessario utilizzare due diversi parametri: la valutazione del grado di sostituibilità dal lato della domanda e quella dal lato dell'offerta.

Per quanto concerne il primo parametro, si tratta di verificare se alla variazione del prezzo di un prodotto i consumatori hanno la possibilità di accedere facilmente ad un prodotto analogo o affine, ossia in grado di soddisfare i medesimi bisogni²²; il secondo parametro attiene

²⁰ Così la comunicazione della Commissione del 9 dicembre 1997, C 372.

²¹ L'art. 101 TFUE dichiara che sono incompatibili con il mercato interno quelle intese in grado di «falsare il gioco della concorrenza»; l'art. 102 TFUE invece vieta le posizioni dominanti che sono «pregiudizievoli al commercio» e quindi potenzialmente in grado di ostacolare una concorrenza effettiva.

²² «Fondamentalmente l'esercizio di definizione del mercato consiste nell'individuare le effettive fonti alternative di approvvigionamento dei clienti delle imprese interessate, tanto in termini di prodotti/servizi, quanto di ubicazione geografica dei fornitori». Così comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante del 9 dicembre 1997, C 372.

invece alla valutazione della possibilità per i fornitori di poter modificare il processo produttivo, in modo tale da poter produrre i beni in modo più efficace, senza dover far fronte a ingenti investimenti. Obiettivo di questo parametro è quello di verificare se imprese, non ancora concorrenti in quel determinato mercato, abbiano la possibilità di introdursi, anche nel caso di un aumento del prezzo del prodotto o del servizio da parte del monopolista²³.

Il mercato rilevante rappresenta, quindi, un fattore da esaminare al fine dell'individuazione e valutazione di una condotta anticoncorrenziale, ma allo stesso tempo bisogna tenere a mente che sussiste la possibilità che la condotta dell'*incumbent* possa scaturire i propri effetti anche all'interno di un altro mercato rispetto a quello in cui egli stesso opera. Questo può accadere tutte le volte in cui sussiste un qualche tipo di collegamento tra diversi mercati, tale da imporre al giurista un accertamento più ampio, così da poter far emergere eventualmente questo tipo di legame²⁴.

Da quanto è emerso l'individuazione del mercato rilevante può risultare particolarmente complesso, dal momento che si basa sulla valutazione delle circostanze di un momento storico preciso, diventando, di conseguenza, estremamente imprevedibile. Proprio per questo motivo, alcuni Autori²⁵ hanno proposto l'adozione di modelli per l'individuazione del mercato rilevante, così da eliminare l'imprevedibilità delle decisioni della degli organi giurisdizionali.

²³ Cfr. P. MARCHETTI e L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2012.

²⁴ Un esempio dell'esistenza di queste tipologie di collegamenti riguarda la vicenda che ha interessato le società Aeroporti di Roma S.p.A., che sono state sanzionate da parte dell'AGCM per aver imposto ai fornitori dei servizi all'interno dell'aeroporto determinate prestazioni, sfruttando la propria posizione dominante. Da questa vicenda emerge, quindi, come attività che operano in mercati distinti possano in qualche modo instaurare dei collegamenti. V. AGCM, provvedimento n. 19020 del 23 ottobre 2008, A376.

²⁵ Cfr. R. VAN DEN BERGH e P. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Londra, 2006, p. 133 ss.

1.4. Segue: Il divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante sancito dall'art. 102 TFUE

L'art. 102 TFUE rappresenta un pilastro essenziale nella politica europea in materia di concorrenza²⁶. In particolare, questo articolo si occupa delle pratiche abusive di imprese che detengono una posizione dominante sul mercato, con l'obiettivo di mantenere e favorire un contesto di mercato aperto, equo e competitivo all'interno dell'Unione Europea. Dunque, essa vieta alle imprese che detengono una posizione dominante su un determinato mercato lo sfruttamento abusivo della stessa²⁷. Si evince, quindi, che l'art. 102 TFUE è applicabile solo nei confronti di quelle imprese che siano titolari di una posizione dominante, posizione che può essere conquistata attraverso diverse modalità²⁸.

La semplice detenzione di una posizione dominante non implica di per sé alcuna violazione delle norme antitrust dell'Unione, incluso l'art. 102 TFUE. Tuttavia, la prassi giurisprudenziale ha gradualmente stabilito che le imprese dominanti hanno una responsabilità speciale nel garantire che il loro comportamento non ostacoli la concorrenza

²⁶ Prima dell'introduzione del TFUE la disposizione si rinveniva, in una versione differente, all'interno dell'art. 82 del Trattato che istituisce la Comunità Europea (TCE). Il testo originale al primo paragrafo affermava che: «È incompatibile con il mercato comune 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 comune o su una parte sostanziale di questo».

²⁷ L'art. 102 TFUE, comma 1, afferma che: «È 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».

²⁸ Un'impresa può raggiungere una posizione dominante sul mercato attraverso diverse modalità, quali, ad esempio, la superiorità del proprio prodotto o servizio, una maggior capacità di innovazione o magari semplicemente perché i concorrenti hanno abbandonato il mercato.

effettiva nel mercato interno, che deve essere priva di distorsioni e garantire l'accesso a tutti gli operatori sul mercato²⁹.

In virtù di questa speciale responsabilità, l'impresa in posizione dominante non può, da una parte, comportarsi come farebbe in un regime di mercato libero, e dall'altra parte, deve agire in modo tale da promuovere la concorrenza, anche quando questa non è più presente o non lo è mai stata.

L'obbligo di mantenere un certo grado di concorrenza nel mercato, al fine di non eliminare completamente il libero gioco della concorrenza, compensa il potere economico considerevole dell'impresa, che di per sé rimane comunque legittimo.

La maggior parte dei casi di abuso di posizione dominante riguardano pratiche³⁰ che influenzano in modo esclusivo i concorrenti attuali o potenziali. L'art. 102 TFUE vieta, pertanto, «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».

L'obiettivo principale dell'art. 102 TFUE, quindi, non è tanto quello di prevenire la formazione di un potere economico eccessivo sul mercato, ma, al contrario, vietare quei comportamenti posti in essere dalle imprese che sfruttino la propria posizione dominante per danneggiare la concorrenza e i consumatori.

Ha una funzione, perciò, principalmente repressiva. La Corte ha individuato immediatamente i requisiti affinché un atto possa essere considerato vietato: «un fatto deve [...] possedere tre requisiti:

²⁹ Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Torino, 2018, p. 457 ss.

³⁰ Le pratiche abusive vietate da parte dell'art. 102 possono assumere forme diverse, tra cui prezzi predatori, discriminazione dei prezzi, esclusione di concorrenti e vincoli sull'innovazione.

l'esistenza di una posizione dominante, il suo sfruttamento abusivo e la possibilità di pregiudizio per il commercio tra gli Stati membri»³¹.

È responsabilità della Commissione Europea e delle Autorità nazionali competenti per la concorrenza degli Stati membri dell'Unione garantire l'applicazione di questo articolo. Nel 2008 la Commissione ha adottato delle Linee guida³² attinenti all'applicazione della normativa in materia di abusi escludenti, che è stata oggetto di recente modifica attraverso una comunicazione del 2023, la quale ha tenuto conto degli sviluppi di mercato e dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte dell'Unione Europea³³.

La ratio dell'art. 102 TFUE, così come dell'art. 3 della legge 287 del 1990, che riprende quasi integralmente la normativa dell'Unione, è quella di regolare i casi in cui un'impresa, che si trovi in posizione dominante, vada a sfruttare la propria posizione in modo tale da danneggiare sia i concorrenti, ma anche i consumatori, direttamente o indirettamente.

A tal fine, la normativa antitrust, sia dell'Unione europea che nazionale, si pone l'obiettivo di garantire una libera concorrenza sul mercato, impedendo alle imprese che si trovano in una posizione dominante di poter porre in essere condotte anticoncorrenziali, volte a limitare, se non a impedire completamente, lo svolgimento di una concorrenza effettiva. Non è necessario l'esito fruttuoso dello sfruttamento, ma è sufficiente dimostrare che la condotta fosse idonea a

³¹ Così la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 29 febbraio 1968, *società Parke, Davis & Co. c. società Probel, Reese, Beintema-interpharm e Centrafarm*, C-24/67, p. 100.

³² Comunicazione della Commissione del 5 dicembre 2008, "Orientamenti sulle priorità di applicazione della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE [ora articolo 102 TFUE] ai comportamenti abusivi di esclusione da parte di imprese dominanti" (COM 2008/832).

³³ Comunicazione della Commissione del 31 marzo 2023, "Modifiche alla comunicazione della Commissione", 2023/C 116/01.

restringere la concorrenza basata sui meriti, sebbene la sua mancanza di effetti³⁴.

Più nello specifico, le condotte vietate possono tradursi in due diverse tipologie di abusi: l'abuso di impedimento, quando la condotta danneggia i concorrenti; l'abuso di sfruttamento, quando la condotta è lesiva della clientela.

La normativa mira, di conseguenza, ad evitare la formazione o il rafforzamento di posizioni dominanti che potrebbero compromettere seriamente e a lungo termine la concorrenza nei mercati interessati attraverso un giudizio di tipo prognostico.

L'ordinamento dell'Unione Europea ha istituito, quindi, uno strumento che non solo reprime gli abusi, ma che guida anche le azioni delle imprese in posizione dominante, perseguendo l'obiettivo di promuovere la concorrenza nel mercato.

Le considerazioni precedentemente esposte evidenziano come la disciplina sull'abuso di posizione dominante abbia una funzione pro-concorrenziale, mirando a orientare le condotte delle imprese dominanti. Questa funzione consente, da un lato, di limitare il vantaggio che l'impresa in posizione dominante potrebbe ottenere dallo sfruttamento della propria posizione; dall'altro, di tutelare l'ordinamento giuridico anche in situazioni in cui la concorrenza effettiva sia in parte o completamente assente.

1.5. La legislazione antitrust nazionale

L'Italia si munì di una disciplina antitrust con notevole ritardo rispetto agli altri Paesi europei. Soltanto nel 1990 il legislatore italiano ha provveduto a regolamentare la materia con la legge n. 287 del 1990,

³⁴ V. la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 19 gennaio 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl c. AGCM*, C-680/20, par. 57, secondo cui: «In particolare, 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 siffatto abuso».

rubricata «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato». Essa rappresenta la prima legislazione nazionale che disciplina la materia dell'antitrust.

Sino alla promulgazione della legge n. 287 del 1990, in Italia non c'era nessuna fonte normativa che andasse a disciplinare e tutelare la concorrenza e il mercato. A causa di questo vuoto normativo, prima dell'introduzione della normativa italiana, si applicavano le disposizioni comunitarie (oggi dell'Unione). A partire dal 1990, quindi, la materia è regolata sia dalla normativa comunitaria (poi, dell'Unione) sia dalla normativa italiana.

La legge ha il merito di aver dato attuazione all'art. 41 della Costituzione³⁵, articolo che prima del 1990 non trovava applicazione se non attraverso le norme comunitarie.

L'art. 41 Cost., infatti, introduce il principio della libertà di iniziativa economica, ma già al secondo comma sancisce la possibilità di poterla limitare tutte le volte in cui sia «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»; e il 3° comma affida alla legge il compito di determinare «i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

Con l'entrata in vigore della disciplina antimonopolistica nazionale, il legislatore si è dovuto porre il problema di regolamentare il rapporto con la disciplina comunitaria, riconoscendo la supremazia del diritto comunitario attraverso l'applicazione del c.d. principio di sussidiarietà³⁶.

³⁵ L'art. 41, 1° comma della Costituzione afferma che: «L'iniziativa economica privata è libera».

³⁶ L'art. 1, 1° co., legge n. 287 del 1990 recitava infatti: «Le disposizioni della presente legge [...] non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata».

La disciplina antitrust italiana è suddivisa in sei titoli e riprende quasi integralmente quella europea, in particolare per quanto concerne le condotte vietate³⁷.

1.6. Le tipologie di comportamenti anticoncorrenziali

L'Unione Europea, nel perseguire lo scopo di creare un mercato unico regolamentato da norme non derogabili dagli Stati membri, ha disciplinato i comportamenti in grado di alterare o falsare il libero gioco della concorrenza.

Le azioni delle imprese che possono limitare la concorrenza possono essere suddivise in tre categorie, che, pur simili in diversi aspetti, sono distinte e soggette a regole antitrust diverse: gli accordi e altre forme di cooperazione tra imprese (intese), l'abuso di posizione dominante da parte di un'impresa sul mercato e le concentrazioni tra due o più imprese.

Al fine di permettere agli operatori economici sul mercato di esercitare la propria attività in un clima di pieno rispetto, il Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea prevede due norme fondamentali che permettono agli organi deputati al controllo di valutare le condotte con ampia discrezionalità.

Le disposizioni da prendere in considerazione sono gli articoli 101 e 102 TFUE, che disciplinano, rispettivamente, le intese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante. L'art. 101 TFUE vieta «tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese

Sempre l'art. 1, 4° co., affermava «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».

³⁷ Si pensi ad esempio all'art. 3 della legge n. 287 del 1990, che detta una regolamentazione simile a quella prevista a livello dell'Unione: «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». Cfr. R. PARDOLESI, *L'impresa in posizione dominante*, in S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, p. 39 ss.

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».

La norma poi prosegue indicando, con più precisione, le diverse tipologie di condotte che possono perfezionare il divieto³⁸. Gli accordi o le decisioni conclusi in violazione di questa disposizione sono «nulli di pieno diritto».

Si tratta, quindi, di una invalidità che non può essere sanata, con efficacia retroattiva, e che opera automaticamente. Tale nullità può colpire anche solo alcune clausole, purché queste siano separabili dall'accordo principale. Ai fini dell'applicazione di questa disciplina, infine, non è richiesto un'effettiva distorsione della concorrenza, ma è sufficiente la sola possibilità potenziale.

Partendo dalla teoria della concorrenza, si presume che il raggiungimento degli obiettivi di efficienza economica avvenga quando ciascuna impresa si impegna a superare i concorrenti sfruttando le proprie risorse in modo indipendente. Tuttavia, tale competizione porta con sé dei costi.

È qui che entra in gioco la propensione delle imprese a stringere accordi di vario tipo, volti a ridurre i costi della competizione. È importante notare che non tutte le forme di cooperazione tra le imprese si traducono in restrizioni della concorrenza. Per questo motivo, è fondamentale distinguere tra quelle meno dannose, che potrebbero ottenere deroga nonostante le restrizioni, e quelle per le quali

³⁸ «a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la 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».

l'ottenimento di una deroga è praticamente impossibile, data la loro chiara intenzione di alterare il mercato³⁹.

L'art. 102 TFUE disciplina, viceversa, l'abuso di posizione dominante. La disposizione vieta «lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo».

Anche in questo caso, come è avvenuto per la disposizione precedente, il Trattato individua le condotte che possono perfezionare la fattispecie⁴⁰. Il divieto si concentra sullo sfruttamento della posizione dominante da parte delle imprese, piuttosto che sulla posizione dominante in sé.

È importante, proprio per questo motivo, comprendere che un'impresa può trovarsi in posizione dominante semplicemente per via della sua maggiore efficienza rispetto alle altre. La disposizione, infatti, mira a vietare le condotte dell'imprenditore in posizione dominante volte a ledere ingiustamente i concorrenti più vulnerabili o i consumatori.

Tra i fattori che possono influenzare le condizioni di concorrenza, va considerata anche la concentrazione, che comprende diverse situazioni in cui le imprese si uniscono, comportando un cambiamento strutturale: una o più imprese perdono l'indipendenza economica che possedevano prima dell'operazione, passando sotto il controllo di una o più altre imprese.

³⁹ Si pensi, ad es., ai cartelli, in cui le imprese si uniscono per stabilire i prezzi o ripartirsi fette di mercato, principalmente o esclusivamente per ottenere un'elevata quota di mercato e generare profitti eccessivi che non sarebbero realizzabili in un contesto di concorrenza.

⁴⁰ «a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la 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».

Solitamente, queste operazioni mirano a ridurre i costi della propria attività e consolidare la propria presenza sul mercato. Tuttavia, possono causare conseguenze indesiderate: se la concentrazione su un mercato supera un certo livello, si corre il rischio di distorcere la concorrenza in modo dannoso. Le concentrazioni sono disciplinate dal regolamento n. 139 del 2004 CE, che vieta le concentrazioni che sono potenzialmente in grado di ostacolare la concorrenza sul mercato, in particolar modo se comportano la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante.

Infine, ultimo ambito del diritto della concorrenza disciplinato dal Trattato sul Funzionamento è quello relativo agli aiuti di Stato, che comprendono qualsiasi forma di sostegno finanziario fornito dal settore pubblico a imprese o settori produttivi specifici. Questi aiuti conferiscono un vantaggio economico selettivo, che può alterare o potenzialmente distorcere la concorrenza. Sono regolamentate dall'art. 107 TFUE⁴¹, il quale proibisce gli aiuti di Stato, salvo alcune eccezioni previste all'interno dello stesso articolo.

Il legislatore italiano codifica, sulla scia della regolamentazione europea, tre fattispecie di comportamenti anticoncorrenziali in grado di alterare il libero gioco della concorrenza⁴². Si tratta di comportamenti che il legislatore regola in maniera diversa, andando a vietarli in determinati casi ovvero limitandoli.

1. Intese restrittive della concorrenza;
2. abuso di posizione dominante;
3. concentrazioni.

Dall'ordine con cui vengono esposte le tre diverse fattispecie è possibile evincere come la regola della ragionevolezza sia

⁴¹ L'art. 107 TFUE, 1° comma: «Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

⁴² Legge n. 287 del 1990.

implicitamente inserita a livello generale. Le tre fattispecie, infatti, non sono disciplinate in termini di divieto assoluto, ma vengono approfondite in maniera diversificata a seconda delle diverse circostanze, facendo emergere la volontà del legislatore italiano, cioè la codificazione della *rule of reason*.

Le fattispecie sono esposte come un climax discendente di gravità. L'intesa restrittiva della concorrenza è la prima ipotesi disciplinata dalla legge e di conseguenza viene considerata come l'ipotesi più grave, ma nonostante questo sussiste il legislatore non prevede un divieto assoluto. Non vi è dubbio che la norma regoli le intese restrittive in termini di divieto, ammettendo però allo stesso tempo la possibilità, in determinate circostanze, di trattamenti esenti.

In posizione intermedia si trova l'abuso di posizione dominante. Come per le intese, anche in questo caso non si ha la previsione di un divieto assoluto, ma ciò che viene vietato da parte del legislatore non è la posizione dominante in sé, ma lo sfruttamento abusivo della stessa. Il controllo di una fetta, più o meno grande, di mercato da parte di un imprenditore non viene considerato come qualcosa da rigettare, se tale posizione è stata raggiunta al termine di un incontro competitivo condotto nel rispetto delle regole poste dalla legge.

All'opposto, la posizione di dominanza conquistata in questo modo è del tutto legittima e quindi dovrebbe essere considerato l'obiettivo a cui tutti i concorrenti sul mercato dovrebbero puntare. In conclusione, ciò che per il legislatore antitrust è vietato non è la posizione dominante in sé, ma lo sfruttamento abusivo della stessa.

Ancora di più emerge la regola della ragionevolezza nelle concentrazioni, perché in questo climax discendente di gravità le concentrazioni non sono oggetto di divieto, ma al contrario sono le più tollerate, dal momento che ne viene riconosciuto la loro funzione benefica all'interno del mercato.

Quindi, le concentrazioni non vengono vietate da parte della legge, ma possono essere oggetto dell'attenzione dell'autorità competente e, se del caso, essere vietate. Pertanto, il divieto non scatta in maniera automatica, ma scatta solo per quelle concentrazioni che, superate certe soglie, dovessero risultare in grado di costituire posizioni dominanti.

1.7. La definizione di posizione dominante (sentenza Hoffmann La Roche – sentenza Enel S.p.A.)

Prima di poter procedere all'analisi della fattispecie è necessario partire dal concetto di posizione dominante, ossia è necessario comprendere quando un imprenditore possa ritenersi in posizione dominante. A livello normativo non è fornita, però, una definizione di posizione dominante, essendo semplicemente affermato il divieto di abuso di posizione dominante. Questo ha portato sia la dottrina che la giurisprudenza a interrogarsi su cosa si dovesse intendere con posizione dominante, perché esse si resero subito conto che questa lacuna normativa poneva problemi di non poco conto, dal momento che per poter contestare una condotta tenuta da parte di un imprenditore è necessario in prima battuta potergli attribuire la titolarità di una posizione dominante.

Una prima definizione in ambito giurisprudenziale ci è stata offerta dalla nota sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel caso “Hoffman La Roche”. In questa sentenza la Corte ha tentato di dare una prima definizione di posizione dominante, definendola come posizione di indifferenza di un imprenditore su un mercato sia rispetto alle dinamiche concorrenziali degli altri *competitors*, sia rispetto ai consumatori stessi⁴³.

⁴³ V. la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 13 febbraio 1979, *Hoffmann – La Roche c. Commissione delle Comunità europee*, C-85/76, par.

La definizione proposta da questa sentenza non è mai risultata soddisfacente, perché da un lato è apparsa tautologica, ha cercato di esprimere il concetto di posizione dominante, ma nel farlo ha dato la definizione di forza economica, potere economico, che rende l'imprenditore insensibile alle dinamiche del mercato; definizione che appare non dire nulla di più, non supera nessuno dei dubbi che già l'espressione posizione dominante fa emergere, una definizione che utilizza termini identici a quelli che invece avrebbe dovuto, nello specifico, interpretare.

Inoltre, la decisione non ha mai soddisfatto, perché tende a scambiare la causa con l'effetto. Chi è in posizione dominante risulta insensibile alle dinamiche di mercato, ma non è l'indifferenza sulle dinamiche di mercato a rendere il soggetto in posizione dominante. Il fatto di risultare indifferenti è la conseguenza della circostanza di aver raggiunto una posizione dominante; quindi, ci si può permettere una insensibilità rispetto alle dinamiche di mercato, perché si è conquistato una vetta tale da non essere scalfiti da quello che accade nel contingente del mercato di riferimento.

Ancora la Corte di Giustizia, nel caso "Akzo Chemie BV", aveva stabilito una presunzione di posizione dominante tutte le volte in cui un'impresa detiene una quota di mercato che superi il 50%, salvo la possibilità per l'impresa di poter provare il contrario⁴⁴.

Da queste prime sentenze possiamo notare quindi come, in assenza di una definizione a livello normativo, dottrina e giurisprudenza

39, secondo cui: «siffatta posizione, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone l'impresa 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 tenere conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio».

⁴⁴ V. la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 3 luglio 1991, *Akzo Chemie BV c. Commissione della Comunità europee*, C-62/86, par. 60, secondo cui: «[...] la Corte ha affermato che quote molto alte costituiscono di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante. Tale è il caso di una quota di mercato del 50%, come quella accertata nel caso in esame».

si siano impegnate fin da subito per colmare questa lacuna. La stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana, nella relazione annuale sulla politica di concorrenza, aveva fatto emergere l'assenza di criteri oggettivi necessari ai fini dell'interpretazione della posizione dominante⁴⁵.

Con la sentenza resa il 12 maggio 2020 nella causa C-377/20, la Corte di Giustizia è tornata nuovamente sulla nozione di abuso di posizione dominante, precisando i criteri valutativi in base ai quali è possibile considerare la condotta di un'impresa anticoncorrenziale e possa quindi definirsi in violazione dell'art. 102 TFUE.

In particolare la controversia si inserisce nel contesto della progressiva liberalizzazione del mercato della vendita di energia elettrica in Italia⁴⁶, che fino a quel momento era stato gestito da parte dell'impresa monopolistica Enel S.p.A.

All'interno di questo nuovo quadro normativo, l'impresa è stata assoggettata ad un procedimento di separazione, allo scopo di consentire agli utenti di conoscere le condizioni per l'accesso alle altre infrastrutture in modo trasparente e non discriminatorio. Al termine di tale procedura, le varie fasi di distribuzione dell'energia sono state assegnate a società controllate distinte⁴⁷.

Nel 2018 è stato avviato un procedimento istruttorio da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) sulla

⁴⁵ V., in tal senso, la Relazione annuale sulla politica di concorrenza dell'AGCM del 30 aprile 1991: «La legge, come l'art. 86 del Trattato Cee [nuovo art. 102 TFUE], non fornisce una definizione dei concetti di posizione dominante o di abuso della stessa. Riguardo ad essi si presentano, sia a livello nazionale sia a livello comunitario, rilevanti incertezze interpretative per l'assenza di criteri sufficientemente precisi ed oggettivi di riferimento».

⁴⁶ Dal 1° luglio 2007, a seguito del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7 (conosciuto anche come decreto Bersani *bis*), convertito poi dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, tutti gli utenti della rete elettrica italiana possono scegliere liberamente l'operatore a cui rivolgersi per le proprie utenze, aprendo il mercato energetico a nuovi fornitori. Ciò segna la completa liberalizzazione del mercato energetico italiano.

⁴⁷ Sono state istituite Enel Energia (EE), a cui è stata affidata la fornitura di energia elettrica nel mercato libero, e il Servizio Elettrico Nazionale (SEN), che eroga energia nel servizio di maggior tutela.

base di segnalazioni provenienti dai consumatori, che ha portato all'adozione di una decisione in base alla quale veniva contestato alle società figlie, in coordinamento con la società madre ENEL, un abuso di posizione dominante⁴⁸, che si è concluso con l'applicazione di una sanzione pecuniaria.

L'importo della sanzione pecuniaria è stato in seguito ridotto a fronte dell'impugnazione proposta dalla società madre ENEL e dalle società figlie, le quali comunque sono sempre risultate soccombenti. Le società del gruppo ENEL però non si sono fermate qui, ma hanno presentato appello davanti al Consiglio di Stato, il quale, prima di addivenire ad una decisione, ha sospeso il giudizio e ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in merito all'interpretazione e all'applicazione dell'art. 102 TFUE in materia di pratiche escludenti.

La Corte ha avuto modo così di analizzare gli elementi necessari che caratterizzano lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante. A tal fine la Corte ha osservato innanzitutto come il comportamento preso in considerazione sia "atipico", poiché non rientra perfettamente nell'ambito di applicazione del diritto della concorrenza e «questo è importante, poiché le autorità garanti della concorrenza sono generalmente riluttanti a indagare sulle pratiche che non riescono facilmente a inquadrare in una categoria nota, anche se l'elenco delle pratiche abusive di cui all'articolo 102 TFUE non è esaustivo»⁴⁹.

La condotta in questione consisterebbe nell'uso abusivo di dati (in particolare l'elenco dei clienti) acquisiti durante il monopolio legale, che sarebbero poi stati comunicati a Enel Energia, affinché potesse realizzare una pubblicità commerciale mirata. Secondo AGCM una tale

⁴⁸ L'AGCM ha contestato l'attuazione di una strategia escludente volta a trasferire i clienti del SEN (che fino a quel momento era stato il gestore del mercato tutelato) alla EE, che opera nel mercato libero, attraverso l'utilizzo illecito di informazioni commercialmente sensibili di cui era in possesso per l'appartenenza dei clienti al gruppo ENEL. In tal modo si voleva evitare che con l'apertura del mercato dell'energia alla concorrenza i clienti del SEN si spostassero in massa verso i nuovi fornitori.

⁴⁹ Cfr. D. KATSIFIS, *The judgment of the Court of Justice in Servizio (C-377/20)*, in *The Platform Law Blog*, 23 maggio 2022.

strategia avrebbe consentito a Enel Energia di sottrarre ai nuovi concorrenti, scaturiti a seguito della liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica e di conseguenza impossibilitati a porre in essere una pratica del genere, una quota significativa dei clienti in uscita dal mercato tutelato.

La Corte di Giustizia ha sfruttato questa occasione per affrontare le questioni fondamentali relative al nucleo normativo dell'abuso di posizione dominante.

La prima questione presa in esame da parte della Corte riguarda il ruolo del benessere dei consumatori in relazione con l'art. 102 TFUE. Si tratta di una questione che è stata spesso oggetto di controversia e sul quale i tribunali europei e la Commissione non si sono mai allineati. Il Consiglio di Stato chiede alla Corte se è sufficiente per l'Autorità garante della concorrenza dimostrare che la condotta tenuta dall'impresa sia sufficiente per incidere sull'effettiva concorrenza sul mercato o se la stessa dovesse altresì dimostrare che la pratica possa incidere sul benessere dei consumatori.

La Corte ha confermato che l'obiettivo dell'art. 102 TFUE è quello di garantire il benessere dei consumatori, intesi sia come consumatori intermedi che finali, ossia quelle pratiche che danneggiano indirettamente i consumatori, nocendo alla concorrenza⁵⁰; d'altra parte ha ritenuto che l'Autorità Garante non è tenuta a dimostrare che la condotta tenuta da parte dell'impresa abbia provocato un danno diretto ai consumatori⁵¹. Pertanto, le osservazioni della Corte non hanno

⁵⁰ V. la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 12 maggio 2022, *Servizio Elettrico Nazionale S.p.A., ENEL S.p.A., Enel Energia S.p.A. c. AGCM*, C-377/20, par. 46, secondo 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 o su una parte sostanziale del medesimo». V., in tal senso, anche la Sentenza del 30 gennaio 2020 C-307/18, *Generics c. Competition et al. and Markets Authority* (Autorità Garante della Concorrenza e dei Mercati, Regno Unito; CMA), par. 148.

⁵¹ V. la Sentenza *ENEL S.p.A c. Commissione*, *cit.*, par. 47, secondo cui: «un'autorità garante della concorrenza assolve l'onere della prova a suo carico se

apportato alcuna novità rispetto a questo profilo, presentandosi come una semplice validazione dell'approccio già delineato.

La seconda questione pregiudiziale analizzata da parte della Corte concerne l'esistenza o meno di effetti concreti provenienti dalla condotta capaci di restringere la concorrenza, in particolar modo capaci di produrre effetti di esclusione di mercato e, in caso affermativo, se l'AGCM sia tenuta ad esaminare gli elementi di prova prodotti dall'impresa.

La questione viene affrontata su due piani diversi. Anzitutto, occorre rilevare che, secondo costante giurisprudenza della Corte, il carattere abusivo del comportamento esclusivo presuppone che esso sia idoneo a restringere la concorrenza e, in particolare, a produrre gli effetti escludenti addebitati⁵².

Da questo, quindi, si può evincere il diritto secondo il quale tutte le volte in cui l'impresa dominante sostiene che la sua condotta non sia stata idonea a restringere la concorrenza, l'AGCM è tenuta ad esaminare tutti gli elementi addotti dall'impresa.

Questo rappresenta l'applicazione del principio generale del diritto dell'Unione, il diritto ad essere ascoltato, che pone un obbligo in capo alle Autorità di esaminare le osservazioni effettuate dall'impresa interessata, prima di adottare un atto idoneo ad arrecare pregiudizio alla stessa⁵³.

dimostra che una pratica di un'impresa in posizione dominante è idonea a pregiudicare, ricorrendo a risorse o a mezzi diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale, una struttura di effettiva concorrenza, senza che sia necessario che la medesima dimostri che detta pratica ha, in aggiunta, la capacità di arrecare un danno diretto ai consumatori».

⁵²Se un'impresa dominante ritiene che, nel corso del procedimento amministrativo, il suo comportamento non fosse in grado di limitare la concorrenza, l'Autorità Garante della Concorrenza interessata deve valutare se, nelle circostanze del caso, il comportamento in questione avesse tale capacità. V., in tal senso, la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 6 settembre 2017, *Intel Corporation Inc. c. Commissione europea*, C-413/14 P, paragrafi 138 e 140.

⁵³V. la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 16 ottobre 2019, *Glencore Agriculture Hungary Kft. c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága* (Direzione ricorsi dell'Amministrazione nazionale delle imposte e delle

In secondo luogo, è necessario verificare se l'assenza di effetti concreti della condotta sia sufficiente per esonerare una responsabilità dell'impresa dominante. L'autorità non è tenuta a dimostrare l'esistenza di effetti concreti, ma è sufficiente dimostrare che la condotta presa in esame fosse in grado di restringere la concorrenza. La Corte precisa che il fatto che la condotta non abbia raggiunto il risultato perseguito non esclude automaticamente che la condotta non avesse tale capacità⁵⁴.

Di conseguenza, l'eventuale prova presentata da un'impresa in merito all'assenza di effetti escludenti concreti non può ritenersi sufficiente ad escludere l'esistenza di una condotta di abuso di posizione dominante⁵⁵. Tuttavia, l'incapacità a produrre effetti anticoncorrenziali potrà essere desunta da tale elemento, purché esso però venga integrato da ulteriori elementi rilevanti, esplicativi dell'inadeguatezza.

La Corte poi prosegue e risponde al dubbio del giudice del rinvio relativamente alla questione se fosse necessario verificare l'intento dell'impresa di escludere i propri concorrenti utilizzando mezzi o risorse non riconducibili ai canoni ordinari. La Corte in questo caso ha dichiarato che per provare la condotta illecita da parte dell'impresa in posizione dominante non è necessario verificare una sua volontà nel porla in essere e da questo quindi ne consegue che il movente soggettivo non costituisce un elemento dell'abuso, è sufficiente che la pratica

dogane, Ungheria), C-189/18, secondo cui: «Tra i diritti garantiti dal diritto dell'Unione vi è il rispetto dei diritti della difesa il quale, secondo una giurisprudenza consolidata, costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto che gli arreca pregiudizio».

⁵⁴ V. la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 17 febbraio 2011, *Konkurrensverket* (autorità svedese in materia di concorrenza) *c. TeliaSonera Sverige AB*, C-52/09, par. 65, secondo cui: «la circostanza che il risultato perseguito, cioè l'esclusione dei concorrenti, non venga, in definitiva, raggiunto non può certo escludere la qualificazione di abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE».

⁵⁵ Il fatto che la EE, mediante l'utilizzo delle liste SEN, abbia ottenuto solo lo 0,002% dei clienti del mercato tutelato, non esclude che la stessa abbia violato l'art. 102 TFUE.

escludente sia idonea a produrre effetti anticoncorrenziali⁵⁶. L'AGCM non è tenuta a provare l'esistenza di un intento anticoncorrenziale, ma nella valutazione della strategia commerciale potrà tener conto dei fattori di natura soggettiva al fine di valutare la sussistenza o meno di un comportamento abusivo.

Infine, invitata dal giudice nazionale ad esaminare la possibilità di imputare la responsabilità delle società figlie alla società madre, la Corte dichiara la responsabilità della società madre qualora la posizione dominante sia sfruttata in modo abusivo da una o più società figlie⁵⁷. In tali circostanze, l'AGCM non è tenuta a fornire ulteriori prove, salvo la possibilità della società madre, pur detenendo una tale percentuale di capitale sociale, di dimostrare di non aver avuto alcun potere per definire il comportamento delle società figlie.

Si tratta quindi di una pronuncia di notevole valore⁵⁸, dal momento che attraverso questa sentenza la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha evidenziato quando si è in presenza di un abuso di posizione dominante, ossia ha indicato analiticamente tutte le condizioni in presenza delle quali può ritenersi esistente uno sfruttamento di posizione dominante.

1.8. Il regime sanzionatorio

Il regime sanzionatorio rappresenta un mezzo fondamentale per garantire il rispetto delle regole che tutelano la concorrenza. Lo strumento della sanzione amministrativa pecuniaria, infatti, ha come

⁵⁶ Si tratta di un principio già da tempo consolidato nella giurisprudenza sulle *predatory pricing*. V., in tal senso, le conclusioni dell'avvocato generale Mazak del 25 settembre 2008, *France Télécom SA c. Commissione*, causa C-202/07.

⁵⁷ È necessario che la quasi totalità del capitale delle società figlie sia detenuta, direttamente o indirettamente, dalla società madre.

⁵⁸ La corte si era già espressa sul tema. V., *ex multis*, le Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *Hoffmann – La Roche c. Commissione delle Comunità europee e Akzo Chemie BV c. Commissione della Comunità europee*, emesse all'esito delle cause C-85/76 e C-62/86, *cit.*

obiettivo quello di far fronte alle violazioni delle norme antitrust, attribuendo alla Commissione Europea e alle Autorità Garanti della Concorrenza e del Mercato nazionali⁵⁹ poteri di diffida e di sanzione⁶⁰ attraverso i quali vengono posti nella condizione di poter ripristinare l'effettiva concorrenza sul mercato.

In riferimento al regime sanzionatorio, il Regolamento (CE) n. 1/2003 rappresenta un fondamentale strumento normativo dell'Unione Europea che regola l'applicazione delle norme antitrust all'interno dell'Unione. Esso sostituisce il precedente regolamento⁶¹, apportando importanti modifiche con riferimento alla normativa antitrust.

La Commissione aveva già da tempo avviato un processo di modernizzazione⁶² concernente l'applicazione degli articoli 81 e 82 (ora articoli 101 e 102 TFUE) del trattato CE, perseguendo l'obiettivo di semplificare le procedure amministrative per le imprese e consentire alla stessa di agire in modo più incisivo contro le violazioni gravi delle norme sulla concorrenza, portando all'emanazione del Regolamento (CE) n. 1/2003.

Il Regolamento dà attuazione agli articoli 81 e 82 del trattato CE, che vietano le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante, andando in questo modo a disciplinare le modalità di applicazione delle disposizioni del trattato in materia di accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate.

⁵⁹ In Italia l'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato (AGCM) è stata istituita con la legge n. 287 del 1990 ed è un'autorità amministrativa che svolge la propria attività e assume le proprie decisioni in totale autonomia rispetto all'organo esecutivo.

⁶⁰ L'AGCM per garantire il rispetto della normativa antitrust svolge indagini o istruttorie, che si possono concludere in diffide o eventualmente in sanzioni laddove lo ritenga necessario.

⁶¹ Regolamento CEE n. 17/62.

⁶² Il processo di modernizzazione era stato avviato dalla Commissione con la pubblicazione del Libro Bianco nel 1999, che ha portato alla pubblicazione del Regolamento in questione.

In particolare, gli articoli 4⁶³ e 5⁶⁴ del Regolamento hanno attribuito rispettivamente alla Commissione e alle Autorità Garanti della concorrenza degli Stati membri la competenza ad applicare le disposizioni 101 e 102 TFUE nei casi di intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante; l'art. 7⁶⁵, più nello specifico, ha attribuito alla Commissione il potere di poter accertare, d'ufficio o sulla base di una denuncia, l'eventuale violazione degli articoli 81 e 82 CE e, in caso di accertamento positivo, può obbligare le imprese interessate a interrompere la condotta presa in esame e imporre l'adozione di tutti i rimedi necessari per porre effettivamente fine alla violazione contestata; infine gli articoli 8⁶⁶ e 23⁶⁷ danno la possibilità alla Commissione di poter adottare misure cautelari, nel caso di rischio di un danno grave e irreparabile, e infliggere ammende.

Nel 2014, il legislatore europeo ha riconosciuto la necessità di introdurre disposizioni per consentire a chiunque avesse subito danni a causa di comportamenti contrari alle regole sulla concorrenza di proporre un'azione risarcitoria.

⁶³ L'art. 4 del Regolamento (CE) n. 1/2003 afferma: «Ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 [ora articoli 101 e 102 TFUE] del trattato, alla Commissione sono attribuite le competenze previste dal presente regolamento».

⁶⁴ L'art. 5 del Regolamento (CE) n. 1/2003 afferma: «Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato in casi individuali».

⁶⁵ L'art. 7 del Regolamento (CE) n. 1/2003 afferma: «Se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine può imporre loro l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale. Qualora la Commissione abbia un legittimo interesse in tal senso, essa può inoltre procedere alla constatazione di un'infrazione già cessata».

⁶⁶ L'art. 8 del Regolamento (CE) n. 1/2003 afferma: «Nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza la Commissione può, d'ufficio, ove constati prima facie la sussistenza di un'infrazione, adottare mediante decisione misure cautelari».

⁶⁷ L'art. 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003 afferma: «La Commissione può, mediante decisione, irrogare alle imprese ed alle associazioni di imprese ammende il cui importo può giungere fino all'1 % del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente».

Con l'intento di perseguire questo obiettivo, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno approvato la Direttiva 2014/104/UE, al fine di assicurare che ciascun Stato membro stabilisca disposizioni procedurali adeguate per garantire un effettivo accesso al risarcimento del danno spettante alle vittime di violazione dei divieti posti dagli articoli 101 e 102 TFUE.

Obiettivo della direttiva risiede appunto nel rafforzare il *private enforcement* del diritto antitrust, attraverso la previsione disposizioni che influenzano significativamente i sistemi processuali interni.

Il *private enforcement* presenta due vantaggi significativi rispetto al *public enforcement*: da una parte esso è avviato da coloro che hanno subito un danno da una condotta anticoncorrenziale e dall'altra consente un risarcimento pieno delle vittime dell'illecito, ristoro non altrimenti raggiungibile attraverso le sanzioni pecuniarie delle autorità pubbliche.

La disciplina della direttiva è, pertanto, circoscritta alle azioni risarcitorie per violazione degli articoli 101 e 102 TFUE e delle norme nazionali in materia, ma nonostante questo la nuova normativa ha sollevato interessanti considerazioni sugli effetti che potrebbe idealmente avere al di là del semplice contesto delle azioni di risarcimento⁶⁸.

A livello nazionale il legislatore è andato a disciplinare la normativa antitrust con la legge n. 287 del 1990, attribuendo all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la competenza ad applicare le norme della presente legge in parallelo con quanto previsto dagli articoli 101 e 102 TFUE.

L'art. 1 della legge, infatti, conferisce all'AGCM la capacità di poter agire a fronte di condotte anticoncorrenziali, mentre gli articoli 2

⁶⁸ La dottrina ha fin da subito approfondito la direttiva. V., in tal senso, F. CASOLARI, *Diritto ad un pieno risarcimento*, in Aa. Vv., *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza, commento al d.lgs. n. 3/2017*, P. MANZINI (a cura di), Torino, 2017.

e 3 della stessa legge disciplinano rispettivamente le ipotesi di intese restrittive della concorrenza e dell'abuso di posizione dominante.

Il legislatore italiano ha attuato la direttiva attraverso il d.lgs. n. 3/2017, introducendo per la prima volta disposizioni che regolano le azioni risarcitorie per il danno derivante da violazioni del diritto della concorrenza italiano o europeo.

L'art. 4⁶⁹ della Direttiva codifica i principi di effettività ed equivalenza, secondo i quali le norme procedurali devono evitare da un lato che i diritti derivanti dalla normativa comunitaria siano meno protetti di quelli nazionali e dall'altra garantendo che l'esercizio dei diritti comunitari non sia eccessivamente ostacolato.

In virtù di questi principi gli Stati membri sono tenuti a garantire il diritto al pieno risarcimento del danno, dovendo, pertanto, coprire sia il danno emergente, sia il lucro cessante e pagamento degli interessi⁷⁰, senza però che ciò vada a comportare una sovra-compensazione del danno subito, trasformandosi così in un risarcimento punitivo, figura giuridica nata nell'ambito del diritto anglosassone, ma non recepita all'interno del nostro ordinamento.

⁶⁹ L'art. 4 della Direttiva 2014/104/UE afferma: «A norma del principio di efficacia, gli Stati membri provvedono affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza. A norma del principio di equivalenza le norme e procedure nazionali relative alle azioni per il risarcimento del danno a seguito di violazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE non devono essere meno favorevoli, per i presunti soggetti danneggiati, di quelle che disciplinano azioni simili per danni derivanti da violazioni del diritto nazionale».

⁷⁰ V. la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 13 luglio 2006, cause riunite *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni S.p.A.* (C-295/04), *Cannito c. Fondiaria Sai S.p.A.* (C-296/04) e *Tricarico* (C-297/04) e *Murgolo* (C-298/04) *c. Assitalia S.p.A.*, par. 95, secondo cui: «D'altra parte, dal principio di effettività e dal diritto di chiunque a chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi».

I principi di effettività e di equivalenza⁷¹ erano già stati richiamati dalla Comunicazione della Commissione del 2009⁷², la quale aveva fatto emergere la difficoltà nell'applicazione delle azioni di risarcimento del danno e la loro scarsa efficacia. Le cause erano attribuite alla complessità nel dimostrare l'illiceità del comportamento dell'autore e di conseguenza l'entità del danno e, in particolar modo, il nesso di causalità tra la violazione e il danno.

La stessa Comunicazione, tuttavia, evidenziava come il principio di effettività potesse incidere sulla raccolta delle prove, affermando che nel caso in cui, nonostante l'onere appartenga al ricorrente, risulti impossibile o particolarmente difficile, il giudice nazionale sia tenuto a ricorrere a tutti i mezzi procedurali a sua disposizione al fine di assicurare l'accesso a tali prove⁷³.

Tale principio è stato, pertanto, ripreso dalla Direttiva 104/2014 all'art. 5 e recepito in seguito nell'art. 3 del decreto di attuazione all'interno del contesto di un'azione risarcitoria avverso la violazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

⁷¹ V. par. 70, lettere a-b della Comunicazione del 9 aprile 2009 C 85 (v. nota successiva).

⁷² Comunicazione del 9 aprile 2009 relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, C 85.

⁷³ V. la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 7 settembre 2006, *Laboratoires Boiron SA c. Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon* (Francia), C-526/04.

Capitolo 2

La liberalizzazione del mercato energetico

Sommario: 2.1. La liberalizzazione dei mercati del gas e dell'elettricità; 2.2. L'attività di esecuzione della Commissione Europea; 2.3. L'applicazione del diritto della concorrenza nel settore energetico; 2.3.1. Il caso "G sp. Z o.o." e l'interpretazione dell'art. 3 della direttiva 2009/72/CE; 2.4. Il caso "Gazprom" e la comunicazione degli addebiti

2.1. La liberalizzazione dei mercati del gas e dell'elettricità

La liberalizzazione del mercato energetico costituisce un processo finalizzato a promuovere la concorrenza e l'efficienza economica, mirando a incentivare l'innovazione del settore, ma tutelando allo stesso tempo i consumatori e garantendo loro il miglioramento dei servizi energetici a costi adeguati.

Il tema dell'energia ha rappresentato il fondamento dei primi passi storici verso il processo della completa liberalizzazione dei mercati energetici. È significativo notare come, in merito a questo processo, il tema della sicurezza energetica è stato posto alla base del primo trattato europeo, che ha dato origine alla CECA (Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio)⁷⁴.

La liberalizzazione del mercato energetico dell'Unione Europea (*rectius*: inizialmente Comunità Europea) ha avuto inizio a partire dagli anni '90, quando gli Stati membri hanno deciso di aprire la concorrenza ai mercati inizialmente nazionali, per poi procedere, gradualmente,

⁷⁴ La Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio fu fondata il 18 aprile 1951 con il Trattato di Parigi.

all'apertura anche al mercato interno dell'energia, abolendo in questo modo qualsiasi forma di monopolio.

L'Unione Europea, quindi, al fine di liberalizzare il proprio mercato interno dell'energia ed eliminare il sistema monopolistico originario, ha adottato nel corso degli anni diverse misure per istituire un mercato concorrenziale. In quest'ottica, l'azione normativa europea concentra la propria attenzione sugli obiettivi principali contenuti nell'art. 194 TFUE⁷⁵.

Durante il periodo che va dagli anni '80 alla metà degli anni '90 si registrano i primi tentativi di liberalizzazione dei mercati dell'energia⁷⁶. Il primo tentativo ufficiale a livello europeo di privatizzazione e liberalizzazione⁷⁷ del mercato energetico viene compiuto con una direttiva del 1996⁷⁸, che «stabilisce norme comuni per la generazione, la trasmissione e la distribuzione dell'energia elettrica. Essa definisce le norme organizzative e di funzionamento del settore dell'energia elettrica, l'accesso al mercato, i criteri e le procedure da applicarsi nei bandi di gara e nel rilascio delle autorizzazioni nonché della gestione delle reti»⁷⁹.

L'Unione Europea ha adottato nel corso degli anni cinque diversi pacchetti nel settore energetico, volti al perseguimento dell'obiettivo

⁷⁵ «Nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia, b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche».

⁷⁶ Il primo tentativo di liberalizzazione del mercato energetico ha riguardato la Gran Bretagna, la quale, attraverso l'*Electricity Act* del 1989, è andata a privatizzare il settore della fornitura di energia elettrica.

⁷⁷ La privatizzazione e la liberalizzazione sono due concetti tra loro diversi, ma consequenziali: per privatizzazione si intende interventi a favore della concorrenza volti a trasformare gli enti pubblici in società per azione; per liberalizzazione, invece, si fa riferimento a «interventi legislativi e organizzativi tendenti a rendere i mercati dei beni e dei servizi più concorrenziali». V. enciclopedia Treccani.

⁷⁸ Direttiva 96/92/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996 concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

⁷⁹ Art. 1 della Direttiva 96/92/CE.

finale: la liberalizzazione del mercato interno. L'obiettivo finale, infatti, consiste nell'operare una distinzione tra le diverse fasi del ciclo produttivo dell'energia (produzione, trasmissione, dispacciamento e distribuzione), garantire l'accesso libero agli operatori sul mercato interno e tutelare i consumatori (in particolare quelli più vulnerabili, dotati di scarsa forza contrattuale). Quindi, è evidente che la normativa sovranazionale ha svolto un ruolo cruciale nella liberalizzazione dei mercati nel settore energetico, consentendo agli Stati membri di adottare leggi secondo le loro necessità e preferenze (grazie all'utilizzo dello strumento della direttiva), mentre si impegnano in una collaborazione efficace e coordinata per garantire un processo di liberalizzazione e una competizione genuina⁸⁰.

Il primo pacchetto energia⁸¹ risale al 1996 e ha il merito di aver introdotto misure volte a garantire il buon funzionamento del mercato interno, avviando il processo di liberalizzazione dei mercati nazionali dell'elettricità e del gas. Le direttive contenute in questo primo pacchetto, infatti, hanno introdotto disposizioni uniformi riguardanti l'energia elettrica e il gas naturale. Nel 2003 è stato adottato il secondo pacchetto energia⁸², che ha posto l'attenzione sui consumatori, prevedendo la loro possibilità di scegliere liberamente i fornitori di elettricità e gas⁸³ e ha previsto il dovere per gli Stati membri di garantire l'accesso pieno e regolamentato da parte di terzi ai propri mercati dell'elettricità e del gas. Assume particolare rilievo la direttiva 2003/54/CE che si pone come obiettivo, da un lato, quello di istituire regole uniformi per la produzione, la trasmissione, la distribuzione e la

⁸⁰ Cfr. M. MAROTTA, *L'energia: normativa di settore nel panorama internazionale*, Torino, 2006, pag. 21 ss.

⁸¹ Composto dalle direttive 96/92/CE e 98/30/CE.

⁸² Composto dalle direttive 2003/54/CE – 2003/55/CE.

⁸³ La direttiva 2003/54/CE afferma, infatti, al par. 20 che: «I clienti dell'energia elettrica dovrebbero poter scegliere liberamente il loro fornitore. Nondimeno sarebbe opportuno [...] garantire [...] sistemi adeguati per proteggere gli interessi degli utenti, e far sì che essi dispongano di un diritto reale ed effettivo di scegliere il loro fornitore».

fornitura di energia elettrica, dall'altro, di individuare i diritti dei consumatori e i doveri di servizio nazionale⁸⁴.

Prima che tali misure fossero del tutto recepite dagli Stati membri, nel 2005 la Commissione europea ha avviato indagini settoriali sul funzionamento dei mercati dell'elettricità e del gas nella Comunità Europea. Queste indagini hanno esaminato le eventuali lacune nel processo di liberalizzazione. Nel 2007 la Commissione ha pubblicato una relazione finale di indagine nei settori europei del gas e dell'elettricità⁸⁵ e ha evidenziato come nei mercati energetici degli Stati membri vi fossero ancora carenze con riguardo al processo di liberalizzazione. Per far fronte a queste problematiche, la Commissione ha utilizzato i poteri che le sono riconosciuti e ha proposto ulteriori misure normative e strutturali che hanno portato all'emanazione del terzo pacchetto legislativo.

Il terzo pacchetto energia⁸⁶ risale al 2009 e si pone come obiettivo quello di aumentare ulteriormente la tutela dei consumatori. Esso prevede l'istituzione di una rete europea per rafforzare la cooperazione e il coordinamento tra i gestori dei sistemi di trasmissione⁸⁷, così da garantire un accesso transfrontaliero effettivo e trasparente⁸⁸. In

⁸⁴ L'art. 1 della direttiva 2003/54/CE individua l'oggetto e l'ambito di applicazione: «La presente direttiva stabilisce norme comuni per la generazione, la trasmissione, la distribuzione e la fornitura dell'energia elettrica. Essa definisce le norme organizzative e di funzionamento del settore dell'energia elettrica, l'accesso al mercato, i criteri e le procedure da applicarsi nei bandi di gara e nel rilascio delle autorizzazioni nonché nella gestione dei sistemi».

⁸⁵ Comunicazione della Commissione del 10 gennaio 2007, indagine a norma dell'articolo 17 del regolamento (CE) n. 1/2003 nei settori europei del gas e dell'elettricità (Relazione finale), COM(2006) 851 definitivo.

⁸⁶ Composto dalle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE.

⁸⁷ V., in tal senso, il Regolamento (CE) n. 714/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica e che abroga il regolamento (CE) n. 1228/2003 e il Regolamento (CE) n. 715/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale e che abroga il regolamento (CE) n. 1775/2005.

⁸⁸ Sono state istituite, per perseguire tale obiettivo, le associazioni *Entsoe* (*European network of transmission system operators for electricity*) e *Entsog* (*European network of transmission system operators for gas*), che si prefiggono come scopo la creazione di un mercato dell'energia efficiente e trasparente, favorendo il

particolare, il pacchetto ha il pregio di aver introdotto le Autorità nazionali di regolamentazione, che garantiscono la piena tutela dei consumatori e il buon funzionamento del mercato. Inoltre, all'interno dello stesso pacchetto, con il Regolamento n. 713/2009 è stata istituita l'ACER (Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia), finalizzata a garantire una maggiore cooperazione tra gli Stati membri e a perseguire l'obiettivo finale della liberalizzazione del mercato nel settore energetico.

Nel 2019 è stato adottato il quarto pacchetto energia⁸⁹, conosciuto anche come "*Clean Energy for all Europeans*", che aspira a rendere il mercato sempre più competitivo attraverso modifiche del sistema energetico. Esso ha introdotto norme volte alla produzione di energia attraverso fonti rinnovabili.

Infine, nel 2021 è stato pubblicato il quinto pacchetto energia, noto anche come "Pronti per il 55%", che si prefigge come scopo la realizzazione di alcuni obiettivi energetici. In particolare, l'Unione Europea, con questo ultimo pacchetto, ha fissato l'obiettivo di ridurre le emissioni di almeno il 50% entro il 2030.

Dopo l'invasione russa dell'Ucraina⁹⁰ c'è stato un cambiamento radicale nel dibattito sul quinto pacchetto energia. La Commissione Europea, infatti, ha presentato una comunicazione⁹¹ finalizzata a rendere l'Europa indipendente dai combustibili fossili russi prima della fine del decennio. I diversi Stati europei erano fortemente dipendenti

coordinamento delle attività tra gli Stati membri e puntando alla liberalizzazione dei mercati nel settore energetico.

⁸⁹ Composto dalla direttiva 2019/944 e dai tre regolamenti (UE): 2019/941; 2019/942; 2019/943.

⁹⁰ Il 24 febbraio 2022 è iniziata l'offensiva militare delle Forze armate della Federazione Russa nel territorio ucraino. La radice del conflitto risiede nel dissidio storico riguardante il desiderio dell'Ucraina di aderire alla NATO, posizione che ha sempre trovato opposizione da parte della Russia di Putin.

⁹¹ Comunicazione della Commissione Europea dell'8 marzo 2022, COM(2022) 108 final, consultabile online all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu>

dall'importazione di gas naturale dalla Russia⁹² e questa scelta sull'approvvigionamento energetico rappresenta, pertanto, una svolta epocale.

A fronte delle interruzioni nell'approvvigionamento di energia, il 18 maggio 2022 la Commissione Europea ha presentato una comunicazione⁹³ attraverso la quale ha introdotto il piano “REPowerEU”, che si pone come obiettivo quello di «ridurre rapidamente la nostra dipendenza [degli Stati membri] dai combustibili fossili russi imprimendo un'accelerazione alla transizione verso l'energia pulita e unendo le forze per giungere a un sistema energetico più resiliente e a una vera Unione dell'energia». Il piano si prefigge la realizzazione di tre diversi obiettivi: il risparmio energetico, la produzione di energia pulita e la diversificazione degli approvvigionamenti energetici.

È proprio a partire da questo momento storico che gli obiettivi che l'Unione Europea si era posta, ossia la completa liberalizzazione del mercato interno nei settori energetici, iniziano a prendere forma, attraverso lo smembramento dei monopoli nazionali, l'eliminazione delle barriere d'ingresso nei mercati, un livello elevato di tutela dei consumatori, la diversificazione dei fornitori e la transizione verso la produzione di energia pulita.

2.2. L'attività di esecuzione della Commissione Europea nel mercato energetico

Il processo di attuazione del diritto dell'Unione Europea coinvolge sia le istituzioni europee sia gli Stati membri, anche se si tratta di un compito che ad oggi è affidato principalmente a questi ultimi. Ne

⁹² Da notare come nel 2021 circa il 40% delle importazioni di gas naturale e il 27% di quelle di petrolio dell'UE provenivano da Mosca. Dati consultabili online all'indirizzo <https://www.consilium.europa.eu>

⁹³ Comunicazione della Commissione Europea del 18 maggio 2022, COM(2022) 230 final, consultabile online all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu>

conseguere, quindi, che sia necessaria una stretta cooperazione tra le autorità nazionali e le istituzioni europee, affinché sia garantito il pieno rispetto della normativa dell'Unione.

La Commissione Europea, in veste di “custode dei trattati”, ha il compito di vigilare sull'applicazione corretta del diritto dell'Unione Europea da parte di tutti gli Stati membri. Questa supervisione si traduce in azioni della Commissione nel caso in cui uno Stato membro non recepisca integralmente una direttiva entro il termine prescritto nella stessa all'interno della legislazione nazionale o rispetti quanto disposto mediante regolamenti o decisioni. Il recepimento delle direttive, l'adattamento delle leggi nazionali esistenti, il rispetto dei regolamenti e l'applicazione delle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sono solo alcuni degli aspetti fondamentali di questo complesso processo.

I Trattati, infatti, attribuiscono alla Commissione un potere di tipo esecutivo, sulla base del quale è tenuta a vigilare sulla correttezza dell'applicazione delle norme dell'Unione da parte dei destinatari delle stesse. In particolare, la Commissione ha la possibilità, da un lato, di sanzionare i comportamenti contrari al diritto dell'Unione posti in essere dagli Stati membri o da soggetti privati e, dall'altro lato, di portare dinanzi alla Corte di Giustizia, previa apertura della procedura di infrazione, uno Stato membro che sia inadempiente rispetto agli obblighi imposti dalle norme dell'Unione⁹⁴.

Il regolamento n. 1 2003, volto a «istituire un sistema che impedisca distorsioni della concorrenza nel mercato comune», dopo aver esposto i principi generali in materia di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, individua le competenze della Commissione Europea. La Commissione possiede un notevole margine di discrezionalità nell'ambito della legislazione antitrust e le sue competenze spaziano dal

⁹⁴ Cfr. R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2022, pag. 83 ss.

ruolo di elaboratrice di norme al ruolo di Autorità di vigilanza sull'applicazione della normativa dell'Unione. La Commissione, quindi, ha una posizione centrale nella promozione della concorrenza nel mercato.

Il terzo capitolo del regolamento, rubricato «Decisioni della Commissione», è composto dagli articoli che vanno dal 7 al 10 e definisce le competenze della Commissione. Ai sensi dell'art. 7, se la Commissione constata una violazione degli articoli 101 o 102 TFUE da parte delle imprese che operano nel territorio europeo, può imporre alle stesse di porvi fine. La disposizione poi specifica che la Commissione «può imporre [alle imprese] l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa». La norma, però, prosegue specificando che i rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non è disponibile un rimedio comportamentale altrettanto efficace e quando quest'ultimo risulta meno costoso per l'impresa interessata rispetto al rimedio strutturale. Si evince, quindi, che vi è una preferenza per i criteri comportamentali, ugualmente efficaci e meno onerosi rispetto a quelli strutturali, che incidono profondamente sull'organizzazione dell'impresa.

L'art. 8 attribuisce alla Commissione il potere, assegnatole già da tempo dalla giurisprudenza, di adottare misure cautelari mediante decisione.

L'art. 9, così come l'art. 7, disciplina l'ipotesi in cui la Commissione intenda adottare una decisione volta a far cessare una infrazione, ma in questo caso svolge un ruolo preventivo: «Qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese».

Infine, l'art. 10 stabilisce che la Commissione ha il potere discrezionale di dichiarare, mediante decisione, che l'art. 101 non si applica a un accordo o a una decisione di un'associazione di imprese o a una pratica concordata quando le condizioni stabilite dall'art. 101, paragrafo 1, non sono rispettate oppure quando sono soddisfatte le condizioni del paragrafo 3 dell'art. 101.

Alla Commissione sono state attribuite, quindi, competenze esecutive.⁹⁵ Nel settore energetico la Commissione europea si impegna attivamente nell'attuazione dell'obiettivo del *Green Deal* europeo⁹⁶ e, di conseguenza, mira anche a potenziare il mercato interno dell'energia. Ogni Stato membro ha la propria autonomia nella scelta del sistema energetico, ma al contempo vi sono norme comuni che regolano il mercato europeo dell'energia. Queste norme coprono una vasta gamma di temi – che vanno dall'efficienza nell'approvvigionamento energetico alle questioni riguardanti le energie rinnovabili – finalizzati a raggiungere l'obiettivo finale del conseguimento di un sistema energetico sostenibile e accessibile in tutta l'Unione Europea.

Un caso giurisprudenziale rilevante che evidenzia l'uso dei poteri della Commissione per assicurare l'adeguata osservanza della legislazione europea si è verificato nel 2019. La Commissione aveva presentato un ricorso alla Corte di Giustizia, chiedendo di constatare che il Belgio non aveva recepito correttamente le direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, in particolare per quanto con riferimento alle competenze dell'Autorità di regolamentazione nei settori dell'elettricità e del gas naturale.

⁹⁵ Occorre però evidenziare che negli articoli 24 e 26 TFUE tali competenze esecutive sono trasferite al Consiglio. V., in tal senso, le conclusioni finali dell'avvocato generale Cruz Villalón nella causa C-427/12, controversia nata circa gli ambiti di applicazione degli atti delegati e degli atti esecutivi.

⁹⁶ Si tratta di un'iniziativa proposta dalla Commissione che mira al raggiungimento della neutralità delle emissioni di anidride carbonica in Europa entro il 2050.

La vicenda è conseguente ad un ricorso presentato dall’Autorità belga di regolazione dei mercati dell’energia elettrica e del gas (*CREG*) davanti alla Corte Costituzionale del Belgio. La *CREG* si era rivolta alla Corte per chiedere l’annullamento parziale della legge di recepimento delle due direttive, poiché alcune disposizioni contenute nella legge limitavano i poteri dell’Autorità, poteri che, però, erano stati riconosciuti da parte del legislatore europeo. La Corte Costituzionale belga⁹⁷ aveva accolto solo in parte la richiesta e, per questo, la Commissione aveva iniziato ad indagare sull’effettivo recepimento delle direttive interessate. A seguito di tali indagini, la Commissione ha deciso di adire la Corte di Giustizia, al fine di verificare l’eventuale inadempimento del Belgio.

In primo luogo, la Corte di Giustizia ha evidenziato come la normativa belga non abbia dato attuazione alle direttive nella parte in cui stabiliscono che «ciascuna impresa proprietaria di un sistema di trasmissione agisca in qualità di gestore del sistema di trasmissione»⁹⁸. Secondo la Corte, la disposizione indica che il gestore del sistema di trasmissione ne dovrebbe essere completamente proprietario e, di conseguenza, l’obiettivo che la disposizione intende perseguire risulta chiaro: se il gestore del sistema di trasmissione ne è anche il proprietario, esso sarà incentivato ad investirvi. La legge belga, però, non richiedeva che il gestore dei sistemi di trasporto dell’elettricità e del gas naturale ne avesse anche la proprietà. Pertanto, la Corte ha ritenuto che la legge non avesse recepito correttamente la direttiva.

Successivamente, la Corte ha analizzato come la normativa belga ha disciplinato i poteri dell’Autorità Garante e, anche in questo caso, ha individuato alcune lacune. Mentre le direttive stabiliscono che l’Autorità di regolamentazione debba garantire trasparenza ed efficacia nella concorrenza, al contrario, la legislazione belga limita notevolmente tali

⁹⁷ Sentenza della Corte Costituzionale belga (*Grondwettelijk Hof*) del 7 agosto 2013.

⁹⁸ Così l’art. 9, par. 1, lettera a, delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE.

poteri. L'Autorità di regolamentazione belga, infatti, ha solo la possibilità di adottare misure urgenti, fornire pareri o raccomandazioni, senza poter adottare decisioni vincolanti o imporre le misure necessarie per mantenere una concorrenza effettiva nei mercati energetici. Per raggiungere tale scopo, è essenziale che l'Autorità di regolamentazione disponga del potere di emettere decisioni vincolanti, condurre indagini e adottare le misure necessarie per ripristinare la concorrenza nel mercato. Tuttavia, attualmente non è investita di tali competenze.

La Corte ha, inoltre, individuato un altro problema nel recepimento delle direttive. Il diritto della concorrenza dell'Unione prevede, infatti, che le Autorità nazionali garanti della concorrenza sul mercato abbiano la competenza a stabilire (o almeno approvare) le tariffe di trasmissione o distribuzione⁹⁹. Al contrario, la normativa belga non assegna all'Autorità belga tali competenze, ma prevede che esse siano disciplinate da una "regola tecnica" e da un "codice di condotta" stabiliti dal governo federale. La Corte, quindi, ha condannato il Belgio per essere venuto meno agli obblighi previsti dalle direttive relative al mercato del gas e dell'elettricità.

L'accento posto dalla Corte su questa sentenza sottolinea ancora una volta quanto sia fondamentale garantire che le Autorità di regolamentazione siano in grado di esercitare pienamente le loro competenze conformemente alle disposizioni dell'Unione Europea, in totale indipendenza da qualsiasi influenza esterna, sia di natura pubblica che privata.

Da quanto è emerso da questa sentenza, quindi, la Commissione riveste una grande importanza nel panorama europeo, garantendo il rispetto della legislazione dell'Unione e vigilando sul corretto

⁹⁹ V., ad esempio, in che modo l'art. 12 della legge n.287 del 1990, par. 2, abbia recepito le direttive: «L'Autorità può, inoltre, procedere, d'ufficio [...] ad indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata».

funzionamento del mercato interno, nonché sulla corretta applicazione delle fonti dell'Unione.

2.3. L'applicazione del diritto della concorrenza nel settore energetico

Dopo più di venti anni dall'emanazione della prima direttiva europea finalizzata alla liberalizzazione dei mercati energetici, emerge come la concorrenza dei mercati nazionali degli Stati membri dell'Unione Europea sia stata quasi raggiunta. Tuttavia, occorre rilevare come, viceversa, la concorrenza a livello europeo non sia ancora vicina e, pertanto, le istituzioni europee si stanno muovendo, in tal senso, per realizzare questo obiettivo¹⁰⁰. La promozione della concorrenza e la prevenzione delle pratiche anticoncorrenziali nel mercato dell'energia rappresentano il fulcro dell'applicazione del diritto dell'Unione nel settore energetico. Fondamentalmente, quindi, l'obiettivo principale degli organi dell'Unione è quello di assicurare la competitività e la trasparenza del mercato energetico per il bene sia dei consumatori che dell'economia nel suo insieme.

Negli ultimi tempi, la questione relativa alla concorrenza in materia energetica è diventata sempre più rilevante principalmente a seguito dello sviluppo del settore in questione. Ciò ha portato ad un aumento significativo della produzione normativa, soprattutto nell'Unione Europea. Le Autorità antitrust, pertanto, sono investite del compito di applicare la normativa anticoncorrenziale attraverso indagini sugli abusi di posizione dominante, sulle intese restrittive della concorrenza e sugli aiuti di Stato e, laddove riscontrino la presenza di tali condotte, provvedono all'applicazione di sanzioni finanziarie e di altre misure correttive per garantire il ripristino della concorrenza.

¹⁰⁰ Cfr. F. DI PORTO e R. PODSZUN, *Abusive practices in competition law*, Cheltenham, 2018.

Il primo regolamento in materia di concorrenza applicabile alle imprese risale al 1962¹⁰¹. Esso ha svolto un ruolo fondamentale per oltre quarant'anni, consentendo alla Commissione e alle Autorità nazionali non solo di far rispettare le norme antitrust, ma anche di gettare le basi per lo sviluppo di una "cultura" della concorrenza. Questo ha favorito il completamento del processo di decentralizzazione nell'applicazione delle regole antitrust. In particolare, questo regolamento prevedeva da una parte la diretta applicabilità del divieto previsto dall'attuale art. 101 TFUE¹⁰² e, dall'altra, la necessità di una notificazione preventiva alla Commissione degli accordi e delle pratiche restrittive ai fini della concessione dell'esenzione prevista nel medesimo articolo. Per quanto concerne, al contrario, l'attuale art. 102 TFUE, esso è sempre stato considerato applicabile sia dalla Commissione sia dalle Autorità garanti della concorrenza nazionali¹⁰³.

Un punto di svolta significativo nell'applicazione del diritto della concorrenza è stato segnato nel 1994 con il caso *Almelo*¹⁰⁴, dal momento che è stato chiarito in modo inequivocabile l'applicabilità del diritto dell'Unione della concorrenza al settore elettrico. Nel caso di specie, la Corte ha sottolineato, infatti, che gli organi giurisdizionali degli Stati membri sono tenuti ad applicare il diritto dell'Unione, in particolar modo quello relativo alla concorrenza¹⁰⁵. La Corte poi prosegue ricordando che «l'art. 85 del Trattato [CEE] [attuale art. 101 TFUE] si applica agli accordi tra imprese che producono un effetto restrittivo della concorrenza e pregiudicano il commercio tra Stati membri». La

¹⁰¹ Regolamento n. 17 del Consiglio del 6 febbraio 1962.

¹⁰² V., ad esempio, la sentenza della Corte di Giustizia Europea del 10 luglio 1980, *Anne Marty SA c. Estée Lauder SA*, C-37/79.

¹⁰³ Cfr. A. ADINOLFI et al., *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007, pag. 11 ss.

¹⁰⁴ V. la Sentenza della Corte di Giustizia Europea del 27 aprile 1994, *Comune di Almelo e altri c. Energiebedrijf IJsselmij NV*, C-393/92.

¹⁰⁵ Par. 23: «un organo giurisdizionale di uno Stato membro adito, ai sensi del diritto nazionale, con un appello avverso un lodo, anche se giudica secondo equità, è tenuto a rispettare le norme del diritto comunitario, in particolare quelle in materia di concorrenza».

controversia era sorta sulla base di una clausola di acquisto esclusivo contenuta nelle condizioni generali per la fornitura di energia elettrica, sulla base della quale l'attore (*Comune di Almelo e altri*) si era impegnato «a rifornirsi di energia elettrica, per la distribuzione di elettricità nel suo territorio, esclusivamente presso la IJC [convenuta] e ad utilizzare tale energia esclusivamente per il proprio consumo o per fornirla a terzi per l'utilizzazione nel territorio del comune»¹⁰⁶.

La convenuta aveva addebitato alle imprese distributrici locali una maggiorazione di prezzo e da questa maggiorazione era sorta, appunto, la controversia dalla quale è poi scaturita la sentenza della Corte. La Corte ha affermato che la condotta della convenuta contrasta con il divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante, ritenendo che una clausola di questo genere produca un effetto restrittivo della concorrenza nel mercato, in violazione, quindi, della normativa anticoncorrenziale¹⁰⁷.

Negli stessi anni, sono state introdotte le prime due direttive che hanno dato avvio al processo di liberalizzazione del settore energetico (la direttiva 96/92/CE del 19 dicembre 1996, la quale introduce norme comuni in materia di energia elettrica e la direttiva 98/30/CE del 22 giugno del 1998, che introduce norme comuni in materia di gas naturale).

Esse non erano direttamente applicabili all'interno degli Stati membri, caratterizzandosi per una formulazione generica e non dettagliata riguardo alla materia dell'energia elettrica e del gas, e limitandosi a fornire orientamenti di base su questi temi. In sostanza, esse delineavano gli obiettivi da raggiungere e lasciavano agli Stati membri il compito di determinare le modalità attraverso cui attuarli. Le due direttive miravano a introdurre il principio della concorrenza nel

¹⁰⁶ Così par. 6.

¹⁰⁷ Par. 36: «Un accordo contenente una simile clausola ha un effetto restrittivo della concorrenza in quanto tale clausola vieta al distributore locale di rifornirsi presso altri fornitori di elettricità».

mercato dell'elettricità e del gas, indicando il termine entro il quale gli Stati membri avrebbero dovuto darvi attuazione. Tuttavia, il legislatore europeo era consapevole della limitata capacità di creare un mercato aperto e competitivo nel settore e, di conseguenza, aveva delegato alla Commissione la responsabilità di esaminare nuovamente la situazione reale e l'applicazione delle norme¹⁰⁸.

La necessità di riformare questo sistema è diventata evidente ed urgente a partire dal 2004 a causa del crescente carico di lavoro e delle difficoltà organizzative riscontrate fino a quel momento da parte della Commissione.

Il sistema, infatti, da una parte non era più in grado di garantire una tutela della concorrenza effettiva (dal momento che la competenza era affidata esclusivamente alla Commissione) e, dall'altra, imponeva alle imprese oneri eccessivi per dare attuazione agli accordi, essendo le stesse tenute a notificarli previamente alla Commissione.

Sulla base di questi elementi, il legislatore europeo ha rivisitato le regole procedurali per l'applicazione degli articoli relativi alla concorrenza attraverso il regolamento n. 1 del 2003¹⁰⁹, entrato in vigore il primo maggio 2004. Questo regolamento aveva come obiettivo quello di rendere effettiva l'applicazione delle regole della concorrenza¹¹⁰ e, per raggiungere tale scopo, è andato ad abolire il divieto di notificazione preventiva e a promuovere un maggior decentramento nell'applicazione delle norme, rafforzando la cooperazione tra la Commissione e le Autorità nazionali.

Un caso nell'ambito del quale è stato applicato tale regolamento ha riguardato le società *E.ON AG* e *GDF Suez SA*, che erano state

¹⁰⁸ Cfr. M. MAROTTA, *L'energia: normativa di settore nel panorama internazionale*, Torino, 2006.

¹⁰⁹ Regolamento n. 1 del Consiglio del 16 dicembre 2002.

¹¹⁰ Il considerando n. 8 si apre, in tal senso, «Per garantire l'effettiva applicazione delle regole di concorrenza comunitarie e il corretto funzionamento del meccanismo di cooperazione [...]».

sanzionate da parte della Commissione per la violazione dell'art. 81 del trattato CE, partecipando ad un accordo e a pratiche concordate nel settore del gas naturale¹¹¹.

Nel 1975 le due società avevano deciso di costruire insieme un gasdotto (il gasdotto MEGAL) per trasportare il gas russo sia in Germania che in Francia e si accordarono per dividersi i mercati nazionali. Con la liberalizzazione del mercato energetico e l'abolizione dei monopoli le parti avrebbero dovuto interrompere questa ripartizione. Nella realtà dei fatti l'accordo di ripartizione del mercato ha continuato ad esistere e a produrre effetti, portando alla conclusione di tutta una serie di nuovi accordi.

Il 5 maggio 2006 la Commissione aveva, infatti, sottoposto le due società ad una ispezione ai sensi dell'art. 20 del regolamento n. 1 2003 (CE)¹¹² e aveva accertato che la condotta tenuta dalle imprese costituiva una restrizione della concorrenza¹¹³. La Commissione ha inflitto, pertanto, alle imprese sanzioni pecuniarie in forza dell'art. 23, paragrafo 2, del regolamento¹¹⁴.

La Commissione, conseguentemente, ha avviato un'indagine conoscitiva per verificare l'efficienza del mercato nel settore dell'energia elettrica e del gas naturale nella Comunità Europea¹¹⁵. Questa indagine ha fatto seguito ad una crescente insoddisfazione

¹¹¹ V. la decisione della Commissione dell'8 luglio 2009, COMP/39.401.

¹¹² L'art. 20 è rubricato «Poteri della Commissione in materia di accertamenti» e al primo comma prevede la possibilità per la Commissione «Per l'assolvimento dei compiti affidatili dal presente regolamento, la Commissione può procedere a tutti gli accertamenti necessari presso le imprese e associazioni di imprese».

¹¹³ V. la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 29 giugno 2012, *GDF Suez SA c. Commissione europea*, T-370/09, par. 37: «La Commissione ha di conseguenza ritenuto che il comportamento delle imprese considerate, che consisteva in un accordo iniziale di ripartizione dei mercati e in pratiche concordate sotto forma di riunioni periodiche destinate ad accordarsi e ad attuare tale accordo per oltre 25 anni, costituiva un'infrazione unica e continuata e una «restrizione della concorrenza per oggetto»».

¹¹⁴ «La Commissione può, mediante decisione, infliggere ammende alle imprese ed alle associazioni di imprese».

¹¹⁵ V. la Comunicazione della Commissione del 22 giugno 2005, COM(2005) 265 definitivo.

segnalata da varie associazioni di consumatori e produttori riguardo al processo di liberalizzazione del settore in diversi mercati europei. Dopo un'analisi più dettagliata è emerso, infatti, che per garantire l'effettiva apertura del mercato dell'energia alla concorrenza (e, di conseguenza, prevenire gli effetti dannosi derivanti dall'abuso di posizione dominante) è necessario intervenire non solo con l'applicazione delle tradizionali misure antitrust già esistenti, ma anche attraverso l'implementazione di un modello regolatorio¹¹⁶ e l'uso di strumenti inibitori specificamente adattati alle caratteristiche e alle dinamiche uniche del settore energetico.

Questo ha portato il legislatore europeo all'emanazione del terzo pacchetto energia, che ha costituito una svolta significativa nel panorama della liberalizzazione del settore energetico. In particolare, bisogna tenere in considerazione la direttiva 2009/72/CE e il regolamento n. 715/2009 (CE) che, rispettivamente, stabiliscono norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e le condizioni di accesso alla rete per il trasporto di gas naturale.

2.3.1. Il caso "G sp. z o.o" e l'interpretazione dell'art. 3 della direttiva 2009/72/CE

Un caso rilevante concernente l'applicazione della direttiva 2009/72/CE è stato oggetto di una sentenza pronunciata dalla Corte nel corso del 2024¹¹⁷. La controversia riguardava il pagamento di una penale contrattuale derivante dalla risoluzione anticipata da parte della società *G sp. z o.o* di un contratto di fornitura di energia elettrica stipulato con la società *W S.A.* per un periodo di tempo specifico e ad un prezzo fisso.

¹¹⁶ V., ad esempio, il par. 1 della Comunicazione: «L'ostacolo principale all'incremento dell'efficienza energetica resta la mancanza di informazioni [...]. Il miglioramento del sistema di regolamentazione nell'UE e la maggiore trasparenza delle forze di mercato indotta dalla liberalizzazione del settore dovrebbero contrastare tale problema [...]».

¹¹⁷ V. Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 11 gennaio 2024, *G sp. z o.o c. W S.A.*, C-371/22.

La domanda, di conseguenza, verteva «sull'interpretazione dell'articolo 3, paragrafi 5 e 7, della direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE».

La direttiva in esame si pone come obiettivo quello di stabilire «norme comuni per la generazione, la trasmissione, la distribuzione e la fornitura dell'energia elettrica, unitamente a disposizioni in materia di protezione dei consumatori al fine di migliorare e integrare i mercati competitivi dell'energia elettrica nella Comunità europea [...]. La presente direttiva definisce inoltre gli obblighi di servizio universale e i diritti dei consumatori di energia elettrica, chiarendo altresì i requisiti in materia di concorrenza»¹¹⁸.

Come si evince dall'ultimo parte dell'articolo, la direttiva mira, quindi, a potenziare le protezioni dei consumatori, concedendo agli Stati membri la possibilità di imporre alle imprese operanti nel settore dell'energia elettrica determinati obblighi di servizio pubblico a favore dei consumatori stessi.

Più in particolare, l'art. 3 assegna agli Stati membri il compito di vigilare affinché tutti i consumatori possano usufruire del «diritto alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili, trasparenti e non discriminatori», esercitare il diritto di scegliere il proprio fornitore di energia elettrica (indipendentemente dallo Stato membro in cui sono registrati), di cambiare fornitore in tempi rapidi con l'assistenza del proprio operatore (entro un massimo di tre settimane) e di ricevere informazioni adeguate riguardanti i loro consumi.

La direttiva richiede, inoltre, al paragrafo 7, agli Stati membri di adottare adeguate misure per assicurare un approvvigionamento di elettricità sufficiente ai clienti considerati vulnerabili. A tale scopo, ogni Stato membro deve definire il concetto di “cliente vulnerabile”, deve

¹¹⁸ Art. 1 della direttiva 2009/72/CE.

garantire che tali clienti non subiscano interruzioni nella fornitura durante periodi critici e deve garantire la possibilità ai consumatori di poter cambiare operatore in tempi rapidi.

Nel caso di specie, il 1° gennaio 2010 la società *G sp. z o.o* aveva concluso un contratto a tempo determinato di fornitura di energia elettrica con il fornitore *W S.A.*, impegnandosi a proseguire il contratto almeno fino al 31 dicembre 2016. La società, però, il 15 gennaio 2015 ha concluso un nuovo contratto di fornitura di energia elettrica con un altro fornitore, il quale ha proceduto a comunicare al precedente fornitore il recesso dal contratto di somministrazione.

Il fornitore *W S.A.* ha trasmesso, pertanto, una nota di debito alla società a titolo di penale contrattuale a seguito del recesso anticipato dal contratto generale. A causa del ritardo nel pagamento dell'importo, il fornitore *W S.A.* si è rivolto al tribunale di primo grado polacco, che in prima battuta ha accolto la domanda¹¹⁹, che è stata poi oggetto di impugnazione. La società *G sp. z o.o* ha sollevato interrogativi sull'ammenda contrattuale che le è stata applicata, evidenziando che tale sanzione non può essere imposta in base all'art. 3, paragrafo 5, della direttiva 2009/72. In aggiunta, essa argomenta che la *W S.A.* non ha subito effettivi danni, ma ha solamente registrato una diminuzione dei ricavi. La questione è arrivata fino alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che si è pronunciata in via pregiudiziale sull'interpretazione di tale articolo.

Se si considera l'art. 3, paragrafi 5 e 7, della direttiva 2009/72/CE riguardante le norme per il mercato interno dell'energia elettrica, emerge la questione sulla libertà dei clienti energetici di scegliere un nuovo fornitore senza limitazioni. Questo, infatti, ha sollevato il dubbio

¹¹⁹ La legge sull'energia nell'ordinamento polacco (la c.d. *ustawa – Prawo energetyczne*) prevede all'art. 4j, par. 3a che «Un cliente finale può recedere da un contratto concluso a tempo determinato, in base al quale un'impresa energetica gli fornisce combustibili gassosi o energia, senza dover sostenere costi e versare indennizzi diversi da quelli risultanti dal contenuto del contratto, trasmettendo una dichiarazione scritta all'impresa energetica».

se fosse legittimo imporre una penale a un cliente che recede anticipatamente da un contratto a tempo determinato per passare a un nuovo fornitore, indipendentemente da eventuali danni subiti da esso.

La Corte è andata ad esaminare i paragrafi 5 e 7 dell'art. 3 della direttiva di cui viene richiesta l'interpretazione ai fini della decisione della controversia. Con riguardo al paragrafo 5, esso va a disciplinare le ipotesi in cui il singolo cliente intenda cambiare il fornitore, prescrivendo agli Stati membri il dovere di garantire ai clienti il diritto di ricevere informazioni circa i costi, gli oneri e i tempi. Il paragrafo 7, invece, prevede che gli Stati membri adottino le misure adeguate a tutelare i clienti finali, garantendo «un elevato livello di protezione dei consumatori, con particolare riguardo alla trasparenza delle condizioni generali di contratto, e provvedono affinché i clienti idonei possano effettivamente cambiare fornitore con facilità».

La Corte, quindi, esaminata la controversia e l'art. 3 della direttiva 2009/72/CE, ha concluso affermando che la direttiva non vieta agli Stati membri di adottare norme in base alle quali, in caso di recesso anticipato da un contratto di fornitura di energia elettrica, il cliente (nel caso di specie l'impresa *G sp. z o.o*) sia tenuto al pagamento di una penale contrattuale, «purché la normativa suddetta, da un lato, garantisca che una siffatta clausola contrattuale debba essere chiara, comprensibile e liberamente stipulata e, dall'altro, preveda una possibilità di ricorso, amministrativo o giurisdizionale, nell'ambito del quale l'autorità adita può valutare il carattere proporzionato di tale penale alla luce di tutte le circostanze del caso di specie e, se del caso, imporne la riduzione o l'eliminazione».

2.4. Il caso "Gazprom" e la comunicazione degli addebiti

Nel 2011, la Commissione europea ha avviato indagini nei confronti di alcune imprese dell'Europa centrale e orientale al fine di verificare

eventuali distorsioni della concorrenza nel funzionamento dei mercati del gas. Più nel dettaglio, la Commissione stava esaminando se vi fossero condotte limitative della concorrenza, con riguardo alla fornitura di gas, in otto diversi Stati membri¹²⁰. La Commissione principalmente sospettava che queste società avessero posto in essere pratiche anticoncorrenziali che violassero le norme sulla concorrenza dell'Unione con riferimento al mercato interno dell'energia.

L'anno successivo, la Commissione ha avviato un procedimento contro *Gazprom*¹²¹, ipotizzando che essa avesse abusato della propria posizione dominante nei mercati nazionali dei paesi interessati violando, di conseguenza, l'art. 102 TFUE¹²². Il 22 aprile 2015, a conclusione delle indagini, la Commissione ha emesso una Comunicazione con addebiti nei confronti di *Gazprom*, affermando che alcune delle sue pratiche commerciali nel settore delle forniture di gas nell'Europa centrale e orientale costituissero un abuso della sua posizione dominante, in violazione, quindi, delle norme antitrust dell'Unione Europea.

In particolare, nella comunicazione degli addebiti, la Commissione aveva individuato tre serie di pratiche potenzialmente limitative della concorrenza nell'ambito della strategia adottata da *Gazprom*:

1. In primo luogo, *Gazprom* avrebbe previsto clausole di destinazione, in base alle quali il cliente (grossista o cliente industriale) era obbligato a utilizzare il gas acquistato nel

¹²⁰ Bulgaria, Repubblica ceca, Estonia, Lettonia, Lituania, Ungheria, Polonia e Slovacchia

¹²¹ Si tratta di una società per azioni specializzata nell'estrazione e vendita di gas naturale e svolge la propria attività attraverso le controllate *Gazprom PJSC* e *Gazprom export LLC*.

¹²² Curioso notare come, a seguito dell'avvio delle indagini da parte della Commissione, il presidente russo Vladimir Putin abbia risposto a tali indagini mediante un decreto federale (decreto del presidente della Federazione Russa n. 1285 dell'11 settembre 2012) che imponeva alle "imprese strategiche", incluse *Gazprom*, di divulgare informazioni a governi stranieri e organizzazioni internazionali solo con il previo consenso del governo russo.

proprio Paese e poteva venderlo solo a determinati clienti all'interno dello stesso.

2. In secondo luogo, *Gazprom* avrebbe sfruttato queste restrizioni territoriali per attuare una politica dei prezzi sleale, attraverso l'applicazione di prezzi sproporzionati in cinque dei paesi coinvolti nella vicenda (Bulgaria, Estonia, Lettonia, Lituania e Polonia).
3. In terzo luogo, i grossisti in Bulgaria e Polonia sarebbero stati obbligati all'accettazione di determinate condizioni di contratto di fornitura del gas eccessivamente gravose¹²³.

Durante il biennio 2016-2017, la Commissione e *Gazprom* hanno collaborato per trovare una soluzione accettabile per entrambe le parti, al termine del quale, il 14 febbraio 2017, *Gazprom* ha sottoposto alla Commissione una proposta ufficiale di impegni. Nell'ambito degli impegni proposti da *Gazprom*, vi era l'eliminazione di eventuali restrizioni sulla rivendita transfrontaliera del gas e la modifica o l'introduzione di un meccanismo di revisione dei prezzi basato su parametri competitivi di riferimento. Non è stata però affrontata la questione sul gasdotto Yamal.

La Commissione ha confermato che gli impegni proposti da *Gazprom* hanno affrontato tutte le sue preoccupazioni e, di conseguenza, il 24 maggio 2018 ha adottato la decisione sugli impegni¹²⁴. La Commissione, quindi, ha chiuso il procedimento amministrativo imponendo obblighi vincolanti alla società. Con questa decisione, la

¹²³ In particolare, *Gazprom* avrebbe condizionato la fornitura di gas all'ingrosso alla partecipazione del principale grossista bulgaro a un progetto infrastrutturale, il progetto del gasdotto South Stream, nonostante i costi elevati e le incerte prospettive economiche. Il grossista polacco (la *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.*). Si tratta della società madre del gruppo *PGNiG*, che opera nel settore del gas e del petrolio, principalmente in Polonia), a sua volta, sarebbe stato obbligato ad acconsentire un maggior controllo da parte di *Gazprom* sulla gestione degli investimenti del gasdotto Yamal. Questo gasdotto rappresenta una delle principali infrastrutture attraverso il quale il gas proveniente da fornitori diversi da *Gazprom* potrebbe entrare nel mercato polacco.

¹²⁴ Decisione della Commissione del 24 maggio 2018, C(2018) 3106 final.

Commissione ha statuito che non sono state riscontrate violazioni dell'art. 102 TFUE che giustificassero l'imposizione di sanzioni alla società.

Il 15 ottobre 2018, la decisione della Commissione è stata contestata dalla società polacca¹²⁵, che ha presentato un ricorso dinanzi al Tribunale. Secondo la ricorrente, la Commissione avrebbe violato diversi aspetti, inclusi l'art. 9 del regolamento n. 1/2003¹²⁶ e il principio di proporzionalità, a causa della supposta incompletezza e insufficienza degli impegni proposti. Inoltre, si afferma che la decisione sia contraria a numerose disposizioni del TFUE (in particolare l'art. 194¹²⁷) e gli obiettivi di politica energetica dell'Unione.

Dinanzi al Tribunale, la parte ricorrente ha chiesto l'annullamento della suddetta decisione, sollevando questioni procedurali e sostanziali. Ha avanzato sei argomentazioni a sostegno del suo ricorso: con i primi tre motivi, la ricorrente ha presentato tre argomentazioni fondamentali, contestando la decisione in base all'art. 9 del regolamento 1/2003 e al principio di proporzionalità.

La parte ricorrente sostiene che la Commissione non ha affrontato adeguatamente tutte le preoccupazioni riguardanti la concorrenza sollevate nella comunicazione degli addebiti poiché, da una parte, la Commissione «avrebbe commesso un errore manifesto di valutazione nel concludere che gli addebiti Yamal si sarebbero rivelati infondati» e, dall'altra parte, «la Commissione ha accettato gli impegni finali, i quali

¹²⁵ V. sopra nota 110.

¹²⁶ «Qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese».

¹²⁷ «Nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia, b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche».

tuttavia non terrebbero adeguatamente conto degli addebiti relativi alle pratiche tariffarie e [...] degli addebiti relativi alle restrizioni territoriali». Le contromisure proposte da *Gazprom*, quindi, confermate poi dalla Commissione, non hanno completamente risolto ciascuno dei tre addebiti originariamente formulati.

Il quarto motivo sosteneva che la decisione violava chiaramente gli articoli 7¹²⁸ e 194 TFUE. La società polacca riteneva che tale decisione era in contrasto con gli obiettivi di politica energetica dell'Unione e avrebbe avuto un impatto negativo sulla struttura competitiva del mercato del gas nell'Europa centrale e orientale. Aveva messo in evidenza che la decisione avrebbe consolidato il mantenimento di condizioni non competitive nei mercati del gas dell'Europa centrale e orientale e questo, chiaramente, andava contro l'obiettivo perseguito dai Trattati dell'Unione, ossia quello di unire tali mercati e di assicurare condizioni per una concorrenza equa tra i concorrenti.

Il quinto motivo si basava sulla violazione dell'art. 18 TFUE, par. 1 e del principio di parità di trattamento, «in quanto la Commissione avrebbe posto in essere una discriminazione tra i clienti della *Gazprom* operanti negli Stati membri dell'Europa occidentale e quelli operanti» nell'Europa centrale e orientale, sebbene entrambi i gruppi fossero attivi sul medesimo mercato europeo del gas.

Per concludere, la ricorrente nel sesto motivo del ricorso aveva evidenziato presunte irregolarità procedurali e sostanziali nell'emanazione della decisione.

Il Tribunale¹²⁹ ha constatato che la decisione impugnata non è viziata da nessuno degli errori procedurali o sostanziali sollevati dalla ricorrente nei suoi sei motivi e, di conseguenza, ha respinto

¹²⁸ Secondo cui: «L'Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze».

¹²⁹ V. la Sentenza del tribunale del 2 febbraio 2022, *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., sostenuta da Repubblica di Lituania, Repubblica di Polonia e Overgas Inc. c. Commissione, sostenuta da Gazprom PJSC e Gazprom export LLC*, T-616/18.

integralmente il ricorso. In merito a ciò, il tribunale ha sottolineato che gli obblighi derivanti dal principio di proporzionalità e dall'art. 9 del regolamento n. 1 2003 non implicano che la Commissione sia tenuta ad emanare una decisione conforme a tali principi. Il principio di proporzionalità non richiede che la Commissione soddisfi obbligatoriamente tutte le preoccupazioni inizialmente sollevate nella comunicazione degli addebiti attraverso impegni specifici. Tuttavia, nel caso di specie, la Commissione avrebbe dovuto motivare adeguatamente l'assenza di impegni in risposta alle preoccupazioni che erano state sollevate originariamente.

Il Tribunale ha valutato che la decisione della Commissione di non imporre impegni a *Gazprom* per affrontare le preoccupazioni riguardanti le pratiche di subordinazione dei contratti di fornitura del gas fosse giustificata.

In particolare, la Commissione ha fatto leva sulla circostanza che in una precedente decisione dell'URE¹³⁰, adottata nel maggio del 2015, era stato confermato che il gestore del tratto polacco del gasdotto Yamal, la *Gaz-System S.A.*, deteneva un controllo significativo sugli investimenti. Quindi, pur se *Gazprom* ha cercato di incrementare il suo controllo nella gestione degli investimenti per il tratto polacco del gasdotto Yamal, va notato che, al momento dell'approvazione degli impegni finali, è *Gaz-System* a detenere un controllo determinante su tali investimenti. Questa situazione motivava la mitigazione delle preoccupazioni inizialmente sollevate dalla Commissione.

La società polacca aveva contestato, inoltre, la violazione del principio di leale cooperazione. Tale censura, secondo la quale alle Autorità nazionali garanti della concorrenza sul mercato e ai giudici nazionali sarebbe stato impedito dalla Commissione di intervenire, è stata respinta dal Tribunale. Più in particolare, si afferma che, sebbene

¹³⁰ *Urząd Regulacji Energetyki*, l'ufficio polacco di regolamentazione dell'energia.

tali organi non possano prendere decisioni contrarie a quelle adottate dalla Commissione, ciò non vieta loro di adottare decisioni in applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE¹³¹.

Nel contesto degli impegni assunti dalla *Gazprom* per affrontare le pratiche tariffarie sleali, il Tribunale ha respinto l'argomento della ricorrente, evidenziando la discrezionalità della Commissione nell'assunzione delle decisioni e negando qualsiasi errore di valutazione nell'accettare tali impegni¹³².

Per quanto concerne la contestazione circa le restrizioni territoriali, anche in questo caso il Tribunale ha rigettato il motivo del ricorso, facendo nuovamente leva sulla discrezionalità della Commissione nel valutare e accettare gli impegni proposti.

Proseguendo con la sentenza, il Tribunale respinge anche il quarto motivo presentato dalla ricorrente, che sollevava preoccupazioni riguardo alla presunta violazione dell'art. 194 TFUE in merito agli obiettivi della politica dell'Unione nel settore dell'energia. Il Tribunale, infatti, chiarisce che la ricorrente non aveva fornito prove sufficienti per dimostrare che gli impegni fossero contrari al principio di solidarietà energetica che emerge dalla disposizione e, in ogni caso, la Commissione non era tenuta ad esigere impegni più vincolanti da parte di *Gazprom*, né a investigare ulteriormente sulle sue pratiche, al fine di considerare gli obiettivi della politica energetica dell'Unione¹³³.

¹³¹ V. par. 133 della Sentenza del tribunale, *cit.*: «Nello stesso senso, i considerando 13 e 22 del regolamento n. 1/2003, letti congiuntamente, precisano espressamente che le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di prendere una decisione né intaccano il potere delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di applicare gli articoli 101 e 102 TFUE».

¹³² *Gazprom* ha assicurato di introdurre una nuova procedura di revisione delle formule di prezzo nei contratti di fornitura di gas nei cinque paesi interessati. Tale procedura prevede che le formule di prezzo siano in conformità con gli orientamenti tariffari stabiliti negli impegni e offre la possibilità di risolvere eventuali dispute tramite un tribunale arbitrale dell'Unione Europea.

¹³³ V. par. 422 e 423: «[...] la Commissione non era obbligata, al fine di tener conto degli obiettivi della politica energetica dell'Unione, a indagare su ulteriori pratiche della *Gazprom*, né ad esigere impegni più vincolanti da parte di quest'ultima.

Il quinto motivo del ricorso, attinente all'art. 18 TFUE e al principio di parità di trattamento, è stato ugualmente respinto dal Tribunale, sostenendo che la differente situazione in cui si trovavano le imprese dell'Europa occidentale e quelle dell'Europa centrale e orientale giustificasse il trattamento parzialmente differente. Il principio di parità di trattamento impone, infatti, che situazioni analoghe non siano trattate in modo differenziato e che, di conseguenza, situazioni diverse non siano trattate allo stesso modo, salvo che tale trattamento non sia giustificato oggettivamente. Nel caso di specie, la situazione in cui si trovavano i clienti operanti nell'Europa centrale e orientale non era confrontabile con quella dei clienti dell'Europa occidentale e questo, quindi, spiega il diverso trattamento che è stato adottato.

Infine, anche il sesto e ultimo motivo viene respinto dal Tribunale. Con quest'ultimo motivo, la ricorrente contestava la presunta violazione delle regole sostanziali e procedurali da parte della Commissione, nonché uno sviamento dei poteri. Al contrario, secondo il Tribunale, non vi sarebbe stata nessuna violazione delle disposizioni da parte della Commissione nella consultazione del comitato consultivo in materia di intese e posizioni dominanti; consultazione che si era conclusa con un parere positivo sul progetto preliminare. La Commissione, infatti, non ha indotto il comitato in errore a causa di informazioni errate o omissioni, tali da impedire al comitato di esprimere il proprio parere in modo informato. Per quanto riguarda, invece, lo sviamento di potere, il Tribunale afferma al par. 506 «che, secondo la giurisprudenza, un atto è viziato da sviamento di potere solo se, in base ad indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, risulti essere stato adottato allo scopo esclusivo, o quanto meno determinante, di raggiungere fini diversi da quelli dichiarati o di eludere una procedura appositamente prevista dal Trattato per far fronte alle circostanze del caso di specie».

[...] Inoltre, la ricorrente non dimostra la propria tesi secondo la quale gli impegni finali in quanto tali sono contrari agli obiettivi della politica energetica o al principio di solidarietà energetica».

Con questa sentenza del Tribunale dell'Unione viene confermata l'indipendenza dagli altri poteri e l'ampia discrezionalità di cui è titolare la Commissione nell'esercizio delle proprie funzioni ai sensi dell'art. 9 del regolamento n. 1 2003. Viene quindi ribadito il ruolo fondamentale della Commissione nel preservare la concorrenza e nell'applicare correttamente le regole del mercato unico europeo.

Capitolo 3

Le infrastrutture essenziali nel campo energetico

Sommario: 3.1. La nozione di essential facility; 3.1.1. Le politiche di prezzo; 3.2. La essential facilities doctrine e l'esigenza di trovare un bilanciamento con altri diritti tutelati dall'ordinamento; 3.2.1. La portata dell'essential facilities doctrine nel settore energetico; 3.3. Il rifiuto a contrarre e la dottrina dell'essential facilities; 3.3.1. Segue: considerazioni critiche relative all'applicazione dell'essential facilities doctrine; 3.3.2 Il caso "Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE" e l'accesso privilegiato allo sfruttamento della lignite; 3.3.3. Il caso "Bulgarian Energy Holding"

3.1. La nozione di essential facility

Nel capitolo precedente abbiamo focalizzato l'attenzione sulla fattispecie dell'abuso di posizione dominante, ossia sullo sfruttamento di una posizione conquistata da parte di un imprenditore al fine di alterare il libero gioco della concorrenza, in tal modo pregiudicando i *competitors* e, di conseguenza, la libera iniziativa economica. Indubbiamente, con riferimento a questa fattispecie, buona parte delle ipotesi di abuso riguardano il possesso da parte di un'impresa di una *essential facility*, ovvero di una infrastruttura essenziale, risorsa che al giorno d'oggi ricopre una posizione fondamentale all'interno del tessuto della società moderna perché costituisce la colonna portante dell'economia mondiale.

Tutte le volte in cui ci si trovi di fronte ad una risorsa indispensabile ad un terzo imprenditore per l'esercizio della propria attività, sorge un dovere in capo al proprietario della stessa di

concederne l'utilizzo, purché sussistano determinati requisiti. Pertanto, in generale, con il termine *essential facility* o “infrastruttura essenziale”, si indica un istituto giuridico che impone un obbligo in capo al proprietario di una risorsa, struttura o infrastruttura, di concederne l'impiego, qualora sussistano le seguenti condizioni:

1. La risorsa deve essere indispensabile all'esercizio della propria attività, anche se appartenente ad un settore diverso di mercato, purché però sussista un qualche tipo di collegamento tra esse;
2. la risorsa non deve essere sostituibile o facilmente sostituibile ovvero non può essere duplicata a causa di ostacoli giuridici, economici o tecnici.

Il soggetto proprietario di una *essential facility* può essere per questo considerato titolare di una posizione dominante e quindi essere, in presenza delle condizioni sopra esposte, obbligato a consentire l'accesso alla propria risorsa, poiché negare tale accesso rappresenterebbe un'ipotesi di abuso di posizione dominante vietata dall'art. 102 TFUE¹³⁴.

L'esigenza di consentire a tutti gli operatori sul mercato di poter accedere alle infrastrutture essenziali è riconosciuta in tutti i “servizi a rete”, vale a dire nei confronti di tutte quelle attività che necessitano di quella determinata infrastruttura per poter essere esercitata. Non è necessario che ci sia obbligatoriamente un collegamento di carattere merceologico tra l'attività esercitata dal terzo imprenditore e l'infrastruttura dell'*incumbent*¹³⁵; infatti, le attività possono essere diversificate tra loro. Ciò che viene richiesto affinché sorga l'obbligo in

¹³⁴ Nel 2013 il Consiglio di Stato aveva annullato la sentenza del T.A.R. del 16 maggio 2012, n. 4403, confermando la decisione dell'AGCM, la quale sanzionava un gruppo di società che si era rifiutata di condividere con i concorrenti degli studi non replicabili, con la conseguente uscita forzata dal mercato degli stessi. V. Sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2013, n.548.

¹³⁵ Con il termine *incumbent* si intende un ex monopolista che continua ad occupare una posizione dominante anche dopo la liberalizzazione del mercato.

capo all'*incumbent* di concederne l'utilizzo è che la sua struttura sia indispensabile al terzo imprenditore per svolgere la propria attività¹³⁶. Le infrastrutture essenziali sono quindi in grado di creare collegamenti anche tra mercati che sono distanti tra loro dal punto di vista merceologico, ma che si avvicinano per circostanze particolari, facendo emergere gli eventuali problemi anticoncorrenziali che si possono produrre a seguito di questa relazione.

La regolamentazione dell'accesso alle infrastrutture si basa, quindi, sulla loro qualifica di *essential facilities* e, pertanto, l'accesso deve essere garantito tutte le volte in cui non ci sono alternative disponibili o non possono essere replicate per motivi economici, giuridici o naturali.

Ne consegue, quindi, che nei casi in cui si è in presenza di un'*essential facilities* il diritto della concorrenza dell'Unione e quello nazionale deve assicurare che i gestori si comportino in modo imparziale nei confronti di coloro che richiedano l'accesso all'infrastruttura stessa, senza alcun tipo di discriminazione.

3.1.1. Le politiche di prezzo

L'art. 3 della legge n. 287 del 1990, nel trattare la fattispecie dell'abuso di posizione dominante, alla lett. a) vieta di «imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose». La norma, in questo caso, tratta, quindi, due diverse tipologie di abuso¹³⁷ di natura

¹³⁶ Pensiamo ad es. alle attività commerciali che si svolgono all'interno di un aeroporto. Dal punto di vista merceologico, l'oggetto delle attività è completamente diverso da quello della struttura in cui si ritrovano ad operare, ma gli imprenditori in ogni caso necessitano di relazionarsi con il gestore della struttura stessa a seguito della situazione che si realizza. Si viene in questo modo a instaurare un rapporto stretto tra tutti coloro che esercitano un'attività all'interno dell'infrastruttura e il titolare della stessa.

¹³⁷ Da una parte i «prezzi di acquisto, di vendita», dall'altra parte le «condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose».

verticale dei rapporti economici, che consentono all'imprenditore di assicurarsi dei vantaggi economici che in un contesto di concorrenzialità effettiva non avrebbe ottenuto.

Per politiche di prezzo, quindi, si intende quel comportamento tenuto da parte dell'imprenditore in posizione dominante attraverso il quale applica prezzi iniqui o condizioni economiche eccessivamente gravose, tali da creare una distorsione della concorrenza sul mercato. I consumatori, infatti, prima di procedere all'acquisto di un prodotto, esaminano una serie di elementi, tra cui il prezzo, elemento decisivo al fine dell'assunzione del comportamento economico¹³⁸. Indubbiamente, non si può imporre all'imprenditore che si trova in una posizione dominante di non modificare i prezzi, impedendogli, così, di godere in termini economici della posizione raggiunta. Ciò che si vieta all'imprenditore è l'applicazione di prezzi iniqui o condizioni economiche particolarmente gravose, tali da falsare il libero gioco della concorrenza.

Tra le ipotesi abusive riconducibili alla lett. a) dell'art. 3 viene in rilievo sicuramente la pratica dei prezzi predatori o *predatory pricing*, una strategia attraverso la quale l'*incumbent* fissa dei prezzi per i quali vi è una «mancanza di ogni ragionevole rapporto fra il prezzo ed il valore economico della prestazione fornita»¹³⁹. Obiettivo di questa strategia è quella di eliminare i concorrenti e, allo stesso tempo, impedire l'ingresso di terzi all'interno del mercato a causa dell'iniquità dei prezzi imposti dall'*incumbent*.

La pratica dei prezzi predatori si può realizzare attraverso due diverse modalità: la prima consiste nell'applicazione di prezzi eccessivamente bassi, i quali senza alcun dubbio vengono apprezzati da parte dei consumatori e disprezzati dai *competitors*, ma che nel lungo

¹³⁸ Nella scelta tra due prodotti tra loro intercambiabili, il consumatore sarà più propenso all'acquisto del prodotto con il costo minore.

¹³⁹ Così V. MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi "non equi"*, Milano, 1989.

periodo creano una sorta di “effetto molla”, che porta all’aumento del prezzo di partenza, andando, così, a giustificare la condotta. L’*incumbent* effettua, in un primo momento, l’abbassamento dei prezzi, in modo tale da fidelizzare il maggior numero di clienti e, una volta conseguito questo obiettivo, procede ad alzare il prezzo del proprio prodotto o servizio, senza dover temere i *competitors*, oramai eliminati dal mercato.

La pratica dei prezzi predatori si può realizzare anche attraverso l’applicazione di un prezzo eccessivamente alto, in particolare nell’ipotesi in cui l’imprenditore sia titolare di una infrastruttura essenziale. L’imprenditore, quindi, non può stabilire il prezzo che preferisce ma può aumentarlo all’interno di determinati limiti. Questo è dato dal fatto che l’abuso di posizione dominante si perfeziona tutte le volte in cui si applica un prezzo iniquo, irragionevole, il quale, quindi, può essere eccessivamente inferiore o maggiore rispetto al prezzo medio e al costo medio ponderato di produzione.

Risulta evidente che il titolare di un’infrastruttura essenziale possa praticare prezzi elevati, dal momento che altrimenti nessuno sarebbe disposto a investire risorse finanziarie e tempo senza la possibilità di ottenere un ritorno economico congruo, ad esempio tramite l’imposizione di prezzi che permettano di recuperare gli investimenti e garantire un profitto.

Al contrario, la fissazione di prezzi eccessivamente alti rispetto alle spese e gli sforzi sostenuti dal titolare per investire nell’infrastruttura è considerata un comportamento abusivo. Allo stesso modo, è vietata l’applicazione di prezzi elevati il cui obiettivo principale è quello di escludere concorrenti dal mercato di riferimento o di discriminare tra clienti e concorrenti.

La Corte di giustizia in una sentenza del 1991¹⁴⁰ è andata a indicare i criteri da utilizzare per poter accertare l'esistenza di una strategia di prezzi predatori.

Da questa sentenza è possibile enucleare tre diverse categorie di prezzi: prezzi al di sotto dei costi medi variabili; prezzi al di sopra dei costi medi variabili, ma al di sotto dei costi medi totali; prezzi al di sopra dei costi medi totali¹⁴¹. Sulla base di questa sentenza, vengono considerati predatori solo i primi, poiché l'impresa stabilisce prezzi inferiori alla media dei costi variabili, ossia costi che variano in funzione dei quantitativi prodotti. Di conseguenza, si deduce che l'unico obiettivo dell'impresa è eliminare la concorrenza al fine di aumentare successivamente i prezzi e sfruttare la posizione di monopolio che ne deriva.

I secondi sono valutati solo come indizio di un'eventuale condotta predatoria. Se un'impresa pratica prezzi inferiori alla media dei costi totali ma superiori alla media dei costi variabili si può affermare che non vi è un abuso, salvo che non siano presenti altri fattori che dimostrino un intento di escludere la concorrenza. Un tale livello dei prezzi può sì causare una un'alterazione della concorrenza, ma questa alterazione

¹⁴⁰ V. Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 3 luglio del 1991, *Akzo Chemie BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit.

¹⁴¹ «I prezzi inferiori alla media dei costi variabili (vale a dire quei prezzi che variano in funzione dei quantitativi prodotti) mediante i quali un'impresa dominante persegue l'obiettivo di eliminare un concorrente devono ritenersi illeciti. Poiché ogni vendita comporta per l'impresa dominante una perdita, ossia la totalità dei costi fissi (vale a dire quei costi che restano costanti a prescindere da quale sia l'entità dei quantitativi prodotti) e, almeno in parte, dei costi variabili relativi all'unità prodotta, la detta impresa non ha infatti alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti, per poter poi rialzare i propri prezzi approfittando della situazione di monopolio. D'altra parte, prezzi inferiori alla media dei costi totali, i quali comprendono i costi fissi e quelli variabili, ma superiori alla media dei costi variabili, sono da considerare illeciti allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso ad eliminare un concorrente. Tali prezzi possono infatti estromettere dal mercato imprese le quali potrebbero essere altrettanto efficienti come l'impresa dominante, ma che, per via delle loro più modeste capacità finanziarie, sono incapaci di resistere alla concorrenza che viene esercitata nei loro confronti». Così la Corte di Giustizia nella sentenza del 3 luglio del 1991, *Akzo Chemie BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 71-72.

potrebbe essere dovuta al fatto che i concorrenti non sono in grado di competere con l'impresa dominante a causa delle loro limitate risorse finanziarie.

Infine, i terzi, ossia prezzi al di sopra dei costi medi totali, generalmente non sono considerati predatori.

Da questa sentenza emerge, quindi, che il giudice europeo attribuisce valore, al fine della valutazione della condotta, sia a elementi di carattere oggettivo (il livello dei prezzi rispetto ai costi), sia a elementi di carattere soggettivo (l'intento dell'imprenditore di eliminare i concorrenti dal mercato).

Nell'esperienza nazionale, alcuni Autori¹⁴² avevano mostrato qualche perplessità nell'interpretazione dell'art. 3 della legge n. 287 del 1990. Questi dubbi sorgevano dal fatto che la norma faceva riferimento ai prezzi o altre condizioni contrattuali «ingiustificatamente gravose», quando, al contrario, l'art. 82 TCE (attuale art. 102 TFUE) richiamava il concetto di «prezzi non equi». Questi Autori si domandavano, quindi, se all'interno del concetto di «ingiustificatamente gravoso» rientrassero anche prezzi sottocosto. Negli anni questa problematica ha perso rilevanza, per cui oggi si ritiene, pacificamente, che l'art. 3 si riferisca ad entrambe le ipotesi.

Sempre in relazione alle politiche di prezzo, assumono poi rilievo quelle condotte che portano all'applicazione, da parte dell'imprenditore in posizione dominante, di condizioni diverse per prestazioni equivalenti. L'*incumbent* procede nell'adottare condizioni economiche maggiormente favorevoli nei confronti dei consumatori, a discapito dei concorrenti, i quali si vedranno applicare delle condizioni diverse per la medesima prestazione. Il concorrente, quindi, nel caso in cui abbia bisogno di rivolgersi all'*incumbent* per l'esercizio della propria attività,

¹⁴² Cfr. V. DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Milano, 1990; R. ALESSI, G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato. Commento alla L. 10 ottobre 1990, n. 287 ed al regolamento CEE n. 4064/89 del 21 dicembre 1989*, Torino, 1991.

si vedrà applicare delle condizioni diverse, più sfavorevoli rispetto a quelle che, per la medesima prestazione, l'*incumbent* applicherà ai propri consumatori finali. L'obiettivo perseguito dall'*incumbent* è quello di costringere il concorrente, qualora dovesse rivolgersi alla medesima clientela, ad aumentare il prezzo del proprio prodotto o servizio, al fine di rientrare nel costo di produzione. Il prezzo del prodotto finale, pertanto, risulterà più elevato a causa della condotta scorretta dell'*incumbent*¹⁴³.

Gli sconti selettivi¹⁴⁴ hanno di per sé un carattere neutro e, quindi, in linea teorica non sono considerati illeciti; laddove, però, l'atto posto in essere dall'impresa in posizione dominante abbia come obiettivo quello di falsare la concorrenza, riducendo o escludendo dal mercato uno o più concorrenti, ecco che si ricade nuovamente all'interno della fattispecie vietata da parte dell'art. 3 della legge n. 287 del 1990, così come dall'art. 102 TFUE.

3.2. *La essential facilities doctrine e l'esigenza di trovare un bilanciamento con altri diritti tutelati dall'ordinamento*

La dottrina delle strutture essenziali, conosciuta anche come *essential facilities doctrine*, rappresenta uno degli aspetti più dibattuti nel campo del diritto antitrust, con sostenitori e oppositori schierati su parti opposte. «L'idea di base alla base di questa dottrina è che le strutture essenziali [...] devono essere rese disponibili per l'uso da parte dei concorrenti dove questi concorrenti non possono, o possono farlo solo sostenendo costi molto elevati, costruire la propria "versione" di tali strutture»¹⁴⁵. Alcuni Autori sostengono che l'applicazione di questa

¹⁴³ In Italia nel 2004 l'AGCM ha sanzionato la società Telecom Italia S.p.A. per aver abusato della propria posizione dominante, formulando condizioni economiche alla clientela non replicabili da parte dei concorrenti. V. provvedimento dell'AGCM del 16 novembre 2004, n. 13752, A351.

¹⁴⁴ Sconti riconosciuti soltanto ad alcuni dei propri clienti.

¹⁴⁵ Così P. SLOT e A. JOHNSTON, *An Introduction to Competition Law*, Oxford, 2006.

teoria favorisca l'ingresso di nuove imprese nel mercato, aumentando la concorrenza, riducendo i prezzi e migliorando la qualità dei prodotti offerti. Al contrario, altri Autori ritengono che l'obbligo di accesso all'infrastruttura da parte dei concorrenti possa costituire una limitazione eccessiva alla libertà economica del titolare dell'infrastruttura e che possa disincentivare i concorrenti ad investire sul mercato, potendo fare affidamento all'accesso a tale risorsa.

Secondo la dottrina delle strutture essenziali, il monopolista, quindi, può essere obbligato a vendere il proprio prodotto o servizio al concorrente, in modo tale da permettere a quest'ultimo di poter esercitare l'attività che richiede necessariamente l'accesso alla risorsa del monopolista. Il problema, tuttavia, risiede nel valore giuridico da poter attribuire a questa dottrina. Molti commentatori, infatti, hanno sottolineato come l'insussistenza di criteri per accertare la presenza o meno di una infrastruttura essenziale, ossia la mancanza di regole che ci permettano di verificare quando una struttura possa essere definita essenziale, provoca una serie di problematiche collegate alla possibilità del monopolista di poter rifiutare l'accesso alla propria risorsa¹⁴⁶.

Pertanto, la dottrina delle infrastrutture essenziali ha suscitato molte critiche, tanto da venire considerata una delle teorie più controverse del diritto antitrust statunitense¹⁴⁷.

Il fondamento di tale dottrina è riscontrabile nella *Section 2* dello *Sherman Act*, sezione che vieta i monopoli, il tentativo di costituire monopoli o qualsiasi accordo inteso a creare un monopolio e trova applicazione sia nei confronti di persone fisiche che giuridiche¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Cfr. il documento *Competition And Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 Of The Sherman Act : Chapter 7*, disponibile all'online <https://www.justice.gov>

¹⁴⁷ P. AREEDA, *Essential facilities: an epithet in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 58, no. 3, 1989, disponibile online all'indirizzo <http://www.jstor.org/stable/40843140>

¹⁴⁸ «Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished [...]».

Il divieto rappresenta un'eccezione al principio ampiamente riconosciuto nel diritto antitrust degli Stati Uniti, che si basa su un'ampia libertà di impresa nel mercato. Secondo tale principio, infatti, gli operatori economici godono di una notevole autonomia nella gestione della propria attività commerciale e nella scelta dei soggetti con cui concludere gli accordi.

La dottrina delle strutture essenziali viene fatta risalire ad una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1912¹⁴⁹, con la quale la Corte impose ad una società di strutture ferroviarie, la *Terminal Railroad Association*, l'obbligo di consentire l'accesso nella società alle altre compagnie ferroviarie o, comunque, imporre a queste delle tariffe non differenti a quelle applicate ai membri stessi della società¹⁵⁰. La Corte, quindi, considerò illecita la condotta tenuta dai membri della società¹⁵¹ volta ad impedire l'accesso alla stessa da parte di altre compagnie ferroviarie, e rimise alla società l'onere di predisporre un progetto di rielaborazione del contratto societario. Tale contratto avrebbe dovuto garantire, da una parte, «l'ammissione di qualsiasi ferrovia esistente o futura alla proprietà congiunta e al controllo delle proprietà dei terminali combinati, a condizioni giuste e ragionevoli» e, dall'altra, «l'uso delle strutture del terminal da parte di qualsiasi altra ferrovia che non scelga di diventare comproprietaria, secondo termini e regolamenti giusti e ragionevoli».

Sulla base di questa decisione, la Corte individuò gli elementi che il concorrente deve provare al fine di stabilire un obbligo in capo

¹⁴⁹ V. Sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 22 aprile del 1912, *United States c. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 US 383.

¹⁵⁰ La *Terminal Railroad Association* di St. Louis controllava gran parte del sistema ferroviario statunitense. In particolare, la società era l'unica a possedere i mezzi necessari per attraversare il fiume Mississippi e le quattordici ferrovie proprietarie della società avevano convenuto che per entrare a far parte della società fosse necessario il consenso unanime di tutti i membri.

¹⁵¹ La Corte valutò l'accordo stipulato tra i membri della società come «un contratto o una combinazione di limitazione del commercio tra gli stati e un tentativo di monopolizzare il commercio tra gli stati che deve passare attraverso la porta di St. Louis».

all'*incumbent* a fornire l'accesso: «controllo dell'impianto essenziale da parte di un monopolista; l'incapacità pratica o ragionevole di un concorrente di duplicare la struttura essenziale; il rifiuto dell'uso della struttura a un concorrente; e la fattibilità di fornire la struttura».

Secondo tale dottrina, quindi, esisterebbe un obbligo in capo al gestore dell'infrastruttura, in presenza di determinate condizioni, di consentire l'accesso all'infrastruttura stessa. La *ratio* che la dottrina intende perseguire con questa regola risiede nell'evitare che un soggetto, titolare di una posizione dominante, sfrutti questa situazione per assumere dei comportamenti pregiudizievoli nei confronti degli altri operatori del mercato. Il gestore dell'infrastruttura, pertanto, sarà tenuto a consentire l'accesso ai concorrenti a prezzi ragionevoli, dal momento che possiede una risorsa che per ragioni economiche, giuridiche o naturali non può essere duplicata.

L'*essential facilities doctrine* viene successivamente delineata in modo dettagliato e specifico nel diritto statunitense attraverso il caso *MCI Telecommunication Corp. c. AT&T*¹⁵².

Secondo quanto stabilito in questa sentenza, la dottrina delle infrastrutture essenziali – che rappresenta comunque un'eccezione al principio di libertà contrattuale – è vincolata al soddisfacimento delle seguenti condizioni:

1. Il monopolista deve essere titolare dell'infrastruttura e l'accesso a tale infrastruttura deve essere essenziale per condurre un'attività economica nei mercati a valle;

¹⁵² V. decisione della Corte d'Appello degli Stati Uniti del 17 maggio 1994, *MCI Telecommunications Corp. c. American Telephone & Telegraph Co.*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983). AT&T, la compagnia leader nel mercato delle telecomunicazioni, era stata accusata da MCI, un altro operatore del settore, per aver negato l'accesso alla sua rete telefonica fissa su scala nazionale. MCI sosteneva che tale rifiuto fosse illegittimo, in quanto l'interconnessione con la rete di AT&T era fondamentale per poter competere efficacemente con essa nel mercato delle chiamate telefoniche internazionali.

2. l'infrastruttura a cui si richiede l'accesso non è duplicabile per ragioni economiche, giuridiche o naturali da parte dei concorrenti;
3. deve essere verificato un rifiuto all'accesso da parte del titolare dell'infrastruttura ovvero, se concesso, deve essere avvenuto a condizioni inique o discriminatorie;
4. il rifiuto non deve essere giustificato da ragioni economiche, tecniche o di efficienza produttiva. È necessario che ci sia una capacità non utilizzata disponibile per i terzi e le attività di questi ultimi non devono ostacolare l'esercizio dell'impresa dominante.

Ne consegue, quindi, che quando si è in presenza di tali condizioni, il rifiuto di fornire un bene essenziale (sul quale l'imprenditore ha il controllo) è considerato illegittimo a meno che non sia giustificato da ragioni economiche, tecniche o di efficienza produttiva.

La teoria delle infrastrutture essenziali è stata applicata nei settori interessati dalla liberalizzazione economica, in cui le infrastrutture, inizialmente sviluppate con fondi pubblici, sono state in genere affidate a imprese precedentemente monopolistiche. Se l'impresa responsabile della gestione dell'infrastruttura non è soggetta a obblighi di accesso, il diritto della concorrenza può intervenire garantendo l'ingresso dei nuovi concorrenti e proteggendo così i loro interessi dai comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da parte del titolare dell'infrastruttura essenziale.

La dottrina svolge, quindi, un ruolo importante all'interno del diritto antitrust statunitense ed europeo, in particolar modo in relazione agli articoli 102 TFUE e 3 della legge n. 287 del 1990. Nonostante questo, né la Corte Suprema degli Stati Uniti, né i tribunali dell'Unione

Europea hanno mai riconosciuto formalmente tale dottrina¹⁵³. Il mancato accoglimento di tale dottrina probabilmente è dovuto al fatto che si potrebbe porre in contrasto con alcuni principi fondamentali riconosciuti in tutti gli ordinamenti democratici. In particolare, la dottrina dell'*essential facilities* sarebbe in contrasto con il principio dell'autonomia contrattuale e con il diritto di proprietà, per i quali il titolare dell'*essential facility* dovrebbe essere, in linea di principio, libero di disporre della propria risorsa.

Come appena osservato, la dottrina delle infrastrutture essenziali non ha sempre trovato applicazione da parte della giurisprudenza. In particolare, ad esempio, nella sentenza *Trinko*¹⁵⁴ del 2004 della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, è stato affermato che «il semplice possesso del potere di monopolio e la concomitante imposizione di prezzi di monopolio non sono solo non illegale; è un elemento importante del sistema di libero mercato». La Corte, in questa sentenza, non ha affermato, inequivocabilmente, l'inesistenza del principio che viene sancito dalla *essential facilities doctrine*, ma ha riconosciuto che esso può trovare applicazione soltanto in determinate circostanze (non presenti nel caso di specie) in presenza delle quali l'*incumbent* è tenuto a garantire l'accesso alla propria infrastruttura¹⁵⁵. La Corte, infine, ha evidenziato di non aver mai riconosciuto la dottrina delle strutture essenziali sottolineando come non sussista la «necessità né di riconoscerla né di ripudiarla», ma che sia sufficiente verificare se sia possibile accedere a quella determinata infrastruttura e, soltanto

¹⁵³ «*The essential facilities doctrine forms an important part of current EU and US competition or antitrust law, in the context of respectively Article 102 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU) and Section 2 of the Sherman Act. However, the US Supreme Court and the EU Courts have never formally recognized its existence*». Così I. GRAEF, *Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy*, in *Revue Juridique Themis*, 2019, consultabile online all'indirizzo <https://heinonline.org>

¹⁵⁴ V. Sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 13 gennaio 2004, *Verizon c. Trinko*, 540 US 398 (2004).

¹⁵⁵ «under certain circumstances, a refusal to cooperate with rivals can constitute anticompetitive conduct and violate § 2».

nell'ipotesi in cui l'accesso non sia garantito, sarà allora possibile obbligare il titolare dell'infrastruttura essenziale a concederne l'accesso a soggetti terzi.

Questa sentenza riesce particolarmente bene a spiegare quella divisione che si era creata all'interno della dottrina statunitense, all'interno della quale alcuni Autori¹⁵⁶ sostenevano la necessità di garantire ai concorrenti l'accesso all'infrastruttura nel caso in cui questa fosse da considerarsi essenziale e, perciò, non duplicabile; altri Autori¹⁵⁷, al contrario, sottolineavano l'importanza dei principi generali dell'ordinamento e, in particolare, del principio della libera iniziativa economica. Secondo tale principio ciascun operatore economico deve essere libero di poter negoziare con chi preferisce (senza quindi che vi sia un obbligo legislativo) o di non negoziare affatto e, di conseguenza, non dovrebbero essere obbligati a concedere l'accesso all'infrastruttura. Inoltre, questi ultimi Autori avevano anche fatto emergere preoccupazioni circa l'innovazione e l'evoluzione dei mercati, evidenziando come le imprese non fossero più disposte ad investire nelle infrastrutture nel caso in cui fossero poi state costrette a condividere l'utilizzo delle infrastrutture stesse con i concorrenti a condizioni diverse da quelle che ipoteticamente avrebbero imposto.

Da quanto è stato fatto emergere dagli studiosi del diritto antitrust, quindi, il rapporto che intercorre tra l'*essential facilities doctrine* e i principi fondamentali degli ordinamenti risulta complicato, tanto da rendere impossibile poter affermare la prevalenza dell'uno sull'altro. Dall'interpretazione dei principi fondamentali, infatti, emerge come questi non siano assoluti ma possano imbattersi in limiti nel momento in cui si rapportano con altri diritti tutelati dall'ordinamento.

¹⁵⁶ B. FRISCHMANN e S. WEBER WALLER, *Revitalizing essential facilities*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 75, n. 1, 2008, disponibile online all'indirizzo <http://www.jstor.org/stable/27897568>.

¹⁵⁷ P. AREEDA, *Essential facilities: an epithet in need of limiting principles*, in *Antitrust Law*, cit.

Emerge, quindi, che non sussiste una gerarchia tra i principi presi in esame (ossia, da una parte il diritto di proprietà e il principio della libera iniziativa economica e, dall'altra, il principio della concorrenza), ma che, al contrario, sia necessario ponderarli, cercando di trovare il giusto equilibrio, senza sacrificare ingiustamente o eccessivamente nessuno dei due.

3.2.1. *La portata dell'essential facilities doctrine nel settore energetico*

Negli ultimi anni, gli Stati Uniti e l'Unione europea hanno manifestato punti di vista differenti riguardo alla dottrina delle strutture essenziali. Mentre negli Stati Uniti, con il caso *Trinko*, la Corte Suprema ha espresso con chiarezza la propria posizione sull'applicazione della *essential facilities doctrine*, sebbene non l'abbia espressamente respinta¹⁵⁸, nell'Unione europea, invece, la situazione è differente, e negli ultimi trent'anni ha portato all'applicazione della dottrina da parte degli organi dell'Unione Europea e degli Stati membri negli ultimi trent'anni¹⁵⁹. Si è fatta strada, infatti, l'idea che fosse necessario garantire l'accesso non discriminato alle infrastrutture essenziali e sanzionare i dinieghi ingiustificati di accesso a tali risorse.

A partire dal 2007, infatti, la Commissione Europea ha promosso un'iniziativa¹⁶⁰ volta all'applicazione della normativa antitrust. Più

¹⁵⁸ Nel 2008, il Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti aveva pubblicato un rapporto, ritirato l'anno successivo, con il quale aveva raccomandato l'abolizione della *essential facilities doctrine*. Rapporto "Concorrenza e monopolio: condotta di un'impresa unica ai sensi della sezione 2 dello Sherman Act".

¹⁵⁹ Una delle prime applicazioni della dottrina delle infrastrutture essenziali ha avuto luogo nel Regno Unito con la sentenza del 21 dicembre 2005, *Attheraces Ltd & Anr* contro *British Horse-racing Board*, causa n. HC05C00996, disponibile online all'indirizzo <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7c660d03e7f57eb1fe3>

¹⁶⁰ Si tratta di un'iniziativa richiesta a seguito di un'indagine svolta a norma dell'art. 17 del regolamento (CE) n. 1 2003 nei settori europei del gas e dell'elettricità. Comunicazione del 10 gennaio 2007, COM(2006) 851, consultabile online all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu>

nello specifico, tale iniziativa era volta a garantire l'applicazione della dottrina delle infrastrutture essenziali, perseguendo allo stesso tempo l'obiettivo di migliorare le condizioni di mercato e, in particolare, ristrutturando la configurazione esistente di mercato energetico. Sebbene la dottrina delle infrastrutture essenziali non venga citata espressamente, è comunque del tutto chiaro che le decisioni della Commissione siano guidate da tale dottrina¹⁶¹.

Dal par. 19 della comunicazione, infatti, emerge come la Commissione fosse consapevole del fatto che «i nuovi operatori spesso non hanno un effettivo accesso alle reti [...], nonostante le vigenti disposizioni in materia di separazione» e, di conseguenza, al par. 45 aveva stabilito che «ogniquale volta la violazione delle regole di concorrenza sia agevolata dall'integrazione verticale tra imprese operanti nel campo della fornitura e generazione e dell'infrastruttura nonché da un insufficiente grado di separazione, occorre applicare pienamente i poteri della Commissione al fine di prevenire abusi futuri».

Emerge chiaramente, quindi, come gli Stati Uniti e l'Unione Europea abbiano interpretato in maniera diversa la dottrina: i primi preservando un approccio più conservatore; la seconda, invece, con un'applicazione piena.

È evidente, però, che in ogni caso una diffusa applicazione della dottrina delle infrastrutture essenziali, così com'è emerso dalla prassi europea, potrebbe entrare in conflitto con alcuni principi fondamentali del diritto comunitario e nazionale (in particolare con il principio della libera iniziativa economica e con il diritto di proprietà) e, alla fine, risultare dannosa.

¹⁶¹ Si prenda ad esempio le due decisioni della Commissione del 2009 e del 2010, caso COMP/39.317 - E.ON Gas e caso COMP/39.316 – Gaz de France, all'interno delle quali si trovano due interessanti riferimenti a varie sezioni del gasdotto. Rispettivamente ci si riferisce ai gasdotti da una parte come strutture essenziali («*E.ON's gas transmission network can be considered an essential facility*») e dall'altra come costituenti un input essenziale («*GDF Suez's gas infrastructure [...] constituted an essential input*»). Da queste decisioni emerge chiaramente l'applicazione della dottrina delle infrastrutture essenziali da parte della Commissione.

La garanzia dell'accesso alle infrastrutture considerate essenziali potrebbe, infatti, da una parte scoraggiare l'impresa dominante, che vedrebbe ridimensionati i propri rendimenti, a continuare ad investire nell'infrastruttura stessa e, dall'altra parte, disincentivare anche i nuovi concorrenti che, sapendo di poter fare affidamento sull'infrastruttura dell'*incumbent*, non sarebbero incentivati a sviluppare soluzioni innovative o alternative rispetto alle infrastrutture già esistenti.

I consumatori beneficerebbero da un'applicazione piena dell'*essential facilities doctrine* grazie all'aumento della concorrenza nel mercato, ma nel lungo termine questo potrebbe causare una riduzione dell'innovazione e dello sviluppo tecnologico.

Ne consegue, quindi, che sia necessario calibrare tale accesso, così da non compromettere i diversi diritti interessati e, allo stesso tempo, garantendo l'innovazione del mercato.

Pertanto, un'impresa che sia riuscita a occupare una posizione dominante è legittimata a competere con i propri concorrenti, adottando determinate strategie aziendali, ma non può sfruttare la propria posizione per utilizzare mezzi anticoncorrenziali al fine di eliminare la concorrenza.

Spesso è difficile distinguere le diverse condotte tra loro, quindi, spetterà al giudice l'onere di verificare se si è di fronte ad una condotta anticoncorrenziale o ad una semplice strategia aziendale. Negli ultimi anni, la Commissione Europea è andata a sanzionare diverse condotte di abuso di posizione dominante che si sono sviluppate, in particolare, attraverso la tecnica del rifiuto a contrattare ovvero attraverso condizioni diverse per prestazioni equivalenti. Questi casi riguardano una vasta gamma di settori, tra cui l'energia nucleare, le richieste di accesso ai gasdotti e i contratti di fornitura elettrica.

La dottrina delle strutture essenziali è stata costantemente applicata da parte della Commissione Europea, che negli anni ha

adottato un'interpretazione sempre più estesa¹⁶². La Corte di Giustizia ha cercato di invertire questa tendenza attraverso la sentenza *Bronner*¹⁶³, nella quale è andata ad indicare cosa si debba intendere con infrastruttura essenziale e quando il rifiuto all'accesso alla risorsa da parte dell'impresa dominante costituisca una violazione dell'art. 102 TFUE¹⁶⁴. Tuttavia, tale intervento ha avuto un impatto limitato, come dimostrano le successive decisioni giurisprudenziali.

La tematica centrale relativa alla dottrina delle infrastrutture essenziali riguarda le ipotesi in cui il possessore di tali infrastrutture possa essere obbligato a consentire l'accesso alle imprese concorrenti, secondo quanto previsto dal diritto antitrust. Questo solleva interrogativi sia sulla concezione stessa del diritto di proprietà che sugli incentivi all'investimento nelle infrastrutture.

In questa prospettiva, emerge, quindi, chiaramente la necessità di stabilire dei confini definiti per quanto riguarda l'applicazione della dottrina delle infrastrutture essenziali. Non solo: questa problematica diventa ancora più complessa se si prende in considerazione le dinamiche dei mercati dell'energia. All'interno dell'Unione Europea le infrastrutture energetiche sono state costruite con il sostegno dei governi

¹⁶² Si veda, ad es., la decisione della Commissione del 27 agosto 2003, COMP/37.685 GVG/FS, che ha riguardato la denuncia dell'impresa ferroviaria tedesca *Georg Verkehrsorganisation GmbH* nei confronti di *Ferrovie dello Stato S.p.A.*, che si rifiutava di concedere l'accesso all'infrastruttura e di avviare le trattative con l'impresa tedesca. In questa decisione, la Commissione ha individuato, con precisione, i criteri per considerare un'infrastruttura essenziale, par. 120: «l'infrastruttura ferroviaria può essere considerata uno strumento essenziale. Le due condizioni che la rendono uno strumento essenziale, come affermato dal Tribunale di primo grado nella sentenza ENS (72), sono la sua indispensabilità e, se l'accesso non viene concesso, l'eliminazione di qualsiasi forma di concorrenza da parte dell'altro operatore».

¹⁶³ V. Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG et al.*, C-7/97.

¹⁶⁴ Il rifiuto mira a eliminare ogni forma di concorrenza sul mercato; il rifiuto non può essere oggettivamente giustificato; il servizio stesso è essenziale per l'attività del concorrente, senza alcun reale sostituto disponibile o potenziale per l'esercizio di quella determinata attività.

degli Stati in un periodo storico caratterizzato da monopoli nei mercati energetici nazionali.

Durante quest'epoca, quindi, l'impresa non si assumeva rischi particolarmente elevati in virtù sia del finanziamento statale che dei diritti di monopolio. A partire dagli anni '90, con la liberalizzazione dei mercati energetici e il venir meno dei monopoli e dei finanziamenti statali, le imprese non sono più propense, come lo erano in passato, ad investire nei mercati energetici, potendosi, infatti, ritrovare nelle condizioni di dover garantire l'accesso ai concorrenti della propria infrastruttura¹⁶⁵.

L'obiettivo finale da perseguire è quello di trovare un equilibrio tra l'efficienza a lungo termine e quella a breve termine. Sebbene quest'ultima possa essere raggiunta consentendo l'accesso alle infrastrutture essenziali, in alcune situazioni questo potrebbe provocare effetti negativi per l'efficienza a lungo termine, specialmente per quanto concerne gli incentivi agli investimenti¹⁶⁶.

L'Unione Europea, diversamente da quanto è avvenuto negli Stati Uniti, ha privilegiato, quindi, un'interpretazione più favorevole della dottrina delle infrastrutture essenziali. Questa diversa interpretazione è dovuta alla diversa struttura di mercato, dal momento che quella statunitense è più adatta alla concorrenza. La diversa struttura del

¹⁶⁵ V. M. MOTTA, *Competition policy: theory and practice*, New York, 2004.

¹⁶⁶ V. le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella sentenza Bronner, *cit.*, par. 57: «In secondo luogo, la giustificazione, in termini di politica di concorrenza, di un'interferenza nella libertà di stipulare di un'impresa in posizione dominante spesso richiede un'attenta ponderazione di considerazioni contrapposte. Nel lungo periodo è generalmente a vantaggio della concorrenza e nell'interesse dei consumatori consentire ad un'impresa di riservare a sé stessa le proprie infrastrutture, sviluppate per i propri fini commerciali. Ad esempio, qualora si consentisse con eccessiva facilità l'accesso ad un'infrastruttura di produzione, acquisto o distribuzione, i concorrenti non sarebbero incentivati a predisporre infrastrutture concorrenti. In tal modo la concorrenza, incrementata nel breve periodo, diminuirebbe nel lungo periodo. Inoltre, un'impresa in posizione dominante sarebbe meno incentivata ad investire in infrastrutture efficienti qualora ai suoi concorrenti fosse consentito, su richiesta, di dividerne i vantaggi. Pertanto, il semplice fatto che un'impresa in posizione dominante conservi un vantaggio su un concorrente utilizzando un'infrastruttura in via esclusiva non può giustificare l'imposizione dell'obbligo di concedere l'accesso all'infrastruttura medesima».

mercato europeo ha fatto sì che fosse necessaria una diversa applicazione della dottrina delle infrastrutture essenziali, capace di sostenere la concorrenza dei mercati energetici.

3.3. *Il rifiuto a contrarre e la dottrina delle essential facilities*

Tra le diverse forme che può assumere la condotta integrante l'abuso di posizione dominante, sicuramente occupa un posto di rilievo il rifiuto ingiustificato a contrarre da parte del titolare dell'infrastruttura essenziale. Si tratta di una condotta che ha come unico obiettivo quello di estromettere un determinato soggetto dal mercato, e si sostanzia con il rifiuto dell'impresa in posizione dominante di contrarre, vendere ovvero continuare a fornire beni o servizi ad una determinata impresa concorrente.

Sebbene il principio di libertà di iniziativa economica, protetto a livello costituzionale, ammetterebbe la possibilità di scegliere i propri contraenti e di definire le condizioni contrattuali, è altresì vero che tale libertà non è assoluta, ma può andare incontro a limitazioni. Un caso riguarda, precisamente, il rifiuto a contrarre da parte dell'*incumbent* (comportamento di per sé non vietato, purché questo non risulti in contrasto con altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti) perseguendo come unico scopo quello di escludere i concorrenti dal mercato¹⁶⁷.

L'ordinamento italiano, da quanto è già emerso dai paragrafi precedenti, è rimasto fino al 1990 senza una disciplina antitrust, lacuna parzialmente mitigata dalla normativa anticoncorrenziale contenuta nei trattati europei.

¹⁶⁷ Cfr. V. MANGINI e G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2000: «si tratta di un comportamento che non è vietato *per se*, ma solo nella misura in cui si dimostri che il comportamento negoziale in oggetto è privo di ogni valida giustificazione sul piano economico e non può essere altrimenti spiegato se non con l'intento di avvantaggiare taluni contraenti a danno di altri».

Il legislatore aveva già individuato, però, nel codice civile del 1942 delle situazioni in cui sussisteva un obbligo a contrarre e un obbligo di assicurare un trattamento paritario a tutte le parti coinvolte. Un generale obbligo a contrarre è sancito, infatti, dall'art. 2597 c.c.¹⁶⁸, che stabilisce un preciso dovere per il monopolista legale a trattare con chiunque richieda i servizi o prodotti dell'impresa, garantendo un trattamento equo e paritario a tutte le parti. Questa disposizione, quindi, costituisce un importante vincolo alla libertà contrattuale, specialmente con riguardo alla modalità di formazione dell'accordo tra le parti.

Il monopolista legale non ha il diritto, di conseguenza, a selezionare la controparte, ma è tenuto a trattare con chiunque intenda acquistare il proprio bene o servizio. La norma non fa riferimento alla fase esecutiva, ma si applica soltanto nella fase precontrattuale.

È importante sottolineare, però, che la negoziazione tra le parti rimane un elemento cruciale: la libertà contrattuale è soggetta sì a limitazioni, ma non è completamente eliminata. Il monopolista sarà tenuto a trattare con coloro che intendono acquistare il suo bene o servizio, ma questo non elimina il fatto che il monopolista potrà indicare le condizioni contrattuali, purché queste non siano inique o discriminatorie.

Il legislatore italiano, quindi, ha preferito favorire le esigenze dei consumatori, assegnando loro un diritto a contrarre, piuttosto che fornire strumenti per risolvere eventuali conflitti tra imprese.

La giurisprudenza, però, non ha mai accettato un'interpretazione estensiva della disposizione, avendo il timore di compromettere il principio fondamentale della libertà contrattuale. In questo modo si viene a creare una situazione singolare, perché mentre le disposizioni del codice civile vengono interpretate in modo estremamente limitato,

¹⁶⁸ Secondo cui: «Chi esercita un'impresa in condizione di monopolio legale ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento». V. anche l'art. 1679 c.c. che prevede un obbligo di trasporto per i servizi pubblici di linea.

portando inevitabilmente a una restrizione del loro ambito di applicazione, al contrario, si osserva nell'ordinamento italiano una produzione normativa tale da introdurre, seppur in modo più o meno implicito, obblighi contrattuali simili alle disposizioni del codice civile¹⁶⁹.

Il rifiuto a contrarre da parte di un'impresa in posizione dominante, quindi, non sempre si configura come una condotta abusiva. Affinché tale rifiuto possa essere considerato abusivo, la dottrina ritiene che devono essere soddisfatte tre condizioni: (i) il rifiuto a contrarre deve provenire da un'impresa titolare di una posizione dominante; (ii) esso deve produrre un effetto distorsivo tale da alterare la concorrenza sul mercato; (iii) e, infine, non deve essere giustificato dal perseguimento di un interesse legittimo dell'impresa monopolistica stessa¹⁷⁰.

La Commissione ha identificato come condotta abusiva anche situazioni in cui, pur non essendoci un rifiuto esplicito, l'impresa dominante imponga condizioni di fornitura che risultino sostanzialmente inaccettabili (ad es. prezzi eccessivamente onerosi, condizioni discriminatorie, ritardi indebiti, ecc.). Questi casi sono stati definiti come forme di rifiuto costruttivo¹⁷¹ e possono essere considerati abusi di posizione dominante.

Nella maggior parte dei casi, una prima tipologia di rifiuto a contrarre riguarda le ipotesi in cui l'impresa in posizione dominante

¹⁶⁹ Cfr. C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, p. 97 ss.

¹⁷⁰ La Corte di Giustizia ha riconosciuto questo principio nella sentenza del 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal B.V. c. Commissione delle Comunità europee*, cit., p. 260-261: «Il fatto di detenere una posizione dominante non può privare l'impresa interessata del diritto di salvaguardare — allorché la sua condotta venga criticata — i propri interessi commerciali ragionevoli e le si deve concedere, in misura ragionevole, la facoltà di compiere gli atti ch'essa giudica opportuni per tutelare detti interessi commerciali».

¹⁷¹ V. la Comunicazione della Commissione del 24 febbraio 2009, C 45/7, par. 79: «Analogamente, non è necessario un rifiuto effettivo da parte di un'impresa dominante: è sufficiente un «rifiuto costruttivo». Il rifiuto costruttivo potrebbe, ad esempio, consistere in ritardi indebiti o in altre forme di danneggiamento della fornitura del prodotto o nell'imposizione di condizioni irragionevoli in cambio della fornitura».

vuole estromettere dal mercato l'impresa destinataria del rifiuto. Tuttavia, sussiste anche una seconda tipologia in cui il rifiuto è rivolto ad un'impresa terza (diversa da quella intenzionata a concludere l'accordo) che non è il principale obiettivo dell'impresa in posizione dominante. In questi casi, l'azione dell'impresa dominante è volta a eliminare indirettamente dal mercato un soggetto terzo.

Il primo genere di rifiuto riguarda quelle ipotesi in cui l'obiettivo dell'*incumbent* è quello di colpire il mercato a valle in modo tale da rafforzare la propria posizione. Questo genere di situazioni include, quindi, i casi in cui l'impresa in posizione dominante è titolare di una risorsa essenziale nel mercato per la produzione di un bene secondario e si rifiuta di concederne l'utilizzo al produttore del secondo prodotto, in modo tale da consolidare la propria posizione¹⁷².

Un esempio classico di rifiuto a contrattare è rappresentato dal comportamento di un'impresa che detiene una posizione dominante nel mercato delle materie prime o dei beni intermedi e si rifiuta di fornire tali beni, essenziali per la produzione di un prodotto finale. Secondo la giurisprudenza consolidata¹⁷³, non è legittimo motivare il rifiuto con l'intenzione dell'impresa dominante di entrare nel mercato del prodotto finito, mantenendo, allo stesso tempo, il controllo esclusivo sull'approvvigionamento del bene intermedio. In questo modo, l'*incumbent* sarebbe in grado di eliminare tutte le imprese a valle, garantendosi quel mercato.

Il secondo genere di rifiuto, sebbene sia rivolto ufficialmente a soggetti operanti a valle, è in realtà mirato a danneggiare la concorrenza nello stesso mercato in cui l'impresa ha già una posizione dominante, al

¹⁷² Cfr. R. SUBIOTTO, *The right to deal with whom one pleases under EEC competition law: a small contribution to a necessary debate*, in *European Competition Law Review*, 1992, p. 234 ss.

¹⁷³ Si veda, ad es., la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 6 marzo 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-6/73 e C-7/73.

fine di eliminare dal mercato i concorrenti orizzontali e affermare la propria posizione nel mercato¹⁷⁴.

Solitamente la condotta del rifiuto a contrarre genera una forma di esclusione di tipo verticale. Tale condotta coinvolge due mercati tra loro distinti e indipendenti, che entrano in contatto solo attraverso rapporti verticali. L'impresa a monte, che si trova in una posizione dominante, vende un determinato bene all'impresa a valle, che necessita di tale bene per la produzione di un prodotto o per la fornitura di un servizio, essenziale per l'esercizio della propria attività.

Lo sfruttamento di una posizione dominante si manifesta quando l'impresa a monte, quindi titolare della posizione dominante, cerca di ampliare la propria influenza economica dal mercato del bene principale a quello del bene secondario, avvalendosi del fatto che per produrre o commercializzare il bene secondario, il bene primario costituisce un elemento indispensabile¹⁷⁵.

Ne consegue, quindi, che un'impresa titolare di una posizione dominante su un mercato specifico può legittimamente rifiutarsi di fornire i suoi prodotti a imprese attive nella fase successiva del processo commerciale solo se tale comportamento è oggettivamente giustificato e privo, perciò, di qualsiasi intenzione di estromettere l'altra parte dal mercato.

Il rifiuto a contrarre è un comportamento che ha ricevuto una notevole attenzione da parte degli organi dell'Unione e che nella maggior parte delle ipotesi è stato considerato abusivo, nonostante non

¹⁷⁴ V., ad es., la decisione della Commissione del 29 luglio 1987, BBI/Boosey & Hawkes, caso IV/32279, in cui la casa editrice Boosey & Hawkes aveva adottato una serie di strategie volte a contrastare l'ingresso sul mercato della Brass Band Instruments Ltd, azienda intenzionata a mettere in commercio modelli precedenti di Boosey & Hawkes, sui quali erano scaduti i diritti di esclusiva.

¹⁷⁵ Una delle prime applicazioni del divieto di opporre un rifiuto a contrarre può essere rinvenuta in una sentenza della Corte di Giustizia del 6 marzo 1974, *cit.*, in cui l'impresa in posizione dominante si rifiutava di vendere il proprio bene all'impresa operante nel mercato del prodotto finito, poiché la prima intendeva entrare in quel mercato.

sia specificamente menzionato negli articoli 101 e 102 TFUE, che trattano delle pratiche anticoncorrenziali¹⁷⁶. Esso viene comunque ricondotto all'art. 102 TFUE, lettera c)¹⁷⁷.

Indipendentemente dalla qualificazione giuridica, dovevano essere considerate vietate tutte le forme di rifiuto non giustificate da motivazioni oggettive e che miravano esclusivamente a escludere altri soggetti dal mercato o ad alterare la concorrenza.

La prassi europea tendeva a condannare il semplice atto del rifiuto, senza considerare gli impatti sul sistema competitivo del mercato. Non si teneva conto degli effetti dannosi sulla concorrenza derivanti dal rifiuto, come ad esempio l'aumento dei prezzi o la riduzione della produzione. Ciò che si evidenziava era il rischio di eliminazione di un concorrente, indipendentemente dal suo ruolo o dalla sua importanza sul mercato¹⁷⁸.

Parallelamente, non si consideravano affatto gli effetti positivi e i benefici che potevano derivare per i consumatori dall'eliminazione del concorrente¹⁷⁹. Sembra, quindi, che la disciplina sul rifiuto a contrarre mirava principalmente a preservare la presenza dei concorrenti sul mercato anziché ad assicurare un'effettiva competizione sostenibile nello stesso.

Tuttavia, si assiste ad una modifica di questa posizione grazie a decisioni rese in campo europeo. La Corte di Giustizia e la Commissione, attraverso due pronunce¹⁸⁰, sembrano essere andate a

¹⁷⁶ Cfr. A. FRIGNANI et al., *Diritto antitrust italiano: Commento alla Legge n. 287 del 10 ottobre 1990*, Bologna, 1993.

¹⁷⁷ «nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza».

¹⁷⁸ Cfr. V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003, p. 46 ss.

¹⁷⁹ Cfr. P. JEBSEN e R. STEVENS, *Assumptions, Goals and Dominant undertakings: the Regulation of Competition under article 86 of the European Union*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 64, no. 3, 1996, p. 443 ss.

¹⁸⁰ V., in tal senso, la decisione della Commissione del 29 luglio 1987, *cit.*, e la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 3 ottobre 1985, *SA Centre*

limitare la definizione di abuso, anticipando le teorie della dottrina delle infrastrutture essenziali. In queste decisioni, i due organi condannano il rifiuto a contrarre identificandolo come una strategia contrattuale scorretta e non tanto per essere una mera interruzione dei rapporti contrattuali in corso. Lo scopo di tale strategia è quello di riservare all'impresa dominante o a una sua controllata l'esercizio di un'attività che, quindi, viene preclusa ai terzi.

Di conseguenza, la Corte e la Commissione ritengono illecito non solo la condotta finalizzata ad eliminare il concorrente dal mercato, ma anche la negazione dell'accesso a tale mercato da parte di terzi potenziali concorrenti.

Nei casi di specie, le pronunce formulano questo criterio di verifica della potenzialità della condotta a negare l'accesso al mercato da parte di terzi, ma nuovamente basano la decisione avendo come riferimento l'eliminazione della concorrenza da parte dell'impresa interessata¹⁸¹. Solo con l'evoluzione della giurisprudenza successiva avverrà una modifica di tale impostazione che era volta unicamente a salvaguardare i concorrenti sul mercato.

Tuttavia, poiché è difficile determinare in anticipo quali situazioni possano oggettivamente giustificare il rifiuto, il compito dell'interprete sarà quello di analizzare ogni caso specifico considerando la struttura del mercato, il comportamento dei concorrenti e delle controparti

belge d'études de marchés — télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicité Benelux (IPB), C-311/84. In quest'ultima decisione, in particolare, la Corte non si concentra solo sull'analisi degli effetti anticoncorrenziali della condotta tenuta dall'impresa in posizione dominante, ma analizza anche la potenzialità della condotta di falsare la concorrenza.

¹⁸¹ V. le conclusioni della Sentenza della Corte del 3 ottobre 1985, *cit.*, par. 27: «[...] costituisce abuso ai sensi dell'art. 86 il fatto che l'impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato si riservi o riservi ad un'impresa appartenente allo stesso gruppo, e senza necessità obiettiva, un'attività ausiliaria che potrebbe esser svolta da una terza impresa nell'ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa».

dell'impresa dominante, nonché valutare se il rifiuto possa pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

Ci si chiede però fino a che punto l'imprenditore debba soddisfare le richieste che gli vengono presentate, considerando i limiti quantitativi della propria attività. La dottrina, infatti, si era posta il quesito se l'imprenditore in posizione dominante avesse un obbligo ad accettare tutte le offerte ricevute in proporzione alla propria capacità produttiva effettiva ovvero se, al contrario, dovesse organizzare la propria attività in modo tale da soddisfare le diverse esigenze che gli venivano prospettate.

A questo riguardo, si è concluso affermando che l'imprenditore abbia un obbligo di organizzarsi, ponendo in essere quelle attività preliminari necessarie affinché egli possa garantire il soddisfacimento di tutte le diverse esigenze di beni o servizi che gli vengono proposte, all'interno, però, di termini ragionevoli e prevedibili.

In dottrina, tuttavia, è stato osservato che per configurare un comportamento abusivo non è necessario che l'impresa titolare di una posizione dominante abbia volontariamente limitato la concorrenza. Ciò significa che un rifiuto a contrarre da parte di un'impresa in posizione dominante può essere considerato abusivo anche se non è stato formulato con l'intento esplicito di escludere un concorrente dal mercato, purché però produca effettivamente un impatto anticoncorrenziale.

3.3.1. Segue: *Considerazioni critiche relative all'applicazione dell'essential facilities doctrine*

La dottrina dell'*essential facilities*, sviluppata negli Stati Uniti nel contesto delle leggi antitrust relative all'accesso alle infrastrutture essenziali, afferma che le imprese titolari di un'infrastruttura sono tenute a mettere tali infrastrutture a disposizione di coloro che ne hanno

bisogno o ne fanno richiesta, applicando condizioni eque o richiedendo un compenso equo, purché si tratti di infrastrutture non facilmente duplicabili per motivi economici o giuridici¹⁸².

Secondo alcuni studiosi¹⁸³, dal momento che la dottrina delle *essential facilities* non ha caratteristiche specifiche e autonome, ad essa si applicherebbero i principi generali stabiliti dalla legislazione antitrust, inclusi, di conseguenza, quelli relativi all'abuso di posizione dominante, considerando che il detentore dell'infrastruttura si trova in una posizione di dominio nel settore di riferimento. Non sussisterebbe, quindi, nessuna differenza tra la fattispecie dell'abuso di posizione dominante e la dottrina delle infrastrutture essenziali.

Secondo un'altra corrente di pensiero¹⁸⁴, ci sarebbe una sostanziale differenza tra la dottrina delle infrastrutture essenziali e l'abuso di posizione dominante. Questa differenza implica un certo grado di autonomia tra i due concetti. Mentre l'abuso di posizione dominante si concentra sui comportamenti dei contraenti in un mercato specifico, senza considerare la proprietà dei beni offerti sul mercato, la dottrina delle infrastrutture essenziali riguarda direttamente il diritto di proprietà dei beni.

Questi beni, considerati essenziali, vengono sottratti alla libera disponibilità del possessore, poiché sono ritenuti fondamentali per il funzionamento del mercato. Secondo tale impostazione, quindi, l'infrastruttura essenziale dall'impresa non viene offerta sul mercato, ma, al contrario, viene unicamente utilizzata per l'esercizio della propria attività economica¹⁸⁵.

¹⁸² Cfr. M. NEUMANN, *Competition policy*, Cheltenham Northampton, 2001.

¹⁸³ Cfr. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Minnesota, 1994.

¹⁸⁴ Cfr. L. Vasquez, *Essential facilities doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull'abuso di posizione dominante: spunti problematici*, in *Concorrenza e mercati*, Milano, 1998.

¹⁸⁵ Cfr. G. Guglielmetti, "Essential facilities", rifiuto di accesso e abuso di posizione dominante: prime decisioni dell'Autorità Garante e prerogative, in *Concorrenza e mercati*, Milano, 1996.

Secondo questa linea di pensiero, diventa necessario indicare i limiti di applicazione della dottrina delle infrastrutture essenziali. Ciò è necessario per evitare che le autorità antitrust esercitino un potere di regolamentazione sulle infrastrutture essenziali che non spetta loro – a causa dell’equiparazione di questa figura alla fattispecie dell’abuso di posizione dominante – con la conseguente applicazione delle relative disposizioni.

È necessario, quindi, che la dottrina delle infrastrutture essenziali sia applicata in modo razionale onde evitare, senza adeguata giustificazione, una compressione del diritto di proprietà spettante al titolare dell’infrastruttura, nonché il conferimento alle autorità antitrust di un potere regolamentare che esula dalle loro competenze specifiche¹⁸⁶.

Nel famoso caso “Chiquita”¹⁸⁷ del 1978, la Corte di Giustizia ha emesso una decisione che risulta emblematica per il tema in questione. In questa circostanza, la Corte ha preso in esame un caso in cui l’impresa in posizione dominante aveva interrotto le forniture di banane con marchio “Chiquita” a un cliente di lunga data per il solo fatto di aver preso parte a una campagna promozionale relativa a un prodotto concorrente. Nella sentenza, infatti, la Corte ha affermato che l’impresa dominante non ha il diritto di interrompere le forniture nei confronti di un cliente abituale che rispetta le consuetudini commerciali ed emette ordini regolari¹⁸⁸.

¹⁸⁶ V. S. BASTIANON, *cit.*, p. 64: «Sul versante comunitario l’elaborazione giurisprudenziale in materia di *essential facilities* [...] registra già una serie di pronunce in grado di orientare l’interprete, pur residuando diversi lati oscuri in merito al punto esatto ove tracciare la linea di confine tra l’obbligo di contrarre imposto dall’art. 82 UE [l’attuale art. 102 TFUE] all’impresa in posizione dominante e il fondamentale principio di libertà di iniziativa economica».

¹⁸⁷ V. Sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea del 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal B.V. c. Commissione delle Comunità europee*, *cit.*

¹⁸⁸ Par. 182: «un’impresa la quale detenga una posizione dominante per la distribuzione di un dato prodotto — che goda del prestigio di un marchio noto ed apprezzato dai consumatori — non ha facoltà di sospendere le forniture a un vecchio

3.3.2. Il caso “*Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE*” e l’accesso privilegiato allo sfruttamento della lignite

La sentenza *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE*¹⁸⁹ si inserisce nel quadro più ampio della liberalizzazione dei mercati energetici europei e si occupa dell’assegnazione o concessione, tramite interventi statali, di privilegi esclusivi ad un’impresa presente sul mercato e dei suoi impatti sulla concorrenza.

La decisione della Corte di Giustizia analizza anche due aspetti interconnessi: da una parte, l’importanza attribuita alla presenza di un provvedimento statale che conferisce tali privilegi e se la presenza di tale provvedimento possa essere considerata una giustificazione per il comportamento anticoncorrenziale dell’impresa; dall’altra parte, se sia necessario dimostrare un comportamento abusivo effettivo per stabilire la violazione del diritto della concorrenza.

La controversia originava dalla decisione del governo greco di concedere ad una società di proprietà pubblica, la *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE* (DEI), il diritto esclusivo di ricerca e sfruttamento della lignite, un combustibile fondamentale per la produzione di energia elettrica. Questa decisione sollevava preoccupazioni riguardo alla concorrenza nel settore dell’energia, poiché avrebbe potuto creare disuguaglianze nell’accesso ai combustibili tra gli operatori economici e rafforzare la posizione dominante nel mercato dell’energia elettrica.

Nel 2008, la Commissione aveva emesso una decisione¹⁹⁰ affermando che la Grecia aveva violato l’art. 86, par. 1 (attuale art. 106

cliente, ligio agli usi commerciali, se gli ordini di detto cliente non presentano alcunché di anormale».

¹⁸⁹ V. Sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea del 17 luglio 2014, *Commissione europea, sostenuta da Mytilinaios AE, Protergia AE, Alouminion AE c. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI), Repubblica Ellenica, Energeiaki Thessalonikis AE, Elliniki Energeia kai Anaptyxi AE (HE & DSA)*, C-553/12 P.

¹⁹⁰ V. Decisione della Commissione del 5 marzo 2008, C(2008) 824.

TFUE¹⁹¹), in combinato disposto con l'art. 82 (attuale art. 102 TFUE), concedendo alla DEI un accesso privilegiato allo sfruttamento della lignite. Di conseguenza, la Commissione aveva richiesto provvedimenti correttivi per mitigare gli effetti negativi sulla concorrenza.

La DEI, però, sulla base di 4 motivi¹⁹² presentava ricorso¹⁹³ avverso tale decisione davanti al Tribunale. Il Tribunale accoglieva il ricorso della DEI e annullava la decisione della Commissione¹⁹⁴. La Commissione, di conseguenza, si rivolgeva alla Corte di Giustizia affinché si pronunciasse sull'annullamento della decisione e sulla sentenza successiva emessa dal Tribunale.

La vicenda aveva avuto inizio nel 2003 con una segnalazione da parte di un privato, che metteva in luce come la Repubblica Ellenica avesse assegnato alla DEI, senza procedimenti di gara pubblica¹⁹⁵, una licenza esclusiva per la ricerca e lo sfruttamento della lignite. Questa licenza conferiva alla DEI diritti di sfruttamento che coprivano il 91% di tutti i giacimenti pubblici di lignite.

Secondo la Commissione, la concessione della licenza alla DEI da parte della Repubblica Ellenica creava una situazione quasi monopolistica per l'impresa, sia nel settore estrattivo della lignite che nella produzione di energia elettrica. La posizione privilegiata garantita alla DEI le permetteva di scoraggiare l'ingresso di nuovi concorrenti sul mercato, limitando così la concorrenza e impedendo la liberalizzazione del mercato dell'elettricità.

¹⁹¹ «Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi».

¹⁹² V. *infra* nel testo.

¹⁹³ V. il ricorso proposto il 13 maggio 2008, *DEI c. Commissione*, causa T-169/08.

¹⁹⁴ V. Sentenza del Tribunale del 20 settembre del 2012, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) c. Commissione*, T-169/08.

¹⁹⁵ V. il decreto legislativo greco n. 4029/1959, del 12 e 13 novembre 1959 (FEK A' 250) e della legge greca n. 134/1975, del 23 e 29 agosto 1975 (FEK A' 180).

In questo contesto, i diritti concessi alla DEI, essendo privi di qualsiasi compensazione finanziaria e generando una disparità di opportunità tra gli operatori economici, erano considerati dalla Commissione come fattori di distorsione della concorrenza e, pertanto, era necessario modificarli¹⁹⁶.

In particolare, la Commissione evidenziava come la decisione della Repubblica Ellenica di concedere alla ricorrente tale licenza avrebbe permesso alla DEI di preservare la sua posizione quasi monopolistica sul mercato, ostacolando la liberalizzazione del mercato all'ingrosso dell'elettricità e consolidando la sua posizione dominante. La Commissione aveva, dunque, richiesto alla Repubblica Ellenica di adottare specifici rimedi per correggere gli effetti anticoncorrenziali dei provvedimenti statali controversi (e di comunicare le misure adottate per correggere tali effetti) entro otto mesi dalla notifica della decisione.

La DEI aveva impugnato la decisione della Commissione presentando un ricorso al Tribunale, basando la sua argomentazione su quattro motivi:

1. Il primo motivo, articolato in cinque punti distinti, evidenziava:
 - i*) un presunto errore manifesto nella definizione dei mercati; *ii*) la mancanza di estensione della posizione dominante dal mercato della fornitura di lignite al mercato all'ingrosso dell'elettricità; *iii*) l'assenza di una presunta disparità di opportunità a svantaggio dei nuovi concorrenti, sottolineando la normativa greca che conferisce alla DEI i diritti di sfruttamento della lignite; *iv*) la mancanza di estensione della posizione dominante dal mercato della fornitura di lignite al mercato all'ingrosso dell'elettricità; *v*) un presunto errore manifesto nella valutazione di sviluppi sul mercato greco dell'elettricità.

¹⁹⁶ Cfr. H. BJØRNEBYE, *Investing in EU Energy Security: Exploring the Regulatory Approach to Tomorrow's Electricity Production*, in *Kluwer law International*, Netherlands, 2010, p. 211 ss.

2. in secondo luogo, l'impresa sostiene che la Commissione, nell'emettere la decisione contestata, non ha adeguatamente rispettato le norme in materia di motivazione stabilite dall'art. 253 CE;
3. in terzo luogo, ha affermato che la decisione contestata viola i principi generali della certezza del diritto, del legittimo affidamento e della tutela della proprietà. Inoltre, sostiene che spetta al giudice valutare in che misura la Repubblica Ellenica abbia abusato del proprio potere;
4. in quarto luogo, infine, la parte ricorrente sostiene che la Commissione non ha osservato il principio di proporzionalità riguardo alle misure correttive proposte nella decisione contestata.

Di conseguenza, la parte ricorrente ritiene che la decisione della Commissione debba essere annullata poiché non era stata dimostrata l'esistenza di un legame diretto tra la posizione della ricorrente sul mercato della fornitura di lignite e la presunta infrazione sul mercato dell'elettricità.

Al contrario, la Commissione aveva evidenziato che la giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁹⁷ era concorde nel considerare sussistente una violazione dell'art. 106, in combinato disposto con l'art. 102, quando provvedimenti statali abbiano causato distorsioni nella concorrenza, creando disparità di trattamento tra gli operatori, senza che fosse necessario identificare specifiche pratiche abusive, effettive o potenziali.

La questione centrale della controversia su cui il Tribunale si è pronunciato era se la Commissione dovesse stabilire un abuso di posizione dominante, sia reale che potenziale, da parte della DEA,

¹⁹⁷ V., ad es., la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 22 maggio 2003, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH c. Telekom-Control-Kommission*, C-462/99; v. anche la Sentenza della Corte del 2 febbraio 1998, *Silvano Raso e altri*, C-163/96.

oppure se fosse sufficiente constatare che i provvedimenti statali adottati alteravano la concorrenza, generando una disparità di opportunità tra gli operatori economici a vantaggio della ricorrente.

I documenti confermavano che, sebbene ci fossero potenziali concorrenti della DEI, nessuno di loro aveva ottenuto diritti di sfruttamento dei giacimenti di lignite dallo Stato greco. Tuttavia, il Tribunale stabiliva che questa situazione dipendeva interamente dalle azioni dello Stato greco e che non potesse essere imputata alla ricorrente. Secondo il Tribunale, la DEI aveva semplicemente sfruttato i giacimenti su cui aveva diritti, senza alcun coinvolgimento nella concessione di tali diritti da parte dello Stato greco.

La Commissione non avrebbe, quindi, presentato prove a sufficienza per sostenere che il semplice esercizio dei diritti di sfruttamento da parte della DEI costituisca un abuso di posizione dominante. Non si può dedurre, infatti, che il mero vantaggio ottenuto grazie a un provvedimento statale rispetto ai concorrenti costituisca necessariamente un abuso di posizione dominante. La decisione impugnata, quindi, veniva annullata, poiché secondo il Tribunale la Commissione non poteva dimostrare l'abuso di posizione dominante dell'impresa che poteva derivare o essere indotto dal provvedimento statale¹⁹⁸.

Secondo il Tribunale, perciò, la Commissione non aveva dimostrato, da una parte, l'applicabilità dell'art. 106 TFUE in combinato disposto con l'art. 102 TFUE e, dall'altra parte, non aveva considerato le altre imprese che operano nel mercato di riferimento, anch'esse in grado di porre in essere condotte anticoncorrenziali.

¹⁹⁸ V. par. 93 della Sentenza del Tribunale del 20 settembre del 2012, *cit.*: «Nel constatare semplicemente che la ricorrente, ex impresa monopolistica, continua a mantenere una posizione dominante sul mercato all'ingrosso dell'elettricità grazie al vantaggio che le conferisce l'accesso privilegiato alla lignite e che tale situazione pone in essere una disparità di opportunità su tale mercato tra la ricorrente e le altre imprese, la Commissione non ha né identificato né dimostrato a sufficienza a quale abuso, ai sensi dell'articolo 82 CE, il provvedimento statale di cui trattasi ha indotto o poteva indurre la ricorrente».

La Commissione, quindi, impugnava la sentenza del Tribunale presso la Corte di Giustizia, sulla base di due motivi, «relativi, quanto al primo, ad un errore di diritto nell'interpretare e applicare il combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE e, quanto al secondo, ad una motivazione lacunosa, imprecisa e insufficiente».

La Corte, nel riesaminare la questione, chiariva che il semplice atto con cui uno Stato crea una posizione dominante attraverso la concessione di diritti esclusivi non è di per sé contrario all'art. 102 TFUE. Tuttavia, gli Stati membri devono evitare di adottare o mantenere in vigore misure che possano eliminare le finalità perseguite da tale norma¹⁹⁹. Questo implica che è sufficiente dimostrare che gli effetti anticoncorrenziali, che possono essere potenziali o reali, si originino direttamente dal provvedimento statale, contrariamente a quanto era stato affermato nella sentenza del Tribunale.

Di conseguenza, la Corte respingeva l'argomentazione del Tribunale secondo cui la Commissione «non aveva né identificato né dimostrato a sufficienza a quale abuso, ai sensi dell'articolo 82 CE [art. 102 TFUE], il provvedimento statale di cui trattasi ha indotto o poteva indurre la DEI», conservando, in questo modo, una posizione dominante nel mercato all'ingrosso dell'elettricità grazie al privilegio ottenuto dall'accesso esclusivo alla lignite. Per queste ragioni, la Corte decideva di annullare la sentenza oggetto di contestazione e rinviava la causa al Tribunale per ulteriori considerazioni sui punti sollevati ma non trattati²⁰⁰.

¹⁹⁹ V. par. 46 della Sentenza del Tribunale del 20 settembre del 2012, *cit.*: «Una tale violazione può così essere constatata quando i provvedimenti statali di cui trattasi pregiudichino la struttura del mercato creando condizioni di concorrenza ineguali tra le imprese, permettendo all'impresa pubblica o all'impresa cui sono stati concessi diritti speciali o esclusivi di mantenere, ad esempio ostacolando l'ingresso di nuovi concorrenti su quest'ultimo, rafforzare ed estendere la sua posizione dominante su un altro mercato limitando così la concorrenza, senza che sia richiesta la prova dell'esistenza di una pratica abusiva reale».

²⁰⁰ Rispettivamente i punti uno, tre e cinque.

La rilevanza di questo caso risiede in due fattori principali: innanzitutto, esso si colloca all'interno del contesto più ampio della liberalizzazione dei mercati energetici in Europa, sottolineando l'importanza di rispettare appieno le norme antitrust per favorire l'apertura dei mercati stessi; in secondo luogo, fornisce un'opportunità unica per esaminare l'applicazione pratica di tali regole, in particolar modo per quanto riguarda gli articoli 106 e 102 TFUE.

Questa sentenza riguarda il mercato greco dell'energia e rappresenta uno dei quindici casi su cui la Commissione ha indagato negli ultimi anni a seguito della piena liberalizzazione del settore energetico²⁰¹. L'obiettivo era verificare eventuali comportamenti anticoncorrenziali che potessero ostacolare l'ingresso di nuovi operatori e intervenire di conseguenza.

Va altresì evidenziato che questa controversia presenta alcune caratteristiche distintive sia in termini di procedura che di contenuto.

Innanzitutto, è da sottolineare che si tratta di una delle poche sentenze in cui è possibile assistere all'applicazione dell'art. 106 TFUE. In aggiunta, il Tribunale si trova nella posizione di valutare una decisione della Commissione che si basa sull'applicazione congiunta degli articoli 106 e 102 TFUE.

Per concludere, la discussione su questo caso riguardante la lignite greca offre l'opportunità di esaminare più approfonditamente l'impatto dei diritti esclusivi conferiti dallo Stato non solo sul mercato dell'estrazione della lignite, ma anche su quello della produzione di energia elettrica, evidenziando gli effetti che tali diritti possono generare. Da questo punto di vista, emerge una disparità tra le decisioni assunte tra il Tribunale e la Corte.

La decisione del Tribunale di annullare la decisione della Commissione era basata sulla necessità di fornire ulteriori prove della

²⁰¹ V., ad es., le decisioni della Commissione: decisione del 26 novembre 2008, COMP/39.388; decisione del 18 marzo 2009, COMP/B-1/39.402; decisione del 14 aprile 2010, COMP/39.351.

condotta anticoncorrenziale, oltre al mero sfruttamento e mantenimento dei diritti esclusivi che erano stati assegnati all'impresa dal provvedimento statale.

Al contrario, la Corte ha sostenuto che tale prova non fosse indispensabile²⁰², poiché la detenzione effettiva di una posizione dominante, senza una giustificazione obiettiva, è vietata per legge dall'art. 106 in combinato con l'art. 102.

La divergenza che intercorreva tra le due decisioni era anche dovuta alla diversa interpretazione che i due organi giurisdizionali avevano attribuito al provvedimento statale.

Il Tribunale, nonostante abbia fatto riferimento a precedenti giurisprudenziali che sembravano sostenere la sua posizione, non ha attribuito adeguata importanza al fatto che, da una parte, in quelle stesse pronunce si affermava anche che non fosse indispensabile che l'abuso si verificasse effettivamente e, dall'altra parte, il fatto che il giudice nazionale non avesse riscontrato un abuso effettivo²⁰³.

La Corte, infatti, diversamente da quanto sostenuto dal Tribunale, riconosce una violazione combinata degli articoli 106 e 102 quando un provvedimento statale attribuisce diritti privilegiati, determinando una disuguaglianza di opportunità tra gli operatori economici nel mercato di

²⁰² V. il par. 68 della Sentenza della Corte del 17 luglio 2014, *cit.*: «Non è dunque necessario, come sostiene la DEI, che la Commissione dimostri, in tutti i casi, che l'impresa interessata gode di una situazione di monopolio o che il provvedimento statale di cui trattasi attribuisca alla medesima diritti esclusivi o speciali sul mercato vicino e distinto, o ancora che essa disponga di una qualsiasi competenza regolamentare. [...] deve essere escluso anche l'asserito obbligo, per la Commissione, di dimostrare l'impatto della violazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE sugli interessi dei consumatori, in quanto quest'ultimo articolo può d'altronde riferirsi alle pratiche che causano un danno arrecando pregiudizio ad una struttura di concorrenza effettiva».

²⁰³ V., ad es., la Sentenza della Corte di Giustizia del 1 luglio 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Stato Ellenico*, C-49/07 e citata nella sentenza del Tribunale. In particolare, al par. 49, la Corte afferma: «Per contro, uno Stato membro contravviene ai divieti posti da queste due disposizioni quando l'impresa di cui trattasi è indotta, con il mero esercizio dei diritti speciali o esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante o quando questi diritti sono atti a produrre una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere».

riferimento. Tale situazione consentirebbe all'impresa, quindi, di assumere una posizione dominante sul mercato e di distorcere la competizione, senza dover temere che gli venga contestato l'esercizio di una condotta anticoncorrenziale.

3.3.3. Il caso “*Bulgarian Energy Holding*”

Un episodio recente che ha portato all'applicazione dell'art. 102 TFUE in materia di abuso di posizione dominante ha riguardato il caso *Bulgarian Energy Holding*²⁰⁴, una controversia che coinvolge un presunto abuso di posizione dominante nel mercato bulgaro da parte della società *Bulgarian Energy Holding (BEH)*.

La sentenza del Tribunale dell'Unione Europea rappresenta un raro caso in cui è stata completamente annullata la decisione della Commissione²⁰⁵ inerente all'abuso di posizione dominante. La rilevanza di questo caso risiede nel suo significativo contributo all'analisi della causalità e delle prove nei casi di presunto abuso di posizione dominante.

La *BEH* è una società interamente controllata dallo Stato bulgaro, che aveva sotto la propria ala diverse controllate attive nel settore dell'energia, tra cui *Bulgargaz* e *Bulgartransgaz*. Le due società controllate dallo Stato bulgaro all'interno della *BEH* operavano, rispettivamente, come fornitori pubblici di gas e gestori dei sistemi di trasporto e stoccaggio del gas nel paese.

In Bulgaria, il gas naturale proveniva principalmente da due fonti: la produzione nazionale e le importazioni dalla Russia. Dal momento che la produzione nazionale era limitata, il paese dipendeva

²⁰⁴ V. Sentenza del Tribunale del 25 ottobre 2023, *Bulgarian Energy Holding EAD, Bulgartransgaz EAD e Bulgargaz EAD* sostenuta da *Repubblica di Bulgaria c. Commissione Europea* sostenuta da *Overgas Inc.*, T-136/19.

²⁰⁵ V. Decisione della Commissione del 17 dicembre 2018, C(2018) 8806 final.

principalmente dalle importazioni russe per il suo approvvigionamento energetico. Il gas russo, per essere trasportato in Bulgaria, seguiva un percorso attraverso l'Ucraina e poi attraverso la Romania, principalmente utilizzando il gasdotto di transito numero uno²⁰⁶, gestito da *Transgaz*, l'ente responsabile del sistema di trasporto del gas in Romania.

Dal 1974, un accordo stipulato tra i predecessori di *Bulgargaz* e *Transgaz*²⁰⁷ regola le modalità di utilizzo del gasdotto rumeno uno. Nel 2005, attraverso un nuovo accordo, alla *Bulgargaz* è stato concesso l'accesso esclusivo al gasdotto fino alla fine del 2011; termine successivamente prorogato fino al 2016. *Bulgargaz* rappresentava, quindi, il principale importatore di gas russo in Bulgaria.

Nel 2010, la Commissione europea riceveva una denuncia informale presentata dalla società *Overgas*, un operatore attivo nel settore della fornitura del gas in Bulgaria, contro la *Bulgarian Energy Holding* e le sue due controllate, accusate di presunte violazioni delle regole di concorrenza dell'Unione Europea.

Il 17 dicembre 2018 la Commissione, a seguito di un'indagine, contestava a tali società che le azioni rappresentavano un abuso di posizione dominante sul mercato della fornitura di gas in Bulgaria²⁰⁸. In particolare, la Commissione concludeva che *BEH* e le sue controllate fossero responsabili di comportamenti finalizzati ad ostacolare e limitare l'ingresso di terze parti, compresa *Overgas*, alla rete nazionale

²⁰⁶ Il gas russo veniva trasportato in Bulgaria attraverso tre gasdotti. I gasdotti due e tre «confluivano nel territorio bulgaro, formando il gasdotto di transito bulgaro. Tale gasdotto veniva utilizzato per forniture limitate nel sud-ovest della Bulgaria e trasportava gas principalmente verso l'ex Repubblica iugoslava di Macedonia, la Grecia e la Turchia». Il gasdotto rumeno uno costituiva, quindi, l'unico mezzo praticabile per condurre il gas in Bulgaria al fine di soddisfare la domanda energetica della maggior parte del territorio bulgaro.

²⁰⁷ Rispettivamente, le società *Neftochim* e *Rompetrol*.

²⁰⁸ Cfr., in tal senso, K. Pantelidis, *A Case for Missing Minutes: Access to File and Rights of Defense under Judicial Review*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 15, n. 1, gennaio 2024, p. 14–24, consultabile online all'indirizzo <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpad066>

di distribuzione del gas, alla quale avevano ottenuto un accesso preferenziale grazie ad accordi statali, impendendo l'ingresso nei mercati bulgari della distribuzione del gas²⁰⁹.

Dopo la decisione della Commissione, la *BEH* e le sue controllate presentavano ricorso al Tribunale, chiedendone l'annullamento o, in alternativa, la riduzione dell'ammenda comminata. Attraverso tale ricorso, le imprese avanzavano sette motivi, tra cui la violazione dei loro diritti procedurali e della difesa. Il Tribunale conduceva una doppia analisi: da un lato, esaminava se vi fosse stata una violazione procedurale e, dall'altro, valutava gli effetti di tale violazione sui diritti di difesa delle imprese coinvolte²¹⁰.

Per quanto riguarda il primo punto (in merito all'esistenza di vizi procedurali) il Tribunale ribadiva i principi stabiliti nella recente giurisprudenza²¹¹, riguardanti gli obblighi della Commissione di registrare le sue interviste conformemente all'art. 19, par. 1, del regolamento 1/2003²¹² e all'art. 3 del regolamento 773/2004²¹³. Veniva precisato che, sebbene la Commissione avesse il diritto di escludere dal fascicolo elementi non pertinenti alla questione in esame, non era di sua

²⁰⁹ Durante il periodo che va dal 30 luglio 2010 al 1° gennaio 2015, è stata riscontrata un'infrazione dovuta al rifiuto di concedere l'accesso al gasdotto di transito rumeno uno, al sistema di trasporto del gas e alla stazione di stoccaggio del gas a Chiren a terzi, inclusa *Overgas*.

²¹⁰ V., in tal senso, la Sentenza del Tribunale del 25 ottobre 2023, *cit.*, par. 1152: «*For the purposes of the analysis, it must first be ascertained whether the Commission did in fact commit the procedural errors alleged by the applicants; if so, it will then be necessary to examine the consequences of such errors on their rights of defence*».

²¹¹ V., in tal senso, le Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 6 settembre 2017, *Intel Corporation Inc. c. Commissione europea*, *cit.*; del 15 giugno 2022, *Qualcomm Inc. c. Commissione europea*, T-235/18; e del 14 settembre 2022, *Google LLC e Alphabet, Inc. c. Commissione europea*, T-604/18.

²¹² Così: «Per l'assolvimento dei compiti affidatili dal presente regolamento, la Commissione può sentire ogni persona fisica o giuridica che vi acconsenta ai fini della raccolta di informazioni relative all'oggetto di un'indagine».

²¹³ Così: «Quando la Commissione sente una persona con il consenso di quest'ultima, ai sensi dell'articolo 19 del regolamento (CE) n. 1/2003, essa deve, all'inizio del colloquio, indicare la base giuridica e la finalità dello stesso e ricordarne la natura facoltativa. Essa informa inoltre la persona sentita qualora intenda effettuare una registrazione del colloquio».

esclusiva competenza determinare quali informazioni fossero rilevanti per la difesa delle imprese²¹⁴.

Di conseguenza, il Tribunale stabiliva che i colloqui conoscitivi non potessero essere esclusi dal fascicolo dell'indagine, né la Commissione potesse limitarsi a fornire sintesi sommarie che non offrirono una visione completa del contenuto delle discussioni e delle informazioni acquisite.

Il Tribunale rigettava, inoltre, l'argomento avanzato dalla Commissione secondo cui la decisione non si fondava sulle prove raccolte durante tali riunioni, poiché l'accesso al fascicolo richiede che le imprese esaminino tutti i documenti potenzialmente rilevanti per preparare la loro difesa.

Per quanto attiene, invece, alle conseguenze degli errori in relazione alla tutela dei diritti di difesa dei ricorrenti, il Tribunale, prendendo in considerazione le argomentazioni delle imprese in merito all'utilità dell'accesso alle registrazioni per una migliore preparazione della loro difesa, accoglieva il motivo, annullando così la decisione della Commissione²¹⁵.

Secondo il Tribunale, il gasdotto rumeno uno rappresentava un'infrastruttura essenziale per il trasporto del gas russo verso la Bulgaria, data l'assenza di alternative sostitutive, ma dal momento che la Commissione non aveva dimostrato che le azioni della *Bulgargaz* riguardanti l'accesso al gasdotto fossero la causa delle difficoltà incontrate dai terzi che richiedevano di trasportare gas dalla Russia

²¹⁴ V., in tal senso, la Sentenza del Tribunale del 25 ottobre 2023, *cit.*, par. 1158: «*Thus, whilst it is, admittedly, permissible to exclude from the administrative procedure evidence which has no relation to the allegations of fact and of law in the statement of objections and which therefore has no relevance to the investigation, it cannot be for the Commission alone to determine the evidence of use in the defence of the undertaking concerned*».

²¹⁵ V., in tal senso, la Sentenza del Tribunale del 25 ottobre, *cit.*, par. 1238: «*[...] the applicants have established to the requisite legal standard that, had the Commission not committed the procedural irregularity with regard to access to the information in the detailed minutes, they would have had access to information that could have enabled them better to ensure their defence*».

verso la Bulgaria attraverso tale gasdotto, il Tribunale ha annullato la decisione della Commissione.

Infatti, il Tribunale ha ritenuto che la decisione non fornisse prove sufficienti per provare che i concorrenti di *BEH* avessero formulato una richiesta esplicita di accesso al gasdotto per entrare nel mercato bulgaro della fornitura di gas. Il presunto rifiuto a contrarre non può eliminare completamente la concorrenza effettiva in un mercato se non vi è evidenza che i concorrenti abbiano richiesto esplicitamente l'accesso o se non vi è prova della loro intenzione di entrare in quel mercato.

Sebbene la *Bulgargaz* non fosse la proprietaria del gasdotto, questo era riservato esclusivamente al suo utilizzo, creando una posizione dominante della stessa sul mercato di riferimento. Tuttavia, il fatto che la Commissione non avesse fornito prove sufficienti per collegare il comportamento della *Bulgargaz* alle difficoltà riscontrate da terzi ai fini dell'accesso al mercato e la mancanza di accesso alle registrazioni da parte del gruppo *BEH* per difendersi adeguatamente dall'accusa di infrazione, violando così i suoi diritti di difesa, ha portato il Tribunale ad annullare la decisione della Commissione.

Il Tribunale, inoltre, sottolinea che anche ammettendo l'adozione da parte di *BEH* di pratiche anticoncorrenziali che potrebbero aver impedito l'accesso dei concorrenti alla rete di trasmissione e agli impianti di stoccaggio, ciò non avrebbe comunque ridotto la concorrenza. Tale conclusione è dovuta al fatto che i concorrenti non potevano accedere all'unico gasdotto disponibile per il trasporto del gas dalla Russia verso quegli impianti. Il Tribunale giunge alla conclusione che non vi è stata alcuna restrizione della concorrenza poiché anche senza le pratiche contestate, i concorrenti non avrebbero comunque potuto competere²¹⁶.

²¹⁶ V., in tal senso, la Sentenza del Tribunale del 25 ottobre 2023, *cit.*, par. 953: «[...] it [la Commissione] has not, however, established that that conduct was capable, and not merely hypothetically, of restricting competition and, in particular, of having exclusionary effects on the Bulgarian gas supply markets».

In vista di queste considerazioni, il Tribunale ha ritenuto che la Commissione non abbia fornito prove sufficienti per stabilire che il gruppo *BEH* abbia abusato della sua posizione dominante nel mercato della fornitura di gas in Bulgaria.

Conclusioni

Il presente elaborato si è concentrato sull'analisi della fattispecie dell'abuso di posizione dominante nel contesto del settore energetico, ponendo particolare attenzione all'accesso alle infrastrutture essenziali, una risorsa indispensabile al terzo imprenditore per l'esercizio della propria attività.

Il semplice fatto di detenere una posizione dominante non costituisce di per sé una violazione delle norme antitrust dell'Unione. Ciò che viene vietato è lo sfruttamento di tale posizione e, a tal fine, le norme antitrust hanno rappresentato la risposta degli ordinamenti al fenomeno dell'abuso del potere di mercato, il quale ha come principale obiettivo quello di compromettere la libertà stessa dei mercati.

La detenzione di una posizione dominante non garantisce il raggiungimento dell'obiettivo comune delle imprese sul mercato, ossia la massimizzazione del profitto. Infatti, le imprese titolari di tale posizione non godono della libertà d'azione sul mercato come suggerirebbe il principio della libera iniziativa economica. Al contrario, sono vincolate a trattare con i concorrenti e ad assicurare loro l'accesso alla propria infrastruttura.

Le restrizioni imposte alle imprese in posizione dominante non sono, però, il risultato di un mero arbitrio legislativo, ma riflettono la preoccupazione degli organi statali e dell'Unione Europea riguardo ai rischi che possono derivare dallo sfruttamento della posizione dominante in termini di minacce alla sana competizione tra i concorrenti nel libero mercato.

In questo quadro, alla Commissione sono state affidate competenze per far fronte a tali rischi. La Commissione gode del potere, da un lato, di punire le azioni che violano il diritto dell'Unione (sia da parte degli Stati membri che da soggetti privati) e, dall'altro lato, di portare di fronte alla Corte di Giustizia uno Stato membro inadempiente

rispetto agli obblighi imposti dalle normative dell'Unione, previa apertura della procedura di infrazione.

Nel corso dell'elaborato sono stati esaminati diversi casi per approfondire la questione dell'abuso di posizione dominante nel settore energetico, concentrandosi principalmente sull'accesso alle infrastrutture essenziali come gasdotti e reti di trasmissione elettrica. Da questi casi è stato possibile individuare le diverse strategie che sono state adottate dalle imprese al fine di impedire ai concorrenti di accedere a tali infrastrutture.

A partire dagli anni '90, con l'avvento della liberalizzazione dei mercati energetici e la progressiva scomparsa dei monopoli statali e dei finanziamenti pubblici, l'Unione Europea e i suoi Stati membri si sono trovati di fronte alla necessità di regolare una serie di nuovi comportamenti volti ad ostacolare questa liberalizzazione, con l'obiettivo di preservare il proprio controllo sul mercato.

Queste condotte sono state disciplinate per la prima volta negli Stati Uniti, dove fin dal tardo Ottocento è stato introdotto lo *Sherman Act*, una legislazione sofisticata ed efficace avverso tali condotte.

Questa legge antitrust costituisce anche il fondamento dell'*essential facilities doctrine*, teoria secondo la quale le imprese in posizione dominante sono tenute a garantire l'accesso da parte dei concorrenti alla propria infrastruttura.

La mancata adozione formale di questa dottrina è attribuita al potenziale contrasto con alcuni principi fondamentali universalmente riconosciuti in ogni ordinamento democratico (in particolare il principio della libera iniziativa economica e il diritto di proprietà).

Nonostante l'assenza di una formale adesione legislativa o giurisprudenziale alla dottrina è evidente che, in termini sostanziali, la giurisprudenza dell'Unione Europea ha riconosciuto l'essenza della dottrina stessa, che ha trovato applicazione in diverse situazioni.

Dall'esame dei casi affrontati nell'elaborato è possibile evidenziare come la teoria delle infrastrutture essenziali sia stata applicata, infatti, in più occasioni, anche se non è stata mai direttamente menzionata all'interno delle decisioni.

Per quanto riguarda i criteri per l'applicazione di questa dottrina, essi risultano simili sia nell'ambito della normativa antitrust degli Stati Uniti che in quella dell'Unione Europea, nonostante l'interpretazione della teoria non sia identica nei due ordinamenti: mentre negli Stati Uniti viene mantenuto un approccio più cauto, nell'Unione Europea la teoria viene applicata in modo più esteso.

La Commissione, infatti, accogliendo apertamente tale dottrina ha contribuito ad ampliarne l'ambito di applicazione, stabilendo che l'impresa in posizione dominante ha l'obbligo di concedere l'utilizzo dell'infrastruttura anche solo per evitare il rischio di trattamenti discriminatori o svantaggiosi per i concorrenti.

Nel caso in cui un imprenditore detenga una posizione dominante e controlli un'infrastruttura essenziale che non può essere replicata dai concorrenti e si rifiuti ingiustificatamente di concederne l'accesso – nonostante vi sia capacità inutilizzata disponibile per terzi – spetta alle autorità competenti (la Commissione europea o le autorità antitrust nazionali) valutare se sussistano le condizioni per l'applicazione delle normative riguardanti lo sfruttamento della posizione dominante.

È necessario riconoscere, però, che l'applicazione della normativa antitrust presenta alcune limitazioni. L'elaborato ha esaminato diversi casi in cui è stata riconosciuta o meno l'esistenza di una condotta anticoncorrenziale, ma non è stato possibile indicare con precisione tutte le potenziali forme di abuso di posizione dominante nel settore energetico in grado di alterare il libero gioco della concorrenza.

Tra le pratiche anticoncorrenziali più comuni esaminate nel corso dell'elaborato, il rifiuto a contrarre emerge come una delle più significative. Questa forma di abuso si manifesta quando il detentore

dell'infrastruttura essenziale nega l'accesso ai concorrenti, perseguendo come unico scopo quello di escluderli dal mercato. Tale pratica si concretizza attraverso il rifiuto dell'impresa in posizione dominante a concludere contratti, vendere o continuare a fornire beni o servizi a un'impresa concorrente, impedendole, in tal modo, di esercitare la propria attività.

È emerso, in particolare, come il rifiuto a contrarre da parte dell'*incumbent* non sia sempre illegittimo, ma che sia necessario verificare di volta in volta le motivazioni che stanno alla base di tale rifiuto. Se, infatti, un'impresa in posizione dominante si rifiuta di concedere l'accesso alla propria infrastruttura dal momento che sussiste un elevato rischio di non ricevere il pagamento a causa delle condizioni finanziarie dell'altro contraente, tale comportamento non sarà considerato anticoncorrenziale.

La dottrina, a tal riguardo, ha individuato tre criteri al fine di considerare il rifiuto illegittimo: il rifiuto deve provenire da parte di un'impresa che detiene una posizione dominante sul mercato; tale rifiuto deve causare distorsioni che possono compromettere la concorrenza nel mercato; e il rifiuto non deve essere giustificato da un interesse legittimo dell'impresa stessa.

Il settore energetico svolge un ruolo fondamentale nell'economia e nel benessere degli ordinamenti contemporanei. Comprendere le dinamiche dell'abuso di posizione dominante e sviluppare strategie per prevenirlo o contrastarlo è, quindi, essenziale al fine di promuovere un mercato energetico equo e competitivo, in cui tutti gli operatori economici sono in grado di esercitare liberamente la propria attività senza alcun tipo di discriminazione.

In conclusione, questo elaborato ha cercato di esaminare dettagliatamente l'abuso di posizione dominante nel settore energetico, concentrandosi principalmente sull'accesso alle infrastrutture essenziali. Da quanto è emerso risulta evidente l'importanza che

ricoprono le politiche antitrust e la regolamentazione concorrenziale al fine di garantire un mercato energetico equo e competitivo tra gli Stati membri dell'Unione.

Ringraziamenti

Al termine di questo lavoro, desidero esprimere la mia sincera gratitudine a tutte le persone che mi hanno accompagnato e sostenuto durante il mio percorso universitario e di scrittura della tesi.

Innanzitutto, vorrei esprimere la mia profonda riconoscenza al Professore Simone Marinai, il quale mi ha guidato lungo tutto il percorso di stesura della tesi. Il suo sostegno costante e i suoi preziosi consigli hanno contribuito in modo significativo alla conclusione di questo lavoro.

Desidero inoltre esprimere la mia gratitudine ai miei genitori e alla mia famiglia per il loro costante sostegno e incoraggiamento durante questo percorso. Un riconoscimento speciale lo devo a mio fratello Daniele, che mi ha sostenuto fin dal primo giorno e ha sempre cercato di aiutarmi nei momenti più difficili.

Senza alcun dubbio devo poi ringraziare il mio amico Matteo, con il quale ho condiviso numerosi momenti di gioia nel corso di questi anni. La sua presenza costante ha reso questo percorso ancora più prezioso e significativo.

Un ringraziamento speciale va anche ai miei amici e colleghi, i quali hanno condiviso con me gioie e fatiche di questo percorso accademico. Tra questi devo sicuramente ringraziare Sara, che mi ha aiutato a preparare molti esami e mi ha sostenuto durante tutto il percorso universitario.

Desidero poi esprimere un sentito ringraziamento a Benedetta, una compagna che ho avuto la fortuna di conoscere sin dal primo anno accademico. Nel corso di questi anni, abbiamo condiviso non solo lo studio, ma anche tanti momenti di allegria e risate. La sua presenza costante e il suo sostegno hanno reso questa avventura davvero speciale.

Infine, ma non per questo meno importante, desidero esprimere la mia gratitudine alla mia amica Giulia. Anche se ci siamo conosciuti solo negli ultimi mesi di questo percorso, è diventata subito una presenza preziosa per me. Il suo sostegno durante gli ultimi esami e la stesura della tesi è stato fondamentale, e per questo le sono profondamente grato.

Sono felice del percorso universitario che ho scelto di intraprendere. È stata un'avventura davvero straordinaria, che mi ha regalato molte soddisfazioni e mi ha dato la possibilità di incontrare persone fantastiche.

Bibliografia

Dottrina

ADAM R. e TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2022

ADINOLFI A. et al., *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007

ALESSI R., OLIVIERI G., *La disciplina della concorrenza e del mercato. Commento alla L. 10 ottobre 1990, n. 287 ed al regolamento CEE n. 4064/89 del 21 dicembre 1989*, Torino, 1991

AREEDA P., *Essential facilities: an epithet in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 58, no. 3, 1989

BASTIANON S., *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, p. 117

BJØRNEBYE H., *Investing in EU Energy Security: Exploring the Regulatory Approach to Tomorrow's Electricity Production*, in *Kluwer law International*, Netherlands, 2010, p. 211 ss.

CASOLARI F., *Diritto ad un pieno risarcimento*, in Aa. Vv., *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza, commento al d.lgs. n. 3/2017*, P. MANZINI (a cura di), Torino, 2017

DI PORTO F. e PODSZUN R., *Abusive practices in competition law*, Cheltenham, 2018

DONATIVI V., *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Milano, 1990

FRIGNANI A. e WAELBROECK M., *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Torino, 1996

FRIGNANI A. et al., *Diritto antitrust italiano: Commento alla Legge n. 287 del 10 ottobre 1990*, Bologna, 1993

FRISCHMANN B. e WEBER WALLER S., *Revitalizing essential facilities*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 75, n. 1, 2008

GHEZZI F. e OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Torino, 2019

GUGLIELMETTI G., “*Essential facilities*”, rifiuto di accesso e abuso di posizione dominante: prime decisioni dell’Autorità Garante e prerogative, in *Concorrenza e mercato*, Milano, 1996

HOVENKAMP H., *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Minnesota, 1994

JEBSEN P. e STEVENS R., *Assumptions, Goals and Dominant undertakings: the Regulation of Competition under article 86 of the European Union*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 64, no. 3, 1996, p. 443 ss.

KATSIFIS D., *The judgment of the Court of Justice in Servizio (C-377/20)*, in *The Platform Law Blog*, 23 maggio 2022

MANGINI V. e OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Torino, 2000

MARCHETTI P. e UBERTAZZI L. C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2012

MAROTTA M., *L’energia: normativa di settore nel panorama internazionale*, Torino, 2006

MELI V., *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi “non equi”*, Milano, 1989

- MELI V., *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003
- MOTTA M., *Competition policy: theory and practice*, New York, 2004
- NEUMANN M., *Competition policy*, Cheltenham Northampton, 2001
- OSTI C., *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004
- Pantelidis K., *A Case for Missing Minutes: Access to File and Rights of Defense under Judicial Review*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 15, n. 1, gennaio 2024, p. 14–24
- PAPPALARDO A., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Torino, 2018
- PARDOLESI R., *L'impresa in posizione dominante*, in BASTIANON S., *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, p. 39 ss.
- SLOT P. e JOHNSTON A., *An Introduction to Competition Law*, Oxford, 2006
- SUBIOTTO R., *The right to deal with whom one pleases under EEC competition law: a small contribution to a necessary debate*, in *European Competition Law Review*, 1992, p. 234 ss.
- VAN DEN BERGH R. e CAMESASCA P., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Londra, 2006
- VASQUEZ L., *Essential facility doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull'abuso di posizione dominante: spunti problematici*, in *Concorrenza e mercato*, Milano, 1998

Comunicazioni della Commissione Europea

Commissione, com. 9 dicembre 1997, C 372

Commissione, com. 22 giugno 2005, COM(2005) 265 definitivo

Commissione, com. 10 gennaio 2007, COM(2006) 851 definitivo

Commissione, com. 5 dicembre 2008, COM 2008/832

Commissione, com. 24 febbraio 2009, C 45/7

Commissione, com. 9 aprile 2009, C 85

Commissione, com. 8 marzo 2022, COM(2022) 108 final

Commissione, com. 18 maggio 2022, COM(2022) 230 final

Commissione, com. 31 marzo 2023, C 116

Decisioni della Commissione Europea

Commissione, dec. 29 luglio 1987, 87/500/CEE

Commissione, dec. 27 agosto 2003, COMP/37.685 GVG/FS

Commissione, dec. 5 marzo 2008, C(2008) 824

Commissione, dec. 26 novembre 2008, COMP/39.388

Commissione, dec. 18 marzo 2009, COMP/B-1/39.402

Commissione, dec. 8 luglio 2009, COMP/39.401

Commissione, dec. 14 aprile 2010, COMP/39.351

Commissione, dec. 24 maggio 2018, C(2018) 3106 final

Commissione, dec. 17 dicembre 2018, C(2018) 8806 final

Direttive del Parlamento Europeo e del Consiglio

Direttiva 19 dicembre 1996, 96/92/CE

Direttiva 22 giugno 1998, 98/30/CE

Direttiva 26 giugno 2003, 2003/54/CE

Direttiva 26 giugno 2003, 2003/55/CE

Direttiva 13 luglio 2009, 2009/72/CE

Direttiva 13 luglio 2009, 2009/73/CE

Direttiva 5 giugno 2019, 2019/944

Sentenze del Tribunale

Tribunale, sent. 20 settembre 2012, T-169/09, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) c. Commissione*

Tribunale, sent. 2 febbraio 2022, T-616/18, *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. c. Commissione*

Tribunale, sent. 25 ottobre 2023, T-136/19, *Bulgarian Energy Holding EAD, Bulgartransgaz EAD e Bulgargaz EAD sostenuta da Repubblica di Bulgaria c. Commissione Europea*

Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Corte di Giustizia, sent. 29 febbraio 1968, C-24/67, *società Parke, Davis & Co. c. società Probel, Reese, Beintema-interpharm e Centrafarm*

Corte di Giustizia, sent. 6 marzo 1974, cause riunite C-6/73 e C-7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione delle Comunità europee*

Corte di Giustizia, sent. 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal B.V. c. Commissione delle Comunità europee*

Corte di Giustizia, sent. 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione delle Comunità europee*

Corte di Giustizia, sent. 10 luglio 1980, C-37/79, *Anne Marty SA c. Estèe Lauder SA*

Corte di Giustizia, sent. 3 ottobre 1985, C-311/84, *SA Centre belge d'études de marchés — télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicité Benelux (IPB)*

Corte di Giustizia, sent. 3 luglio 1991, C-62/86, *Akzo Chemie BV c. Commissione delle Comunità europee*

Corte di Giustizia, sent. 27 aprile 1994, C-393/92, *Comune di Almelo e altri c. Energiebedrijf IJsselmij NV*

Corte di Giustizia, sent. 2 febbraio 1998, C-163/96, *Silvano Raso e altri*

Corte di Giustizia, sent. 26 novembre 1998, C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG et al.*

Corte di Giustizia, sent. 22 maggio 2003, C-462/99, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH c. Telekom-Control-Kommission*

Corte di Giustizia, sent. 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04, C-296/04, C-297/04 e C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni S.p.A., Cannito c. Fondiaria Sai S.p.A. e Tricarico e Murgolo c. Assitalia S.p.A.*

Corte di Giustizia, sent. 7 settembre 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron SA c. Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon*

Corte di Giustizia, sent. 1 luglio 2008, C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Stato Ellenico*

Corte di Giustizia, sent. 17 febbraio 2011, C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*

Corte di Giustizia, sent. 29 giugno 2012, T-370/09, *GDF Suez SA c. Commissione europea*

Corte di Giustizia, sent. 6 settembre 2017, C-413/14 P, *Intel Corporation Inc. c. Commissione europea*

Corte di Giustizia, sent. 16 ottobre 2019, C-189/18, *Glencore Agriculture Hungary Kft. c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága*

Corte di Giustizia, sent. 12 maggio 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale S.p.A., ENEL S.p.A., Enel Energia S.p.A. c. AGCM*

Corte di Giustizia, sent. 15 giugno 2022, T-235/18, *Qualcomm Inc. c. Commissione europea*

Corte di Giustizia, sent. 14 settembre 2022, T-604/18, *Google LLC e Alphabet, Inc. c. Commissione europea*

Corte di Giustizia, sent. 19 gennaio 2023, C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl c. AGCM*

Corte di Giustizia, sent. 11 gennaio 2024, C-371/22, *G sp. z o.o c. W S.A.*

Giurisprudenza statunitense

Corte d'Appello, sent. 17 maggio 1994, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), *MCI Telecommunications Corp. c. American Telephone & Telegraph Co.*

Corte Suprema, 22 aprile 1912, 224 US 383, *United States c. Terminal Railroad Association of St. Louis*

Corte Suprema, 13 gennaio 2004, 540 US 398 (2004), *Verizon c. Trinko*