



La Corte di giustizia rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura

Oreste Pallotta*

SOMMARIO: 1. Una fattispecie in desuetudine. – 2. La dottrina delle origini. – 3. Alcune tracce di permanenza dell'istituto fino alla pronuncia *Towercast*. – 4. Dubbi a margine.

1. Scomparsa dalla maggior parte delle più recenti trattazioni in materia di diritto europeo della concorrenza, pur con talune eccezioni¹, la fattispecie dell'abuso di struttura sembrava ormai relegata ad esercizi ricostruttivi o alla memoria di antitrustisti di lungo corso, al punto da far legittimamente dubitare della sua sopravvivenza a seguito dell'adozione dei due regolamenti europei sulle concentrazioni tra imprese succedutisi nel tempo.

* Professore Associato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo

¹ Si vedano P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2019, p. 169; P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino 2022, p. 31 ss. e 183 ss.; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, vol. II, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, Napoli, 2021, p. 234 ss.

O. Pallotta - La Corte rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura

Del tutto comprensibile allora che, nella recente vicenda *Towercast*², tanto l'autorità di concorrenza francese quanto il giudice del rinvio si siano posti il fondato dubbio della possibilità di valutare ancora oggi, sulla scorta di un esame *ex post* basato sull'art. 102 TFUE, un'operazione di concentrazione realizzata da un'impresa in posizione dominante, quantunque l'operazione di acquisizione del controllo in sé considerata risulti al disotto di qualsivoglia soglia di fatturato, tanto comunitaria quanto nazionale. In sostanza, ci si è chiesti se tutt'oggi esista o meno la fattispecie dell'abuso di struttura o si tratti di un istituto relegabile al passato.

Geneticamente formatasi nell'alveo del divieto di abuso di posizione dominante, sfruttandone il carattere di norma "in bianco"³, la fattispecie dell'abuso di struttura ha però da sempre scontato un certo carattere artificioso, volto più a supplire un significativo vuoto giuridico fintanto che, negli anni addietro, si è stati in assenza di una disciplina *ad hoc* dei fenomeni di crescita esterna delle imprese, che non a realizzare una sua naturale funzione precettiva.

Di conseguenza, non poteva che risultare fisiologica la progressiva scomparsa dei casi di applicazione di un simile istituto, in concomitanza con l'adozione ed applicazione progressiva delle regole specifiche sui *merger* e con l'introduzione del meccanismo del necessario controllo preventivo in luogo di quello successivo ed eventuale, tipico del divieto di abuso di posizione dominante.

Come oltremodo noto, difatti, è stato dapprima il Regolamento (CEE) n. 4064/89 a presentarsi come "*uno strumento giuridico nuovo*"⁴, volto a consentire un controllo effettivo delle operazioni di concentrazione incidenti sulla struttura concorrenziale del mercato interno; successivamente, è stato il regolamento (CE) n. 139/2004 ad introdurre "*uno strumento giuridico specifico*" di controllo delle concentrazioni di dimensione comunitaria che fosse "*il solo applicabile a tali concentrazioni*"⁵, pur restando in effetti sullo sfondo

² Sentenza della Corte del 16 marzo 2023, causa C-449/21.

³ Cfr. M. D'OSTUNI, M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Torino, 2021, p. 757, secondo i quali "pur avendo natura sostanzialmente penale, il divieto di abuso di posizione dominante è una norma incriminatrice aperta".

⁴ GUCE L 395 del 30 dicembre 1989; cfr. settimo cons.

⁵ GUUE L 24 del 29 gennaio 2004; cfr. sesto cons.

l'applicabilità astratta degli artt. 101 e 102 TFUE a talune ipotesi di operazioni societarie non suscettibili nel nuovo regime di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione UE⁶, così come nemmeno intercettabili dalle singole discipline nazionali in materia.

A valle dell'entrata in vigore di regole europee specifiche sul controllo *ex ante* delle operazioni di concentrazione, da sommarsi a quelle nazionali per il vaglio dei casi non rilevanti per l'ordinamento UE, appariva però piuttosto ragionevole abbandonare la forzatura del testo dell'art. 102 TFUE, volta a ricomprendervi anche mere operazioni di natura societaria che non riverberassero in comportamenti attivi e/o omissivi sui mercati interessati.

Senza stare qui a scomodare l'antica riflessione per cui tra il necessario ed il vietato sussiste sempre il possibile (la concorrenza, d'altronde, è spazio di libertà prim'ancora che di divieti), è la stessa lettera dell'art. 21, par. 1, del reg. 139/2004 sulle concentrazioni a stabilire che il reg. 1/2003 – contenente le regole di *public enforcement* degli artt. 101 e 102 TFUE – non è applicabile alle concentrazioni di dimensione comunitaria “*fuorché per imprese comuni che non hanno dimensione comunitaria ed hanno per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti*”⁷. In sostanza, l'immanenza in controtelaio delle norme di concorrenza dei trattati veniva più comprensibilmente ricondotta alle ipotesi di *joint venture* di tipo cooperativo, in cui è forte il rischio di condotte collusive annidate nelle pieghe dei meccanismi di organizzazione e funzionamento della stessa *JV*.

Per giunta, della fattispecie dell'abuso di struttura non si rinviene alcuna traccia nemmeno nelle recentissime modifiche apportate agli Orientamenti della Commissione europea sulle priorità

⁶ Cfr. il settimo cons. del reg. 139/04, secondo cui “gli articoli 81 e 82 [oggi 101 e 102], pur potendo essere applicati, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, a talune concentrazioni, non sono sufficienti a controllare tutte le operazioni che rischiano di rivelarsi incompatibili con il regime di concorrenza non falsata contemplato dal trattato”.

⁷ In proposito, si veda E. OCELLO, *Commento all'art. 21 del reg. 139/2004*, in F. ARENA, R. CHIEPPA (a cura di), *Codice della Concorrenza*, Milano, 2023, p. 54.

O. Pallotta - La Corte rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura

nell'applicazione dell'art. 102 TFUE⁸; e ciò nonostante le modifiche alla comunicazione puntino proprio ad un massiccio potenziamento dell'approccio sostanzialistico da parte della Commissione europea nell'applicazione dell'art. 102 TFUE, sulla base di un *enforcement* basato sugli effetti e mirato a ridurre sempre più l'area delle cd. "preclusioni anticoncorrenziali", da intendersi come tutte quelle situazioni "*in cui il comportamento dell'impresa dominante compromette una struttura concorrenziale effettiva, consentendo così all'impresa dominante di influenzare negativamente, a suo vantaggio e a danno dei consumatori, i diversi parametri della concorrenza, quali i prezzi, l'innovazione, la varietà o la qualità dei beni o dei servizi*"⁹.

2. Ripercorrendola dal punto di vista per così dire storico, la fattispecie dell'abuso di struttura nasce e si sviluppa in epoca embrionale del diritto comunitario della concorrenza per sopperire – come si accennava - al vuoto giuridico derivante dall'assenza di un quadro normativo specifico in tema di concentrazioni tra imprese.

Difatti, è con la nota pronuncia *Continental Can*¹⁰ che la fattispecie dell'abuso di struttura viene individuata nel "*fatto che un'impresa in posizione dominante rafforzi tale posizione al punto che il grado di dominio così raggiunto rappresenti un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante*" (punto 26). La Corte di giustizia, dunque, ritenne sufficiente – ai fini della configurazione dell'abuso – l'evento in sé della riduzione nei mercati interessati della concorrenza potenziale in ragione, non già di condotte attive od omissive realizzate dall'impresa in posizione dominante su quei mercati, ma della mera operazione societaria consistente nell'acquisizione del controllo dell'impresa concorrente e più precisamente "*il fatto che determinate imprese, collegandosi in*

⁸ Modifiche alla comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in GUEE C116 del 31 marzo 2023.

⁹ Cfr. par. 1.

¹⁰ Sentenza del 21 febbraio 1973, causa 6/72.

un'unità organica, possano raggiungere una posizione dominante tale da escludere in pratica qualsiasi seria possibilità di concorrenza" (punto 25).

In quest'ottica, l'abuso di struttura veniva fatto ricadere nel macro-alveo dei comportamenti escludenti, in quanto volto in definitiva all'eliminazione dei *competitor* non già mediante condotte attive e/o omissive rivolte contro di essi sul mercato di riferimento, bensì attraverso interventi strutturali nella loro stessa compagine societaria aventi l'effetto di allentarne le leve competitive. Nondimeno, nella delineazione fornita dalla c.d. dottrina *Continental Can*, l'abuso di struttura poteva al contempo porsi come illecito *antitrust* di sfruttamento, dal momento che *"a prescindere dalla colpa, si può infatti considerare abusiva la posizione dominante che giunga al punto di eludere gli obiettivi del trattato mediante una modifica così profonda della struttura dell'offerta da compromettere gravemente la libertà d'azione del consumatore sul mercato"* (punto 29)¹¹.

Quattro diventano, a questo punto, gli elementi sintomatici dell'abuso di struttura: (i) la quota di mercato complessivamente detenuta dalle imprese parti dell'operazione di concentrazione; (ii) le dimensioni societarie dei *competitor* rimasti indipendenti; (iii) il grado di concorrenza potenziale residua esercitata da parte dei concorrenti diretti e di quelli indiretti, (iv) il livello di potere di contrasto degli acquirenti rispetto al nuovo gruppo derivante dall'operazione societaria.

In tale prospettiva, l'abuso diviene quindi *in re ipsa*, dovendo essere rintracciato nel fatto stesso del consolidamento della posizione dominante detenuta dalla medesima impresa acquirente, senz'alcun altro reale accertamento aggiuntivo¹²; in questo senso – prosegue la

¹¹ Cfr. P. MANZINI, *op. cit.*, secondo cui "la rilevanza della tutela del consumatore finale nel contesto dell'art. 102 è stata ampliata dalla Corte nella sentenza *Continental Can* [...] I consumatori dunque sono l'oggetto di tutela dell'art. 102, sia quando sono colpiti direttamente dagli effetti della pratica abusiva [...] sia quando lo sono indirettamente, attraverso pratiche che pregiudicano i concorrenti dell'impresa dominante, rafforzando il grado di controllo del mercato di quest'ultima"; p. 31.

¹² Conferma di tale lettura si rinviene autorevolmente in G. TESAURO, *op. cit.*, il quale – in commento alla pronuncia in questione – sostiene che "l'abuso può anche derivare dal semplice consolidarsi di una posizione dominante, attraverso

O. Pallotta - La Corte rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura

Corte – “*il problema [...] del nesso di causalità che dovrebbe esistere [...] fra la posizione dominante e il suo sfruttamento abusivo è irrilevante*” (punto 27). Unica condizione posta in definitiva dalla Corte di giustizia al suo approccio massimalista e funzionalista è che l'abuso – realizzatosi mediante l'utilizzo di operazioni societarie – conduca alla potenziale esclusione di “*qualsiasi seria possibilità di concorrenza*”.

Successivamente alla dottrina *Continental Can*, la forte esigenza di un *framework* settoriale in tema di concentrazioni nasceva dalla sommatoria di diverse esigenze; quantomeno di: (i) mantenere un controllo centralizzato delle principali operazioni di *M&A*, perché la politica di concorrenza rimanesse un *driver* di politica economica europea nonostante il generale processo di decentramento nell'applicazione delle norme *antitrust*; (ii) garantire un vaglio di tali operazioni con un adeguato grado di competenza tecnica, consentendo un buon livello di temperamento tra effetti anticompetitivi e guadagni di efficienza; (iii) assicurare alle imprese interessate un innalzamento del livello di certezza giuridica e di affidamento che - a differenza di un procedimento di controllo eventuale e successivo - un vaglio necessario e preventivo indubbiamente assicura.

Chiaro che nessuna di tali esigenze poteva dirsi soddisfatta in uno scenario di valutazione delle operazioni di concentrazione con la lentezza del divieto di abuso di posizione dominante; cosicché la fattispecie dell'abuso di struttura è divenuta via via recessiva.

3. Uno dei punti lasciati aperti dalla pronuncia *Continental Can* era peraltro legato alle soglie di rilevanza dell'abuso, rinvenendosi nella pronuncia talvolta riferimenti alla “*unità organica*” (da intendersi evidentemente come concentrazione), altre volte ad una più generica “*compenetrazione fra le imprese*”. In sostanza, la pronuncia seguiva un approccio il più funzionalista possibile, volto al raggiungimento di un regime di concorrenza piena e non falsata; in

l'acquisizione di un concorrente, al punto da creare un ostacolo oggettivo alla concorrenza e far dipendere il comportamento di eventuali altre imprese da quello dell'impresa dominante. Il rafforzamento della posizione dominante può esaurirsi in un abuso vietato dall'art. 102 TFUE indipendentemente dai mezzi e procedimenti utilizzati a questo fine” (p. 234).

quest'ottica ciò che rilevava era unicamente il rischio di “*escludere in pratica qualsiasi seria possibilità di concorrenza*” (punto 25), indipendentemente dai connotati formali dell'operazione societaria investigata.

Ancor più estensiva, invero, è stata la successiva interpretazione rinvenibile nelle conclusioni dell'Avvocato generale Mancini presentate il 17 marzo 1987 nel famoso caso *British American Tobacco Company*, secondo le quali “*per riconoscere l'esistenza di un abuso [...] l'entità del controllo posseduto non conta; conta che quest'ultima operi in modo da indebolire una concorrenza su cui la posizione da essa acquisita ha già avuto effetti negativi. Né è indispensabile che tale indebolimento sia sostanziale; decisivo, piuttosto, è che la condotta dell'impresa incida sensibilmente sul commercio tra gli Stati membri*” (punto 7).

Tuttavia, le conclusioni summenzionate vengono poi significativamente ridimensionate nella loro portata dalla susseguente pronuncia della Corte di giustizia¹³ che, occupandosi di un caso di partecipazione indiretta del 21,9% agli utili della diretta concorrente unitamente ad una serie di patti ancillari di mantenimento dell'equilibrio tra le parti, espressamente chiarisce che “*si potrebbe configurare un abuso di questa posizione solo se la partecipazione di cui trattasi si traducesse in un controllo effettivo dell'altra impresa o quanto meno in un'influenza sulla politica commerciale della stessa*” (punto 65).

Nella sentenza *British American Tobacco Company*, la Corte di giustizia fissa quindi il *threshold* per la configurabilità dell'abuso di struttura che, per la sua rintracciabilità, richiede necessariamente l'esistenza di un'operazione di concentrazione tra imprese.

Nondimeno, una parte della dottrina¹⁴ continua a rintracciare nell'abuso di struttura una sua funzione al di là delle fattispecie concentrative, ad esempio nei casi di acquisizione di importanti quote di minoranza nella compagine societaria del concorrente, con conseguente riduzione degli incentivi a competere da parte di quest'ultimo.

¹³ Sentenza del 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84.

¹⁴ Ad esempio, P. FATTORI, M. TODINO, *op. cit.*, p. 168 ss.

O. Pallotta - La Corte rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura

Alla luce di quanto precede e delle oscillazioni comunque rintracciabili in giurisprudenza, del tutto comprensibili appaiono quindi i dubbi interpretativi rimessi – col caso *Towercast* - ai giudici di Lussemburgo in ordine all'odierna attitudine dell'art. 102 TFUE a fungere da norma di chiusura del sistema, sussumendo al suo interno tutte le vicende societarie che né la nozione tecnica di concentrazione né le soglie di fatturato – comunitarie o nazionali – consentono di cogliere.

In particolare, i dubbi oggetto del rinvio riguardavano la possibilità per le autorità nazionali di concorrenza di valutare *ex post* – sulla base del generale divieto di abuso di posizione dominante – un'operazione di concentrazione realizzata da un'impresa già in posizione dominante sul mercato interessato, allorquando, purtuttavia, l'operazione medesima si ponga al di sotto delle soglie di fatturato tanto UE quanto nazionali. L'operazione al vaglio dell'autorità di concorrenza francese riguardava l'acquisizione del controllo esclusivo di Itas, una società attiva nei servizi di diffusione digitale terrestre, da parte di Télédiffusion de France (TDF); ne era conseguita una segnalazione all'autorità di concorrenza francese da parte della concorrente Towercast per presunta alterazione della concorrenza nei diversi mercati della filiera (a monte ed a valle) della trasmissione televisiva in tecnica digitale terrestre.

La posizione dell'*Autorité de la concurrence*, oggetto di impugnazione presso il giudice remittente, era infatti nel senso di ritenere non applicabile l'art. 102 TFUE qualora dalle condotte dell'impresa dominante non si manifestasse alcuna condotta anticompetitiva distinta dall'operazione di concentrazione in sé considerata.

La Corte di Lussemburgo, invece, contraddice in pieno tale lettura del sistema di *enforcement antitrust*, come venutosi a delineare successivamente all'entrata in vigore dei regolamenti sulle concentrazioni tra imprese, stabilendo che “*l'applicazione prioritaria del meccanismo di controllo preventivo delle concentrazioni quali definite dall'art. 3 del regolamento n. 139/2004 [...] non può tuttavia escludere la possibilità che un'autorità garante della concorrenza valuti, in determinate circostanze, un'operazione di concentrazione sotto il profilo dell'art. 102 TFUE*” (punto 41).

Sostanzialmente il ragionamento della Corte si regge sui seguenti assiomi: l'effetto diretto dell'art. 102 TFUE; la natura di ordine pubblico della disposizione, che non ammette deroghe; il carattere elencativo e non tassativo delle fattispecie di abuso elencate dal Trattato; e, soprattutto, il riferimento dello stesso reg. 139/2004 all'art. 103 TFUE come propria base giuridica e, quindi, la sua ontologica funzionalizzazione al perseguimento dei principi e degli obiettivi contemplati dagli artt. 101 e 102 TFUE¹⁵.

Per questa via, la Corte di giustizia arriva dunque a ritenere applicabile il divieto di abuso di posizione dominante anche alle operazioni di concentrazione sottosoglia, rivitalizzando la fattispecie dell'abuso di struttura¹⁶.

Va giusto a margine considerato che – limitando di fatto la pronuncia *Towercast* l'ambito di applicazione oggettivo dell'abuso di struttura alle sole operazioni di concentrazione sottosoglia – la Corte non si trova a dover risolvere il contrasto tra l'art. 21 del reg. 139/04¹⁷, nella parte in cui afferma la propria applicabilità esclusiva alle operazioni di concentrazione di dimensione europea, e l'art. 102 TFUE nella sua dimensione onnicomprensiva. Vale invece la pena notare come nelle conclusioni dell'AG Kokott sembrerebbe addirittura essere prefigurato un singolare caso di disapplicazione della norma del regolamento concentrazioni da parte delle autorità nazionali obbligate a dare piuttosto attuazione all'effetto diretto dell'art. 102 TFUE, e ciò

¹⁵ Si veda in proposito P. OCCHIUZZI, *Commento all'art. 103 TFUE*, in F. ARENA, R. CHIEPPA (a cura di), *op. cit.*, 75 ss.

¹⁶ Secondo la Corte, “risulta quindi dall'economia del regolamento n. 139/2004 che quest'ultimo, pur istituendo un controllo *ex ante* delle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria, non esclude tuttavia un controllo *ex post* delle operazioni di concentrazione che siano inferiori a detta soglia [...] Ne risulta, per un verso, che il regolamento stesso si applica solo alle concentrazioni di dimensione comunitaria e, per altro verso, che è ammissibile che talune concentrazioni possano, nel contempo, sfuggire ad un controllo *ex ante* ed essere oggetto di un controllo *ex post*” (punto 41).

¹⁷ Come ricordato, tale art. prevede che “il presente regolamento è il solo applicabile alle concentrazioni quali definite dall'articolo 3, e i regolamenti (CE) n. 1/2003 [...] non sono applicabili, fuorché per imprese comuni che non hanno dimensione comunitaria ed hanno per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti”.

O. Pallotta - La Corte rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura

in ragione del rapporto gerarchico intercorrente tra il regolamento in questione e la norma del trattato¹⁸.

4. Alla luce dell'interpretazione massimalista dell'effetto utile dell'art. 102 TFUE fornita dalla pronuncia *Towercast* (“*il regolamento n. 139/2004 non può ostare a che un'operazione di concentrazione di dimensione non comunitaria [...] possa essere sottoposta ad un controllo ad opera delle autorità nazionali garanti della concorrenza e dei giudici nazionali sulla base dell'effetto diretto dell'art. 102 TFUE, facendo ricorso alle proprie norme procedurali*” - punto 50), c'è da chiedersi quanto possa essere condivisa un'applicazione così ampia del divieto di abuso di posizione dominante, tale da farvi ricadere anche mere operazioni societarie prive non solo di rilevanza comunitaria sulla base dei livelli di fatturato realizzati, ma addirittura del raggiungimento delle soglie nazionali.

Non si tratta di scalfire la portata dogmatica ed immanente al sistema di *antitrust enforcement* dell'effetto diretto delle norme dei trattati in materia di concorrenza, tanto più che – come lucidamente osservato dalla dottrina in materia “*nell'art. 102, il problema della tutela della struttura concorrenziale del mercato non è menzionato seppure esso possa porsi in maniera acuta data la circostanza che, per definizione, la norma si applica ad imprese dominanti, ossia che operano in un mercato in cui la dinamica concorrenziale è già indebolita*”¹⁹.

Si tratta molto più semplicemente di porsi il dubbio di quanto valga effettivamente la pena – in un *framework* normativo oramai completo ed in presenza di un quadro applicativo in definitiva efficace – “stressare” la natura di norma in bianco del divieto di abuso di posizione dominante; anche perché – come pure correttamente osservato - la nozione di concorrenza effettiva “*si focalizza sul fatto*

¹⁸ Si legge infatti nelle conclusioni – depositate il 13 ottobre 2022 - che “ove l'applicabilità diretta dell'articolo 102 TFUE comporti addirittura un obbligo di applicazione in capo agli organismi nazionali, a maggior ragione una norma di diritto derivato quale l'articolo 21, paragrafo 1, del regolamento sulle concentrazioni non può avere l'effetto preclusivo invocato dall'Autorità francese garante della concorrenza [...] La formulazione di detta norma, in cui figura il termine «solo», non modifica tale conclusione” (punti 33 e 34).

¹⁹ P. MANZINI, *op. cit.*, p. 33.

che le imprese e l'impresa dominante siano soggette ad un ragionevole vincolo concorrenziale [...] e non ad i vincoli di una concorrenza perfetta"²⁰.

L'applicazione dell'art. 102 TFUE ad operazioni di concentrazione sottosoglia pone allora più di un dubbio giuridico.

Il primo riguarda l'esistenza stessa di un abuso in casi come quelli descritti. Invero, in riferimento alla fattispecie degli abusi di struttura, già la pronuncia *Continental Can* aveva genuinamente dichiarato l'irrelevanza del nesso di causalità tra la sussistenza di una posizione dominante ed il suo sfruttamento abusivo, dal momento che "*il rafforzamento della posizione occupata dall'impresa può essere abusivo e vietato dall'art. 86 [oggi 102] del trattato, indipendentemente dai mezzi o procedimenti usati a tal fine [...]*" (cfr. punto 27); e questo nella dichiarata ottica (ultra)funzionalistica del perseguimento del generale principio-obiettivo della libera concorrenza. C'è però sul punto da osservare come la dottrina *Continental Can* "*è stata utilizzata e percepita come un palliativo dell'assenza, nell'ambito del Trattato CEE, di qualsiasi disposizione esplicita di controllo delle concentrazioni*", secondo la riflessione peraltro contenuta nella stessa pronuncia *Towercast* (punto 49).

Appare quindi evidente come l'assegnazione di un disvalore competitivo al solo fatto in sé dell'acquisizione o del rafforzamento della posizione dominante per eventi di crescita esterna (ed in assenza, dunque, di una vera e propria condotta abusiva sul mercato di riferimento) trovasse la propria comprensibile giustificazione nel fatto storico dell'assenza di un meccanismo di controllo *ex ante* delle operazioni di concentrazione.

Invece, calata nell'attuale quadro giuridico UE di riferimento, l'applicazione *ex post* dell'art. 102 TFUE a fattispecie concentrative sottosoglia non appare affatto convincente, proprio in considerazione della struttura dello stesso divieto posto dal trattato. E difatti, per quanto i giudici di Lussemburgo tentino di ricondurre la fattispecie dell'abuso di struttura ad un'ipotesi di effettivo abuso della posizione dominante, appare del tutto evidente come sia l'elemento stesso dello

²⁰ In proposito, cfr. G. COLANGELO, A. MANGANELLI, A. NICITA, *Commento all'art. 102 TFUE*, in F. ARENA, R. CHIEPPA (a cura di), *op. cit.*, p. 54.

O. Pallotta - La Corte rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura

sfruttamento abusivo a mancare, assurgendo in questi casi la sola dominanza in sé ad elemento che viene vietato.

Tale aspetto emerge in modo del tutto eloquente nella misura in cui – stando a quanto stabilito dalla pronuncia *Towercast* – incombe alle autorità nazionali il compito di “*verificare se l'acquirente, che detenga una posizione dominante su un determinato mercato e che abbia assunto il controllo di un'altra impresa sul mercato stesso abbia, mediante tale comportamento, sostanzialmente ostacolato la concorrenza sul mercato in parola*” (punto 52). Sennonché, per siffatti casi, non esiste alcun comportamento abusivo disgiunto dal fatto in sé dell'acquisizione del controllo societario dell'impresa concorrente e – per questa via – del rafforzamento della posizione dominante precedentemente detenuta. In altri termini, nella configurazione dell'abuso in parola fornita dalla Corte, è il rafforzamento della posizione dominante – in quanto derivante da crescita esterna – a configurare di per sé stesso l'abuso, non essendo richiesto nessun accertamento ulteriore, se non una larvata indagine sugli effetti a valle di tale accresciuto dominio da parte dell'impresa dominante²¹, che, peraltro, confonde la nozione oggettiva di sfruttamento abusivo con l'analisi competitiva degli effetti di un'operazione di *M&A*.

Tale conclusione appare peraltro distonica rispetto alla stessa consolidata giurisprudenza lussemburghese – pure riconfermata di recente della Corte di giustizia – in merito agli elementi costitutivi del divieto di abuso di posizione dominante; senza potersi qui dilungare sul tema, basti solo ricordare come, ancora nella pronuncia del 12 maggio 2022 resa nel caso *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, la stessa Corte abbia valorizzato la nozione di “*sfruttamento abusivo*” ai fini dell'operatività del divieto di cui all'art. 102 TFUE²².

²¹ Si veda quanto difatti affermato dalla Corte al par. 52, dove si legge che “a semplice constatazione del rafforzamento della posizione di un'impresa non è sufficiente per accogliere la qualificazione di abuso, dovendosi dimostrare che il grado di dominio così raggiunto rappresenta un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante”.

²² Causa C-377/20. Sulla pronuncia in questione, si rimandi a B. MINUCCI, *Enel: la Corte di giustizia conferma l'abuso di posizione dominante*, in *BlogDUE*, 15 giugno 2022.

Difatti, come ben ricordato da tale pronuncia, “*non tutti gli effetti escludenti pregiudicano necessariamente la concorrenza, poiché, per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione*” (punto 73). E sebbene un tale rilievo debba innanzitutto valere per la dominanza derivante da c.d. concorrenza sui meriti, nemmeno può però aprioristicamente dirsi che – al contrario – una dominanza frutto di crescita esterna debba necessariamente scontare una presunzione *iuris tantum* di alterazione illecita della concorrenza. Basti sul punto osservare come, da un lato, anche le operazioni di *M&A* spesso trovino il proprio rationale economico in esigenze di assestamento ed efficientamento economico dei mercati al cui interno l'operazione societaria si colloca, con conseguente beneficio per i consumatori finali in termini di *output*, miglioramento tecnologico, struttura dei costi, *etc.*; dall'altro, come proprio il mancato superamento delle diverse soglie gradualistiche di fatturato, poste sia dal reg. 139/04 che dalle diverse discipline nazionali, dovrebbe piuttosto lasciar presumere l'esistenza di un'area di completa liceità *antitrust* (salvo naturalmente l'eventualità di distinte condotte abusive e/o collusive) e di irrilevanza per il diritto della concorrenza UE, tale da non esigere nemmeno il giudizio prognostico sul bilanciamento degli effetti nei mercati rilevanti interessati.

Il secondo dubbio risiede poi nel rispetto del principio del legittimo affidamento per le imprese e della certezza del diritto per gli stessi operatori economici, entrambi senza ombra di dubbio ascrivibili ai principi generali del diritto *antitrust* UE; ebbene, se è vero – come appare – che l'individuazione di soglie di fatturato per l'insorgenza dell'obbligo di notifica preventiva al fine del controllo sugli effetti competitivi dell'operazione societaria serve proprio, tra l'altro, a porre un parametro di riferimento per gli operatori, difficilmente si comprende come possa conciliarsi con l'esigenza di certezza nelle transazioni economiche una “*applicazione in via complementare o suppletiva dell'art. 102 TFUE rispetto alle norme nazionali sul*

O. Pallotta - La Corte rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura

controllo delle concentrazioni"²³ in riferimento ad ipotesi sottosoglia di acquisizione del controllo societario.

Purtuttavia, stando alle conclusioni dell'AG Kokott, le soglie stabilirebbero solo una "*presunzione relativa secondo cui le concentrazioni che superano certe soglie di fatturato sono particolarmente significative e possono incidere negativamente sulla struttura del mercato e sulla concorrenza, tanto da richiedere un controllo ex ante da parte delle autorità*" (punto 38).

Le conseguenze di una tale applicazione "complementare" o "suppletiva" dell'art. 102 TFUE sarebbero a conti fatti particolarmente severe e derivanti – a quel punto – da un quadro giuridico di assoluta incertezza: posto che nell'abuso di struttura il fatto illecito tende a coincidere con la dominanza o il suo rafforzamento, la cessazione del divieto non potrebbe che essere ricollegata ad ordini di dismissione di rami di azienda o quote ed a rimedi di tipo altrettanto strutturali; quindi, a fronte di un'operazione sottosoglia (vale a dire per definizione scarsamente impattante per il mercato rilevante di riferimento), le imprese interessate sarebbero *ex post* esposte (i) ad una ammenda *antitrust*, (ii) ad un obbligo di *rollback* dell'operazione societaria nel frattempo realizzata senza che fossero tenute ad alcun obbligo di notifica preventiva, nonché (iii) a tutta una serie di attività ripristinatorie rispetto ai contratti ancillari *medio tempore* conclusi.

Sarebbe allora più ragionevole ritenere che, a fronte di un'operazione concentrativa sottosoglia, il giudice nazionale o l'autorità di concorrenza di uno Stato membro non possano inferire dalla sola costituzione e/o dal rafforzamento della posizione dominante l'esistenza di un abuso, ma dovrebbero piuttosto accertare se – in via aggiuntiva e distinta dall'operazione societaria di riferimento, anche se in ipotesi contestualmente ad essa – l'impresa dominante abbia posto in essere condotte abusive sul mercato di riferimento; ma – ancora una volta – questo porterebbe a concludere in ordine all'impossibilità di configurare un abuso di struttura alla luce dell'attuale quadro giuridico di riferimento, risolvendosi la condotta

²³ Così le conclusioni Kokott in *Towercast*, cit., punto 2.

illecita eventualmente riscontrata in un'ipotesi o di abuso escludente o di sfruttamento, a seconda dei casi.

Ancora, nemmeno convince appieno la motivazione fondata sull'art. 103 TFUE, dalla quale la Corte di giustizia inferisce un'applicazione soltanto "*prioritaria*" del sistema di controllo *ad hoc* delle operazioni di concentrazione tra imprese. Ciò eminentemente perché – come noto – l'adozione degli strumenti giuridici europei in materia di concentrazioni ha necessitato di un ampliamento della base giuridica attraverso l'esplicito richiamo alla dottrina dei poteri impliciti di cui all'odierno art. 352 TFUE²⁴, sul quale la disciplina delle concentrazioni si fonda "*principalmente*"²⁵. Ne deriva anche sotto questo profilo quantomeno un fondato dubbio in ordine alla possibile applicazione dell'art. 102 TFUE ad operazioni di concentrazione sottosoglia in assenza di una distinta fattispecie di sfruttamento abusivo, posto che per l'appunto, qualora non si fosse fatto ricorso ai poteri impliciti dell'Unione, mai l'art. 102 TFUE avrebbe potuto da solo rappresentare una consistente copertura giuridica al controllo giudiziario e/o amministrativo alle operazioni societarie prive di un correlato sfruttamento abusivo.

Da ultimo, ricostruito nei termini indicati nella pronuncia *Towercast*, l'abuso di struttura sfuma pericolosamente la differenza applicativa tra norme generali di concorrenza e regolamentazione settoriale più restrittiva, laddove esistente; ad esempio, è del tutto noto

²⁴ Sul punto, si rinvia a quanto correttamente osservato da P. OCCHIUZZI, op. cit., il quale rileva appunto come "per raggiungere siffatto obiettivo [l'adozione di un regolamento concentrazioni; ndr] non bastava tuttavia fondarsi sul solo articolo in commento, ma era necessario trovare un fondamento giuridico ulteriore in un'altra disposizione del Trattato, segnatamente nell'*ex* art. 308 TCE (oggi art. 352 TFUE) [...] Così facendo, da un lato, si è prevista una misura che si applica anche a tipologie di concentrazioni non rientranti nelle fattispecie di cui agli attuali artt. 101 e 102 TFUE e, dall'altra, si è definito uno strumento che sarebbe stato applicato esclusivamente a tali fattispecie, rispetto alle norme di concorrenza previste dal Trattato" (p. 75). In generale, sulle competenze esercitabili ai sensi dell'art. 352, si rinvia a S. BARIATTI, *Commento all'art. 352 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2551 ss.

²⁵ Cfr. settimo cons. del reg. 139/04, in base al quale – non potendosi applicare le norme dei trattati a tutte le fattispecie che rischiano di alterare la concorrenza – "il presente regolamento dovrebbe pertanto essere basato non soltanto sull'art. 83 [oggi 103] ma principalmente sull'articolo 308 del trattato [oggi 352], ai sensi del quale la Comunità può dotarsi dei poteri d'azione aggiuntivi necessari a realizzare i suoi obiettivi".

O. Pallotta - La Corte rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura

che proprio nei mercati interessati dai fatti oggetto della vicenda *Towercast* – vale a dire nel settore delle comunicazioni elettroniche – il quadro giuridico settoriale di riferimento ricollega tutta una serie di obblighi asimmetrici alla mera posizione di dominanza, *rectius* al significativo potere di mercato, ma subordinatamente al rispetto di stringenti regole di analisi dei mercati e di designazione di tale posizione in capo all'impresa che eventualmente la detenga²⁶.

Nel settore delle comunicazioni elettroniche, quindi, l'innalzamento del livello dei divieti asimmetrici già allo stadio della mera dominanza è fortemente temperato rispetto alle esigenze di legittimo affidamento e di certezza del diritto, attraverso il meccanismo dell'analisi prognostica *ex ante* dei mercati settoriali.

Un eventuale ricorso generalizzato al varco aperto dalla pronuncia *Towercast* porrebbe invece gli operatori economici al rischio di divieti asimmetrici non solo “in bianco”, ma anche “al buio”. Una nozione non auspicabile per il diritto UE della concorrenza.

²⁶ Si veda il d.lgs. 8 novembre 2021 n. 207 recante Attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, in GU n. 292 del 9 dicembre 2021, in particolare art. 70 ss.; per un inquadramento dottrinale della materia, cfr. esemplificativamente M. D'OSTUNI, A. CARAVITA DI TORITTO, *Evoluzione del contesto normativo di riferimento*, in G. CASSANO, C. E. CAZZATO, F. DI CIOMMO (a cura di), *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, Milano, 2023, p. 3 ss.