



**POLITICHE DI CONCORRENZA E POLITICA  
INDUSTRIALE,  
SINERGIA O CONFLITTO?**



a cura di  
FRANCESCO ROSSI DAL POZZO

(CONTRIBUTI DI S. BASTIANON, G. BRUZZONE, D. DIVERIO,  
G. MUSCOLO, B. NASCIMBENE, M. TAVASSI,  
E.A. RAFFAELLI, B. SMULDERS)

ISSN 2384-9169

*Fascicolo speciale*

*“Politiche di concorrenza e politica industriale, sinergia o conflitto?”*

Pubblicato il 3 aprile 2023 <http://rivista.eurojus.it>

Editore: Bruno Nascimbene, Milano

Rivista registrata presso il Tribunale di Milano, n. 278 del 9 settembre 2014

Eurojus © è un marchio registrato



EU Health Legal Framework and  
Competition Law (EHCL)  
Cattedra Jean Monnet



Co-funded by the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union

*Il presente Fascicolo speciale, contenente gli Atti del Convegno tenutosi il 12 dicembre 2022 nella Sala Napoleonica dell'Università degli Studi di Milano, è stato pubblicato con il contributo del progetto, finanziato dalla Commissione europea, Cattedra Jean Monnet "EU Health Legal Framework and Competition Law" (n° 611817-EPP-1-2019-1-IT-EPPJMO-CHAIR) del prof. Francesco Rossi Dal Pozzo, Ordinario di diritto dell'Unione europea, Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano.*

*In copertina:*

Autore: Corey Torpie for Ocasio, 2018

Copyright: Corey Torpie Photography

## PRESENTAZIONE

Il presente numero speciale contiene gli Atti del Convegno “Politiche di concorrenza e politica industriale, sinergia o conflitto?”, tenutosi il 12 dicembre 2022 nella Sala Napoleonica dell’Università degli Studi di Milano.

Il Convegno, organizzato dal Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell’Università degli Studi di Milano insieme all’Associazione Italiana Giuristi Europei (AIGE), ha rappresentato un’occasione per riflettere su un tema classico (il rapporto fra la politica di concorrenza e quella industriale), divenuto negli ultimi tempi centrale anche in ragione dei recenti accadimenti (in particolare, le crisi generate dalla pandemia di Covid 19 e dalla guerra in Ucraina), che hanno “complicato” i piani elaborati dall’Unione europea per competere a livello globale in modo sostenibile.

Infatti, mentre l’Unione europea inaugurava una nuova politica industriale finalizzata al raggiungimento di due principali traguardi: *a*) diventare neutrale dal punto di vista climatico entro il 2050 e *b*) sviluppare un’economia digitale (il *Green Deal* e la Strategia digitale dell’UE), le recenti crisi internazionali mettevano in luce le vulnerabilità delle catene di approvvigionamento delle materie prime, rendendo necessario sia il ricorso alle misure di aiuto di Stato, in un quadro di maggiore flessibilità nell’applicazione della relativa disciplina, sia un maggiore impegno della stessa UE ad essere più assertiva nel difendere i propri interessi commerciali e nel reagire alle distorsioni causate dai sussidi esteri e dagli investimenti diretti esteri che, nel lungo periodo, possono creare rischi per la sicurezza o l’ordine pubblico e a divenire più resiliente nei settori strategici.

La creazione di “campioni europei” in grado di competere sui mercati internazionali e l’applicazione delle regole di concorrenza rappresentano esigenze che non è semplice coniugare. Di qui, l’interrogativo presente nel titolo di questo numero speciale (sinergia o conflitto?), cui i diversi autori hanno cercato di dare risposta.

*Milano, 3 aprile 2023*

*Francesco Rossi Dal Pozzo*

## INDICE

*Concorrenza e politica industriale dell'Unione europea. Brevi rilievi introduttivi*

di BRUNO NASCIMBENE .....p. 1

*Ricerca e Sintesi fra la politica di concorrenza e politica industriale: l'ambizione dell'Unione Europea nel rafforzare la sua autonomia strategica*

di BEN SMULDERS.....p. 5

*I rapporti tra politiche di concorrenza e politica industriale nella strategia europea per la crescita*

di GINEVRA BRUZZONE.....p. 16

*L'affievolimento del «comune interesse» nel giudizio di autorizzazione degli aiuti fra incoerenze di sistema e ampliamento delle prerogative degli Stati membri*

di DAVIDE DIVERIO.....p. 35

*Antitrust, politica industriale e Digital Markets Act*

di ENRICO ADRIANO RAFFAELLI .....p. 66

*Le nuove scelte di policy e il ruolo assegnato ai giudici nella tutela della concorrenza*

di MARINA TAVASSI.....p. 84

*Biden's antitrust: verso una nuova alleanza transatlantica? Cenni di comparazione tra Stati Uniti e Europa*

di GABRIELLA MUSCOLO.....p. 108

*Lo sport in Europa tra regole di concorrenza e politica industriale. Spunti di riflessione*

di STEFANO BASTIANON.....p. 129



CONCORRENZA E POLITICA INDUSTRIALE DELL'UNIONE EUROPEA.  
BREVI RILIEVI INTRODUTTIVI

DI BRUNO NASCIMBENE\*

1. Ai saluti della Direttrice del Dipartimento, prof.sa Chiara Amalfitano, aggiungo i miei personali a tutti gli intervenuti, ai relatori, agli organizzatori della tavola rotonda: all'Associazione Italiana Giuristi Europei, con la quale l'Università, nella persona in particolare del prof. Francesco Rossi Dal Pozzo, titolare di una Cattedra Jean Monnet, ha collaborato per realizzare questa iniziativa.

Ai relatori, fra i quali ricordo Ben Smulders che ci onora della sua presenza con una lezione introduttiva (una sua lezione in questa Università nell'ambito del corso speciale dedicato alla concorrenza è rimasta, in particolare, nella mia memoria) rivolgo fin d'ora l'invito a pubblicare il testo in *eurojus*, una rivista telematica che dirigo dal 2014: un numero speciale sarebbe dedicato agli atti di questo convegno.

2. I miei brevi rilievi riguardano, in primo luogo, il titolo del convegno che, di per sé, pone un problema con il punto interrogativo posto dopo "Sinergie o conflitto". È una domanda cui i relatori daranno sicuramente una, o più risposte. Vorrei, tuttavia, porre fin d'ora la domanda con una formulazione in parte diversa: in quale rapporto si combinano le regole di concorrenza disciplinate dall'art. 101 ss. TFUE, nate con il Trattato CEE, con quelle di politica industriale, introdotte

---

\* Professore emerito di diritto dell'Unione europea, già ordinario di diritto internazionale

con il Trattato di Maastricht (art. 173 TFUE, art. 130 TUE poi divenuto art. 157 con il Trattato di Nizza)?<sup>1</sup>

La politica industriale nasce, invero, in epoca più recente rispetto a quella in materia di concorrenza, ma l'obiettivo di realizzare un mercato interno affidando alle imprese il compito di realizzarlo o di collaborare a realizzarlo era, in sostanza, già presente nelle deroghe alle intese in materia di concorrenza (art. 101, già art. 82, par. 3) e di aiuti di Stato (art. 107, già art. 92, par. 3).

Il legame fra le diverse politiche esiste, per così dire, nell'evoluzione storica della costruzione comunitaria ovvero nel processo di integrazione dell'Unione europea. Una considerazione del passato non è inutile, per meglio comprendere il futuro<sup>2</sup>.

3. Si potrebbe obiettare che ben diverso è il “peso” delle due politiche, quella di concorrenza essendo esclusiva dell'Unione (art. 4 TFUE) e quella industriale essendo di terzo grado (art. 6, *b*) perché l'Unione può svolgere soltanto azioni intese a sostenere, completare o coordinare l'azione degli Stati membri. Così come configurata, la politica industriale appare ancillare, come altre politiche che hanno tuttavia assunto rilevanza nel corso del tempo: anche in epoca più recente, come la tutela e il miglioramento della salute umana (art. 6, *a* TFUE).

Nel valutare i rapporti fra politiche bisogna tener conto del principio di leale cooperazione che ha carattere fondamentale (art. 4, par. 3 TUE), secondo cui l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati. Gli elementi di connessione fra politica industriale e politica di concorrenza

---

<sup>1</sup> Il Trattato di Maastricht del 7.2.1992 è entrato in vigore il 4.11.1993; il Trattato di Nizza del 26.2.2001 è entrato in vigore il 1.2.2003.

<sup>22</sup> Per alcuni rilievi riassuntivi circa la politica industriale si vedano le “Note sintetiche sull'Unione europea”, 2022, dal titolo “Principi generali della politica industriale della UE”, in <https://www.europarl.europa.eu/portal/it>, anche per riferimenti agli atti ricordati poco oltre. Per commenti alle iniziative compiute e in corso, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 3°ed., Torino, 2020, p. 776 ss.; V. CAPUANO, *Industria*, in P. DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), Giuseppe Tesauro. *Manuale di diritto dell'Unione europea*, vol. II, Napoli, 2021, p. 492 ss.



emergono, peraltro, in quella norma del Trattato (art. 173) che rappresenta la base giuridica. L'industria europea deve essere competitiva; il contesto in cui Stati e Unione operano deve essere quello proprio di "un sistema di mercati aperti e concorrenziali" (art. 173, par. 1).

4. È vero: l'azione dell'Unione non può comportare armonizzazione delle norme nazionali, ma neppure può comportare misure che possano "generare distorsioni di concorrenza" (par. 3). La consultazione e la cooperazione fra governi nazionali e Commissione è espressamente ribadita dal Trattato (parr. 2 e 3).

Si deve, invero, tener conto del fatto che:

a) gli obiettivi della politica industriale mirano allo sviluppo delle imprese (segnatamente delle piccole e medie imprese) e alla cooperazione fra le stesse;

b) le politiche di innovazione, di ricerca, di sviluppo tecnologico, delle trasformazioni strutturali (par. 1) vanno sempre considerate, operando una valutazione complessiva.

5. Quali sono gli atti che ci illustrano come è stata realizzata e come si realizzerà la politica industriale? Esaminiamo in primo luogo i documenti prodotti dalle Istituzioni. Sono molti, non tutti dello stesso rilievo. Vanno ricordati, in primo luogo, le comunicazioni della Commissione -la più importante è forse quella del 10 marzo 2020 "Una nuova strategia industriale per l'Europa" - e le risoluzioni del P.E.: maggiormente rilevante è quella del 25.11.2020 su una nuova strategia industriale per l'Europa.

Il loro contenuto riguarda programmi, iniziative da intraprendere, con particolare attenzione alla transizione ecologica e digitale, alla realizzazione sia di una industria europea *green* e sostenibile, sia di un mercato unico dell'energia.

6. Le sfide ecologica e digitale richiedono mezzi, infrastrutture, investimenti che consentano la trasformazione e l'adattamento del mercato.

Di questa trasformazione fa parte anche la possibile revisione delle norme *antitrust* “cercando”, come afferma il P.E. “di trovare un equilibrio tra la necessità di far fronte alla concorrenza su scala globale e la protezione della catena di approvvigionamento e dei consumatori dalle potenziali conseguenze negative di un mercato interno più concentrato”.

7. Concludo con il seguente rilievo. Una delle maggiori difficoltà che la politica industriale incontra è la sua realizzazione attraverso atti non di natura legislativa: *soft-law*, i cui limiti sono scritti nell’art. 173 TFUE. Da qui la necessità, se si vogliono adottare strumenti legislativi vincolanti, a collegare la politica industriale con altre politiche e con ambiti materiali di applicazione delle norme UE, realizzando una politica attiva e decisiva, non limitandosi ad azioni di mero sostegno.

Si tratta di indicazioni che rappresentano anche un auspicio per le iniziative future che l’Unione europea vorrà intraprendere, auspicabilmente in tempi brevi.

RICERCA E SINTESI FRA LA POLITICA DI CONCORRENZA E POLITICA  
INDUSTRIALE: L'AMBIZIONE DELL'UNIONE EUROPEA NEL RAFFORZARE  
LA SUA AUTONOMIA STRATEGICA

DI BEN SMULDERS\*

Signore e Signori,  
Gentili organizzatori,

Anch'io vorrei iniziare con un pensiero per Aurelio Pappalardo, che, come sapete, ricoprì diverse cariche alla Direzione Generale per la Concorrenza della Commissione europea, dove mi ritrovo io stesso impiegato in questo momento. Il primo ricordo che ho di lui risale agli inizi degli anni 90', quando, assistito dal suo allora junior associate l'avvocato Massimo Merola, rappresentò ILVA davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, a supporto della Commissione Europea, che io rappresentavo in questo caso di aiuto di stato. Unire le forze in quell'occasione fu un'esperienza particolarmente gratificante per me, tanto più quando alla fine la Corte accolse integralmente la decisione della Commissione, che durante il procedimento sulla base del Trattato CECA era stata contestata praticamente da tutti i concorrenti dell'Ilva nell'Unione Europea, da British Steel, Hoogovens a Thyssen e Krupp (che all'epoca non si erano ancora fuse).

L'evento di oggi ha lo scopo di illustrare e approfondire le sfide che le politiche attuate nell'ambito della concorrenza e della politica industriale devono affrontare giornalmente; tutto ciò in un contesto di insicurezza geopolitica globale che sta richiedendo una forza compatta e unanime dei paesi membri con lo scopo di amplificare e rafforzare la cosiddetta "Autonomia strategica".

---

\* Direttore Generale Aggiunto, DG Concorrenza, Commissione europea.

Il significato letterale del termine “*autonomia*” è “*l’abilità dell’individuo di vivere secondo le sue stesse leggi*”, e per lo scopo del discorso di oggi, possiamo definire il concetto di “*autonomia strategica*” come l’ambizione omnicomprensiva dell’Unione Europea di equipaggiarsi con gli strumenti adeguati per raggiungere un’interdipendenza globale in linea con i suoi interessi e i suoi valori fondanti. Un’ulteriore possibilità per riformulare lo stesso concetto è definire l’obiettivo dell’Unione Europea come un continuo rinforzare e beneficiare del libero mercato, in modo consistente con i suoi obblighi verso un mercato aperto e un commercio equo con una “*value chain*” diversificata e sostenibile, mentre allo stesso tempo, difendere energicamente i suoi interessi, proteggere l’economia interna da pratiche commerciali sleali e assicurando parità di condizioni per tutti i soggetti operanti sul mercato internamente e globalmente.

Alla luce di questi obiettivi generali, riprendendo il titolo di questo convegno, è legittimo chiedersi: c’è un conflitto o una sinergia tra politica di concorrenza (che è intrinsecamente incentrata sul principio di libera concorrenza basata sul merito) e tra politica industriale (che potrebbe essere percepita come progressivamente concentrata sulla protezione dell’economia europea dai suoi rivali)?

Dovendo prediligere uno tra questi due termini, opto per sinergia e ora vorrei illustrarvi le principali ragioni dietro alla mia scelta.

In primis, secondo la mia opinione non c’è un’opposizione sostanziale tra politica industriale e politica di concorrenza che, di fatto, sono complementari. E questa non è un’eccentrica opinione personale, ma è avvalorata da molteplici motivi: il mio punto di partenza per sostenere la mia tesi è la Strategia Industriale Europea della Commissione che è stata aggiornata a maggio 2021 per reagire alle criticità causate dalla pandemia di Covid-19 e per stimolare la ripresa economica e rafforzare l’autonomia strategica dell’UE. In questo contesto, la Commissione ha dichiarato che i principi dell’industria europea sono “*innovazione, concorrenza e un mercato interno forte ed efficiente – mentre, allo stesso tempo, rafforzare la nostra competitività a livello globale attraverso i mercati aperti e parità di condizioni*” e ha aggiunto che “*la politica in materia di concorrenza ha un ruolo*

*fondamentale nel mantenere le parità di condizioni ed è vitale nel garantire un funzionamento corretto del mercato unico che ha lo scopo ultimo di supportare le aziende nel processo di innovazione e crescita. Preservare la concorrenza nel mercato comune contribuisce alla resilienza e competitività delle aziende europee nel mercato globale”.*

L’idea che preservare la libera concorrenza e avere un’industria europea forte e resiliente siano incompatibili o che richiedano comunque un trade-off non è nuova. Ad esempio mi ricordo, come immagino tutti voi, del blocco della fusione Alstom-Siemens da parte della Commissione a febbraio 2019, che ha scatenato un acceso dibattito riguardo all’interazione tra diritto della concorrenza e la politica industriale europea. Però, come la Commissione sottolineò già al tempo *“allentare i controlli sui casi di acquisizioni, il controllo di antitrust delle concentrazioni o sulle regole che riguardano gli aiuti di stato non è una panacea alle presunte debolezze e alle sfide sulla concorrenza per l’industria europea e ciò comporta rischi significativi – specialmente se tutto ciò si traduce in autorizzazioni per pratiche anticoncorrenziali”*. Tenere i mercati aperti e competitivi e assicurare un pari livello di condizioni sono scelte strategiche. La politica di concorrenza aiuta la UE a raggiungere le sue priorità in termini di resilienza e autonomia. Al contrario, allentare il controllo delle pratiche concorrenziali può degenerare in mercati inefficienti. La competizione basata su regole precise e con un’applicazione scrupolosa e con ampie attività di controllo garantisce certezza giuridica e capacità di previsione a tutte le aziende.

Ora, andando oltre la considerazione più generale che la libera concorrenza si traduce in capacità di resilienza, la politica di concorrenza contribuisce al raggiungimento di obiettivi più grandi della UE come la transizione ecologica e digitale verso un futuro industriale sostenibile. Permettetemi di illustrare questo concetto con qualche esempio.

Come prima considerazione, le regole riguardo agli aiuti di stato giocano un ruolo chiave nel permettere all’industria europea di essere più sostenibile. In particolare, le linee guida sugli aiuti di Stato per il clima, la protezione dell’ambiente e l’energia (noti anche con

l'acronimo "CEEAG") che sono state aggiornate a gennaio 2022 facilitano la concessione di questi aiuti da parte degli stati membri per investimenti che saranno cruciali per la transizione ecologica, mantenendo allo stesso tempo la profittabilità di questi investimenti per il settore privato. Inoltre, le regole che riguardano gli aiuti di stato sono anche fondamentali nel permettere le innovazioni necessarie per raggiungere gli obiettivi del Green Deal europeo. Queste regole per gli IPCEI (Importanti Progetti di Comune Interesse Europeo), che sono state aggiornate quest'anno, promuovono un'ambiziosa collaborazione transfrontaliera tra gli Stati Membri e l'industria europea in generale. Ad esempio, i progetti relativi alla catena produttiva per la produzione dell'idrogeno o come l'infrastruttura legata alla produzione di quest'ultimo che abbiamo approvato quest'anno con 76 progetti in più di una dozzina di Stati Membri e che coprono €10.6 miliardi di finanziamenti pubblici e che, ci si aspetta, mobilitino altri € 15.8 miliardi di investimenti privati.

Non sono solo gli aiuti di stato che contribuiscono agli obiettivi di sostenibilità della UE, ma anche politiche di antitrust, in particolare promuovendo e proteggendo la competitività dei mercati. In questo contesto, gli accordi volti alla sostenibilità possono beneficiare dalle esenzioni sotto l'articolo 101(3) TFEU, quando i benefici che derivano da essi giustificano gli effetti restrittivi sulla concorrenza e sono in grado di compensare i consumatori per il danno subito. Come parte della verifica sotto l'articolo 101(3) TFEU, i benefici collegati alla sostenibilità possono condurre ad efficienze qualitative e di costi che possono poi essere trasferite sui consumatori. Per esempio, accordi che mirano alla riduzione della plastica utilizzata negli imballaggi possono ridurre i costi per i materiali, il trasporto e il deposito e compensare l'aumento dei costi relativo alla moderna produzione con tecnologie a condensazione. Nonostante ciò, anche quando non c'è un miglioramento della qualità o dei risparmi in termini di costi, i consumatori possono avere comunque forti preferenze per prodotti o servizi sostenibili e questo può risultare comunque in una valutazione favorevole secondo l'articolo 101(3) TFEU.

Tuttavia, per quanto riguarda la relazione tra politica concorrenziale e industriale si deve riconoscere il ruolo della UE all'interno dell'economia globale e come ciò sia in continuo aumento. Nella Revisione della Politica di Commercio (Trade Policy Review) del 2021, la Commissione ha enfatizzato che l'autonomia strategica *“si basa sull'importanza dell'apertura, ricordando l'impegno che la UE ha verso il libero mercato affinché esso sia efficiente, diversificato e che abbia una catena globale del valore sostenibile”*. Infatti, per fare in modo che il nostro mercato unico funzioni correttamente e continui a portare benefici agli stati membri, le condizioni di concorrenza devono essere eque non solo tra aziende europee ma a livello globale.

Questi sono i presupposti che ho voluto riportarvi per analizzare ora un gran numero di iniziative che la Commissione ha intrapreso in questi ultimi anni per promuovere delle condizioni eque di concorrenza a livello internazionale con lo scopo di proteggere le aziende europee da pratiche di commercio sleali e per arginare possibili distorsioni competitive nel mercato unico. Mi piacerebbe esporvi alcuni casi relativi a queste iniziative

Dovremmo sicuramente evidenziare il Regolamento sulle Sovvenzioni Estere (Foreign Subsidies Regulation detto anche FSR), che è stata adottata adesso sia dal Parlamento che dal Consiglio e la sua entrata in vigore è prevista a metà del prossimo anno. Secondo questa normativa, le aziende dovranno notificare i contributi finanziari ricevuti da autorità pubbliche non europee prima di concludere una operazione di concentrazione o una procedura di appalto pubblico al di sopra di determinate soglie di notifica. Queste soglie sono fissate particolarmente alte poiché hanno lo scopo di catture solo le operazioni più importanti ex-ante. Il processo di notifica ha un effetto sospensivo e previa revisione della Commissione, l'operazione, pertanto, non può essere completata e all'acquirente esaminato non può essere assegnato il contratto. Se la Commissione stabilisce l'esistenza di un sussidio che distorce il mercato interno, può bilanciare gli effetti negativi in termini di distorsione del mercato con gli effetti positivi del sussidio. Se gli effetti negativi controbilanciano quelli positivi, la Commissione può imporre misure regressive o accettare l'impegno di rimediare alla

distorsione. Ciò può includere per esempio la cessione di alcune attività o la proibizione di alcuni comportamenti. Il beneficiario può anche impegnarsi a ripagare interamente il sussidio, solo nel caso in cui ciò venga fatto in maniera trasparente ed efficiente. In pratica, la Commissione può anche decidere di proibire la transazione. È evidente quindi che questa procedura integra le regole preesistenti e non interferisce in nessun modo con gli strumenti di difesa commerciali esistenti o le competenze dei vari Stati Membri. Al contrario, ha il compito di affrontare la questione degli effetti dei sussidi esteri sul mercato interno con lo scopo di ottenere parità di condizioni in termini economici contrastando sussidi esteri che potrebbero compromettere il corretto andamento del mercato interno.

Questo impegno per promuovere condizioni di parità a livello internazionale non è solamente ristretto al campo della politica concorrenziale. Questo strumento (FSR) deve essere visto in una prospettiva più ampia dove sono emerse negli ultimi anni una moltitudine di iniziative in diversi ambiti strategici. Tra queste fa parte anche il regolamento del controllo degli investimenti esteri diretti (FDI Screening Regulation) nell'Unione europea che mira a salvaguardare gli interessi europei in termini di sicurezza e ordine pubblico.

Altre iniziative sono ancora in fase progettuale, come il nuovo strumento legale anti-coercizione ideato nell'area di politica commerciale con lo scopo di proteggere gli Stati Membri da misure economiche coercitive da parte di paesi terzi. Lo scopo di questo strumento è disincentivare i vari paesi dal limitare o semplicemente minacciare di limitare il commercio o gli investimenti che sono volti a favorire variazioni positive negli Stati Membri in aree distinte come il cambiamento climatico, la tassazione o la sicurezza alimentare. Questo nuovo strumento permetterà all'Unione Europea di reagire tempestivamente e in modo efficace, fornendo risposte ad hoc e proporzionali per qualsiasi situazione; le quali per esempio, possono variare dall'imposizione di dazi e quindi un conseguente calo delle importazioni dal paese in questione fino alle restrizioni sui servizi o investimenti per limitare altri paesi ad accedere al mercato interno.



Sulla stessa lunghezza d'onda, lo strumento per gli appalti internazionali affronta pratiche commerciali sleali, con l'obiettivo ultimo di contrastare pratiche protezionistiche nell'accesso ai mercati d'appalti in paesi terzi e valorizzando l'accesso reciproco per gli operatori europei negli appalti pubblici. Lo strumento limita l'accesso ad aziende non-UE al mercato degli appalti pubblici UE se i relativi governi non offrono accessi simili ai bandi pubblici alle compagnie UE. Rafforzando la reciprocità, questo strumento ha lo scopo di incoraggiare l'apertura di questi mercati protetti e di porre fine alla discriminazione delle aziende europee in paesi terzi. Questa proposta fu concordata a giugno 2020. È ancora, tuttavia, in attesa dell'approvazione definitiva e l'entrata in vigore.

Un altro esempio significativo di queste misure autonome quasi decise dall'Unione Europea è il Meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere (CBAM). Questo strumento ha l'obiettivo di perseguire l'importazione di prodotti ad alta intensità di carbonio in adempimento agli obblighi di legge del commercio internazionale. Grazie al CBAM, gli importatori UE potranno comprare certificati di emissione di CO<sub>2</sub> che corrispondono al prezzo del carbonio che le aziende avrebbero dovuto pagare nel caso in cui il prodotto fosse stato prodotto seguendo le direttive UE dei prezzi del carbonio. Al contrario, quando un produttore non UE riesce a dimostrare di aver già sostenuto la spesa per quanto riguarda le emissioni di carbonio nella produzione del prodotto importato, il corrispettivo costo può essere interamente dedotto. Il CBAM contribuirà a ridurre il rischio di dispersione del carbonio incoraggiando i produttori in paesi non europei a rendere il loro processo di produzione più sostenibile.

Per quanto riguarda le iniziative promosse dalla Commissione europea nell'Aggiornamento della Strategia Industriale, c'è un ulteriore strumento denominato Strumento di emergenza per il mercato unico (anche detto SMEI) ideato con lo scopo di mitigare l'impatto dannoso che le crisi possono avere sul mercato unico. Lo SMEI ha come obiettivo ultimo di assicurare il continuo approvvigionamento di prodotti essenziali nel mercato unico, nel momento di necessità.

Queste iniziative volte a rafforzare l'autonomia della UE sia in campo economico che industriale possono anche essere viste in un'ottica più ampia all'interno della politica di sicurezza e di difesa comune. Hanno il compito di assicurare che l'Europa sia in grado di mantenere una sicurezza comune ossia il prerequisito fondamentale per *“l'abilità dell'individuo di vivere grazie alle sue stesse leggi”* (= autonomia). La guerra in Ucraina ha contribuito ad accelerare il lavoro della Commissione per quanto riguarda le proposte di iniziative in questo campo, come ad esempio lo stanziamento di fondi per finanziare beni e materiali in Ucraina e l'applicazione di sanzioni.

La connessione tra questi tre ambiti strategici che ho menzionato (concorrenza, commercio e la politica di sicurezza e difesa), può essere osservata nelle continue tensioni che circondano la legge sulla riduzione dell'inflazione negli Stati Uniti (Inflation Reduction Act). Anche conosciuto come IRA, questa iniziativa dell'amministrazione Biden ha lo scopo di incoraggiare investimenti ecologici e sostenibili negli Stati Uniti grazie a un generoso programma di sussidi da oltre 400 miliardi di dollari. Però bisogna ricordare che questi sussidi sono nella maggior parte dei casi condizionati dal cosiddetto requisito “Buy American”. Questa condizione ha un potenziale effetto distorsivo per le aziende europee e in alcuni casi può addirittura attrarre investimenti e lavoratori negli Stati Uniti. L'Europa sta cercando di affrontare questa situazione con il dialogo tra il consiglio Commercio e Tecnologia UE-USA. Tuttavia, come ha riportato la Presidente della Commissione von der Leyen nel discorso tenuto a Bruges il 4 dicembre, la situazione collegata all'IRA è una questione di libera concorrenza e commercio equo, ma anche legata ai nostri enormi sforzi per liberarci dalla dipendenza energetica russa e garantire che i nostri valori e principi rimangano forti di fronte a una Cina sempre più determinata.

Il 1° febbraio 2023, la Commissione ha presentato il piano industriale del Green Deal, un ampio ventaglio di misure e proposte volte a rafforzare la competitività dell'industria europea a zero emissioni nette e sostenere una rapida transizione verso la neutralità climatica. Il piano mira a creare un contesto più favorevole all'aumento della capacità produttiva dell'UE per le tecnologie e i prodotti a zero

emissioni nette, necessari per conseguire gli obiettivi climatici dell'Europa. Il piano è anche, in parte, una risposta all'IRA e ad iniziative simili portate avanti da altri paesi terzi.

In linea con il piano industriale del Green Deal, il 9 marzo 2023 la Commissione ha anche adottato un quadro temporaneo di crisi e transizione che individua una serie di misure di sostegno volte ad incrementare il supporto in settori fondamentali per la transizione verso un'economia a zero emissioni nette. Oltre a misure volte a facilitare la diffusione delle energie rinnovabili e lo stoccaggio dell'energia, il quadro temporaneo consente misure di sostegno in settori fondamentali per la transizione verso un'economia a zero emissioni nette. In casi eccezionali, a determinate condizioni, gli Stati Membri possono altresì fornire un maggiore sostegno a singole imprese qualora vi sia un reale rischio che gli investimenti vengano sottratti all'Europa, inclusa la possibilità di erogare un aiuto equivalente al supporto disponibile in tale ubicazione alternativa.

Sicuramente non sto sostenendo che la politica concorrenziale, quella industriale e le “classiche” politiche estere e di sicurezza siano la stessa cosa. Non lo sono. Anche se il loro scopo e i loro fini sono chiaramente diversi, sono allo stesso tempo complementari e devono essere inquadrati in una prospettiva più ampia e interconnessa, dove ognuno contribuisce nel suo modo specifico a rafforzare un'Europa indipendente che è in grado di prendere le sue decisioni autonomamente.

Concludo.

Oggi ci troviamo a ricordare un grande decano del diritto della concorrenza che ha contribuito a delineare l'architettura giuridica europea, quindi trovo sia appropriato dare uno sguardo ai primi principi fondanti e a questo proposito vi leggerò una citazione dalla premessa del Rapporto Spaak del 1956:

*“Tra gli Stati Uniti che, in quasi tutte le aree, forniscono da soli la metà della produzione mondiale, e i paesi che sotto un regime collettivista si estendono a un terzo della popolazione del globo, stanno aumentando la loro produzione a un ritmo del 10% o del 15% all'anno [...], l'Europa, che un tempo aveva il monopolio delle industrie di*

*lavorazione e traeva risorse importanti dai suoi possedimenti d'oltremare, vede oggi indebolirsi la sua posizione esterna e diminuire la sua influenza, perdersi nelle sue divisioni la sua capacità di progresso. Ciò non escludendo la rapida espansione della produzione che si è verificata negli ultimi anni [...]. Allo stato attuale della sua organizzazione economica, non può prolungare con le proprie forze questo progresso e questo ritmo di espansione. Tre esempi mostreranno concretamente cosa significhi la compartimentazione europea dei mercati di fronte alle possibilità del mondo moderno. Non esiste un'azienda automobilistica in Europa abbastanza grande da utilizzare efficientemente le macchine americane più potenti. Nessuno dei paesi del continente è in grado senza contributi esterni di costruire grandi aerei da trasporto. Nel campo della scienza, le conoscenze atomiche acquisite a caro prezzo in diversi paesi europei rappresentano solo una piccola parte di quelle che gli Stati Uniti ora mettono liberamente a disposizione della propria industria e di altri paesi”.*

Quando ho recentemente riletto questo passaggio, sono rimasto colpito dalle somiglianze che si possono ricondurre alla situazione attuale: da una parte una percezione di perdita di potere e prospettive causata da un altro dagli Stati Uniti con le loro infinite risorse ed energie e dall'altro lato dalle economie “collettive” con ritmi di crescita esponenziali. All'ora come oggi, i totem economici sono facilmente identificabili: automobili, aerei ed energia (anche se oggi potremmo parlare di semiconduttori nell'industria dell'aviazione e non solo di energia nucleare quando si affrontano discorsi più ampi sul mercato energetico).

Quest'immagine è sicuramente suggestiva ma va certamente contestualizzata. Nel 1956 parlavamo di un'Europa che con fatica era uscita dalla seconda guerra mondiale e che, anche grazie al comitato Spaak, riusciva finalmente a superare le divisioni interne, ad unire le forze e affrontare le sfide di quella generazione.

Quando Margarethe Vestager divenne la vice-presidente esecutiva, la presidente della commissione von der Leyen nella sua lettera di missione formulò i suoi compiti come segue: “*quando si tratta di concorrenza, l'obiettivo è chiaro: il Vostro compito nei prossimi cinque*

*anni sarà quello di assicurare che la nostra politica di concorrenza e le nostre regole siano adeguate alla moderna economia globale, siano rigorosamente applicate e contribuiscano a mantenere una forte industria europea, sia internamente sia a livello globale”.*

Penso che in poche parole questo messaggio sia in grado di riassumere il mio discorso oggi. Non è un caso che la presidente von der Leyen abbia identificato come missione principale del Commissario per la concorrenza la necessità di contribuire attivamente all'industria europea. Il rapporto di Spaak ha evidenziato a grandi linee lo stesso messaggio: *La force d'un vaste marché, c'est de concilier la production de masse et l'absence de monopole.*

Certamente non nego che si possano creare tensioni tra queste due aree e che probabilmente ci saranno accessi dibattiti. Come in ogni circostanza che coinvolge diverse politiche, trovare un equilibrio è vitale. Io credo fondamentalmente che l'equilibrio si traduca in sinergia più che conflitto. L'industria fiorisce solo in un ambiente aperto ed equo. La politica di concorrenza e quella industriale non solo devono essere compatibili una con l'altra e avere obiettivi comuni, ma devono essere in grado di rafforzarsi a vicenda per consolidare a loro volta un forte mercato unico con tutte le aziende che operano al suo interno, sia nelle loro strategie interne che esterne.

I RAPPORTI TRA POLITICHE DI CONCORRENZA E POLITICA INDUSTRIALE  
NELLA STRATEGIA EUROPEA PER LA CRESCITA

DI GINEVRA BRUZZONE\*

*1. Le politiche pubbliche per l'attività di impresa nel contesto geopolitico*

Il *Topic II* del questionario FIDE 2023 invita a discutere delle politiche di concorrenza e della politica commerciale dell'Unione europea nella loro «nuova dimensione geopolitica». Nella medesima prospettiva viene chiesto, in particolare, di analizzare i rapporti tra politiche di concorrenza e politica industriale. Su questo specifico tema mi soffermerò in questo contributo, a complemento delle riflessioni di Enrico Adriano Raffaelli con il quale ho avuto il privilegio di condividere quest'anno il ruolo di *National Rapporteur* per l'Italia.

Occorre, quindi, partire dal contesto. Negli ultimi anni le emergenze connesse alla crisi pandemica e all'aggressione russa all'Ucraina si sono intersecate in Europa con l'esigenza strutturale di assicurare un percorso di sviluppo sostenibile sul piano ambientale, economico e sociale. Al contempo, è emersa una maggiore consapevolezza dei rischi che, in un contesto globale sempre più multipolare, possono presentarsi sul fronte dell'accesso alle materie prime e alle fonti energetiche e della continuità delle filiere produttive. Ha così assunto un nuovo rilievo l'obiettivo di assicurare l'autonomia strategica dell'Unione europea,

---

\* Senior Fellow, LUISS School of European Political Economy. Questo contributo è la rielaborazione, con alcune integrazioni, della relazione presentata al Convegno “*Politiche della concorrenza e politica industriale: sinergia o conflitto?*”, svoltosi il 12 dicembre 2022 presso l'Università degli Studi di Milano, Sala Napoleonica.

che possiamo intendere qui, semplicemente, come la capacità di un ordinamento di seguire il proprio percorso di sviluppo anche laddove si verificano nuove emergenze e tensioni sul fronte internazionale.

Rispetto a questo insieme di sfide, le istituzioni dell'Unione europea e degli Stati membri sono chiamate a compiere scelte strategiche su come perseguire i diversi obiettivi minimizzando per quanto possibile i *trade-offs*. Occorre non solo utilizzare abilmente tutti gli strumenti a disposizione della politica pubblica, ma anche saperli combinare tra loro nel modo più efficace.

## 2. *La strategia europea per la crescita sostenibile*

Ogni anno la Commissione europea affronta queste tematiche nella comunicazione sulla crescita sostenibile che viene pubblicata all'inizio del ciclo del Semestre europeo<sup>1</sup>, chiedendosi come delineare un piano di azione in grado di rispondere alle sfide del breve termine senza perdere di vista gli obiettivi strutturali di medio-lungo periodo.

In questi documenti, in cui l'analisi è organizzata considerando le quattro dimensioni della produttività, dell'equità (*fairness*), della sostenibilità ambientale e della stabilità macroeconomica, il collante è l'inserimento dei diversi obiettivi all'interno di una strategia per la crescita economica (la 'crescita sostenibile'). L'intuizione sottostante è che soltanto attraverso la crescita si possano trovare le risorse necessarie per perseguire gli altri obiettivi, accompagnando la trasformazione verde e digitale in modo da assicurare l'occupazione, il benessere dei cittadini e la coesione sociale e territoriale.

La crescita economica, che quindi è al centro del progetto, è a sua volta strettamente connessa alla competitività dell'economia europea. Per sostenerla, come indicato nelle comunicazioni della Commissione sulla strategia industriale dell'Unione, occorre oggi, da un lato, creare condizioni favorevoli agli investimenti nel mercato interno, dall'altro,

---

<sup>1</sup> Cfr., da ultimo, Commissione europea, *Analisi annuale della crescita sostenibile 2023*, COM(2022) 780 def. del 22 novembre 2022.

presidiare la dimensione esterna della sfida concorrenziale, ai confini con la politica commerciale<sup>2</sup>.

È all'interno di questo quadro complessivo che si pone la questione di quale debba essere oggi in Europa il ruolo delle politiche di concorrenza e di come impostare il loro rapporto con le altre politiche pubbliche, tra cui in particolare la politica industriale<sup>3</sup>.

### 3. *Il ruolo delle politiche di concorrenza*

La Vice Presidente Margarethe Vestager nel corso del suo mandato ha costantemente sottolineato come la politica europea di concorrenza non operi nel vuoto e debba risultare adeguata alle sfide attuali, facendo la sua parte in modo da operare effettivamente per il benessere della popolazione<sup>4</sup>. È significativo che nelle fasi emergenziali la Commissione europea sia stata pronta ad adottare pacchetti di regole temporanee, sia per la valutazione degli accordi tra imprese, nell'emergenza Covid-19, sia per il controllo degli aiuti di Stato, da ultimo con il Quadro temporaneo di crisi e transizione del 9 marzo 2023<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Commissione europea, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, COM(2020) 102 final; Commissione europea, *Aggiornamento della nuova strategia industriale 2020: costruire un mercato unico più forte per la ripresa dell'Europa*, COM(2021) 350 final del 5 maggio 2021.

<sup>3</sup> Per politiche della concorrenza si farà qui riferimento, in generale, alle politiche volte a tutelare il processo concorrenziale o, utilizzando il linguaggio del diritto europeo, un sistema di concorrenza non distorto e una concorrenza effettiva nel mercato comune. Analogamente, la politica industriale verrà considerata, nell'accezione ampia proposta dall'OCSE, come l'insieme delle misure "volte a migliorare il contesto per l'attività d'impresa o indirizzare l'attività economica verso settori, tecnologie o compiti che si ritiene offrano migliori prospettive per la crescita economica e il benessere sociale di quelle che sarebbero realizzate in assenza di tale intervento". Cfr. K. WARWICK, *Beyond Industrial Policy: emerging issues and new trends*, OECD Science, Technology and Industry Policy Papers n. 2/2013, OECD Publishing (<http://dx.doi.org/10.1787/5k4869clw0xp-en>).

<sup>4</sup> Cfr. in particolare la comunicazione della Commissione europea, *Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide*, COM(2021) 713 def. del 18 novembre 2021. Cfr. anche le relazioni al convegno *Making markets work for people* organizzato dalla Commissione europea il 27 ottobre 2022, accessibili al link [https://competition-policy.ec.europa.eu/consumers/reaching-out/making-markets-work-people\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/consumers/reaching-out/making-markets-work-people_en).

<sup>5</sup> Comunicazione della Commissione, *Quadro temporaneo di crisi e transizione per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina*, COM(2023) 1711 final del 9 marzo 2023.



L'interrogativo sullo sfondo è se, per fare fronte alle sfide attuali, la risposta debba essere quella di una politica della concorrenza recessiva, abbastanza flessibile da lasciare sistematicamente spazio alla prevalenza degli altri strumenti della politica pubblica, inclusi quelli di politica industriale.

Vi è, tuttavia, più di un motivo per ritenere che questa non sia l'unica risposta e nemmeno la migliore.

Anzitutto, proprio guardando alla competitività non va scordato come in un'economia decentrata che valorizza la libera iniziativa imprenditoriale il processo concorrenziale abbia un impatto cruciale sugli incentivi all'innovazione e al miglioramento dei prodotti e dei processi.

Inoltre, il mantenimento di una concorrenza effettiva nel mercato interno è essenziale per assicurare che gli interessi dei consumatori e delle imprese che acquistano beni e servizi nell'Unione europea vengano adeguatamente salvaguardati.

Su un piano non strettamente economico, si può aggiungere che preservare un'economia decentrata e concorrenziale aiuta, in una società democratica, a mantenere spazi di libertà rispetto ai rischi di un'eccessiva espansione sia del potere pubblico che dei poteri privati<sup>6</sup>.

Occorre quindi domandarsi, alla luce dell'impegno di assicurare un sistema di concorrenza non distorto contenuto nel Protocollo 27 ai Trattati, se rispetto allo scenario di una politica della concorrenza tendenzialmente recessiva vi sia un modo diverso di perseguire gli obiettivi strategici dell'Unione europea e dei suoi Stati membri. Si tratta, in altri termini, di chiedersi se sia possibile, e come, delineare una strategia pro-concorrenziale per la crescita sostenibile, la competitività e l'autonomia strategica dell'Unione europea.

Nei successivi paragrafi verranno discusse, in questa prospettiva, le linee della strategia europea facendo riferimento dapprima alla tutela della concorrenza, con qualche cenno anche alla normativa italiana e

---

<sup>6</sup> Su questi temi, cfr. J. TIROLE, *Économie du bien commun*, Parigi, 2016, p. 475 ss.; G. BRUZZONE, *Preserving the bounds of power: the narrow path to a future-proof competition policy*, in O. ANDRIYCHUK (a cura di), *Antitrust and the Bounds of Power: 25 Years On*, Oxford, 2023, p. 167 ss.

poi guardando al controllo degli aiuti di Stato. Nel paragrafo conclusivo sono proposte alcune riflessioni di sintesi.

#### 4. *Tutela della concorrenza. La revisione della disciplina europea*

La Commissione europea ha effettuato negli ultimi anni un'ampia revisione degli strumenti della tutela della concorrenza per assicurarne l'adequazione rispetto alle sfide attuali, che ha già portato risultati importanti.

La disciplina delle intese verticali, ad esempio, è stata ampiamente rivista nel 2022 alla luce della trasformazione digitale, con un nuovo regolamento di esenzione e nuove linee guida. A breve dovrebbe essere pubblicata una nuova versione della comunicazione sulla definizione dei mercati rilevanti, volta a incorporare quanto emerso dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dall'esperienza applicativa su un arco di oltre venticinque anni e alla luce di un ampio processo di consultazione sull'analisi del potere di mercato. Sono attesi anche nuovi regolamenti di esenzione e nuove linee guida sugli accordi di cooperazione orizzontale e di recente è iniziato un fitness check del regolamento 'modernizzazione' sull'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE da parte della Commissione, delle autorità e dei giudici nazionali.

In parallelo, con l'adozione del Digital Markets Act il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato un insieme di regole complementare alle tradizionali regole della concorrenza, volto a preservare l'equità e la contendibilità nei mercati digitali in cui operano piattaforme qualificabili come *gatekeeper*. Si è quindi ritenuto che, per questi profili, il quadro normativo europeo sulla tutela della concorrenza andasse integrato con speciali regole per le condotte unilaterali e con obblighi più estesi di informazione preventiva sulle operazioni di concentrazione<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Sul Regolamento 2022/1925 (Digital Markets Act) si rinvia alle riflessioni di E. RAFFAELLI, in questo numero di Eurojus.it. Sul coordinamento dell'enforcement con l'applicazione delle regole di concorrenza e più in generale sui rapporti tra le discipline, cfr. anche G. BRUZZONE – S. CAPOZZI, *Unilateral conduct in digital markets: the role of principles in a crowded regulatory space*, in *Concorrenza e mercato*, 2023 (di prossima pubblicazione).

In tutti questi esercizi di revisione degli strumenti del diritto europeo per la tutela della concorrenza, la Commissione ha manifestato la propria consapevolezza del nuovo contesto. Nella bozza di nuove linee guida sugli accordi di cooperazione orizzontale, ad esempio, in modo innovativo per un documento relativo all'applicazione dell'articolo 101 viene fatto espressamente riferimento a comunicazioni in materia di politica industriale e di politica ambientale<sup>8</sup>. Mediante le nuove linee guida la Commissione si propone espressamente di aumentare la certezza giuridica, rendendo più semplice per le imprese cooperare anche per favorire le transizioni verde e digitale, senza pregiudicare la concorrenza. Nella medesima prospettiva, la Commissione appare oggi più disponibile a svolgere una funzione di guida in casi individuali che diano adito a una reale incertezza riguardo all'applicazione dell'articolo 101, mediante orientamenti<sup>9</sup> e presumibilmente, se sorgesse la necessità, anche mediante l'adozione di decisioni positive ai sensi dell'articolo 10 del regolamento n 1/2003.

Vi sono indubbiamente vari ambiti in cui la disciplina può essere chiarita, in linea con le esigenze di promuovere la competitività delle imprese e rimuovere oneri ingiustificati, senza conflitti rispetto all'esigenza di tutelare della concorrenza. Basti pensare al trattamento della condivisione di dati, che è fondamentale per l'attività delle imprese nel contesto della trasformazione digitale e per il quale, negli innumerevoli casi in cui si tratta di dati non attinenti alla strategia commerciale dell'impresa, il fenomeno andrebbe visto come la condivisione di input produttivi e non con l'approccio molto più severo che caratterizza la valutazione ex art. 101 dello scambio di informazioni tra concorrenti.

---

<sup>8</sup> C(2022) 1159 final. Vengono menzionati espressamente sia la comunicazione sull'aggiornamento della strategia industriale, COM(2021) 350 def, sia la comunicazione *The European Green Deal*, COM(2019) 640 def.

<sup>9</sup> Nell'autunno del 2022, mettendo a sistema alcuni spunti emersi durante l'emergenza Covid-19, la Commissione europea ha ampliato le condizioni in presenza delle quali è disponibile a fornire orientamenti alle imprese rispetto all'applicazione dell'articolo 101 in casi individuali, superando l'approccio molto restrittivo seguito nel 2004, subito dopo l'adozione del regolamento modernizzazione, volto presumibilmente a sottolineare il superamento del sistema di notifiche preventive delle intese. Cfr. C(2022) 6925 del 3 ottobre 2022.

Le questioni delicate sorgono quando si riscontra un effettivo *trade-off* tra la tutela della concorrenza e altri obiettivi della strategia europea per la crescita sostenibile. In questi ambiti la Commissione si sta mostrando salda nel mantenere al centro la tutela della concorrenza. Del resto, è proprio l'impostazione delle regole del Trattato a indicare questa linea di azione. Infatti, nel definire la disciplina delle intese e dell'abuso di posizione dominante nel Trattato di Roma è stato scelto di non seguire il modello delle normative nazionali basate su criteri di *public interest* e ampia discrezionalità amministrativa, che erano risultate poco efficaci, ma di istituire un quadro istituzionale più forte, in cui le restrizioni significative della concorrenza sono vietate e la possibilità di eccezioni e giustificazioni è strettamente limitata.

Anche nella successiva disciplina europea delle concentrazioni è stato seguito lo stesso approccio: le operazioni di dimensione europea che comportano un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva, in sostanza, non possono essere autorizzate se non previa introduzione di misure correttive idonee a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali. Nella disciplina europea a tutela della concorrenza, quindi, è la stessa struttura delle regole a lasciare poco spazio, nella valutazione delle condotte e degli atti delle imprese, al bilanciamento con altri obiettivi di politica pubblica.

Il dibattito sull'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE è particolarmente interessante in questo contesto perché questa disposizione si discosta in parte dall'approccio generale. Infatti, il paragrafo 3 contempla chiaramente la possibilità di bilanciare la tutela della concorrenza con altre considerazioni laddove riconosce che gli accordi restrittivi che comportano un miglioramento della produzione o della distribuzione dei beni o che promuovono il progresso tecnico ed economico possono essere considerati compatibili con il Trattato. Tuttavia, l'esenzione è soggetta ad altri tre requisiti cumulativi che limitano le possibilità di deroga: la restrizione deve essere necessaria per ottenere gli effetti positivi, i consumatori, ossia i beneficiari finali del processo concorrenziale, devono ricevere una congrua parte dei benefici e la concorrenza effettiva non deve essere eliminata da una

parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi, almeno per alcuni parametri.

Recentemente la discussione su come valutare gli accordi tra imprese che promuovono la sostenibilità ambientale, nell'ambito della revisione delle linee guida sugli accordi di cooperazione orizzontale, ha fornito l'occasione per testare fino a che punto la Commissione sia disponibile a spingersi nell'interpretazione dei requisiti dell'articolo 101, paragrafo 3.

La Commissione si è anzitutto mostrata pronta ad avvalersi dell'ampiezza delle nozioni di miglioramento della produzione e della distribuzione e progresso tecnico ed economico per estendere la possibile applicazione dell'esenzione a una serie di effetti benefici sul piano ambientale<sup>10</sup> e, inoltre, disponibile ad accettare una visione ampia dei benefici che vanno considerati quando si valuta se i consumatori hanno ricevuto una congrua parte dei miglioramenti conseguiti attraverso l'intesa<sup>11</sup>.

Tuttavia, rispetto all'identificazione di quali consumatori debbano essere congruamente compensati, la Commissione appare intenzionata a mantenere la posizione per cui deve trattarsi dei consumatori nel mercato in cui l'intesa ha un impatto pregiudizievole e non è sufficiente fare riferimento più in generale a una compensazione nell'interesse della società.

D'altronde, in casi di un chiaro *trade-off* tra l'impatto sulle variabili concorrenziali rilevanti per i consumatori e altri obiettivi di politica pubblica, la legittimazione delle autorità di concorrenza a sostituire scelte nell'interesse pubblico alle preferenze espresse dai consumatori potrebbe risultare controversa. Va ricordato, infatti, che le istituzioni europee dispongono anche di strumenti alternativi per perseguire obiettivi di politica pubblica in materia ambientale o di politica

---

<sup>10</sup> Ad esempio, utilizzo di tecnologie di produzione e distribuzione più pulite, minore inquinamento, infrastrutture o catene di approvvigionamento più resilienti, maggiore rapidità nella messa a disposizione di prodotti più sostenibili, miglioramento della capacità di comparazione dei prodotti da parte degli acquirenti con riferimento ai profili di sostenibilità.

<sup>11</sup> Cfr. Commissione europea, *Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition*, Competition Policy Brief, settembre 2021, nonché la bozza di Linee guida sugli accordi di cooperazione orizzontale, C(2022) 1159 final. Cfr. anche il contributo di B. SMULDERS in questo numero della Rivista.

industriale, mentre la tutela della concorrenza ha la specifica missione di assicurare che tramite il processo concorrenziale venga tenuto conto delle esigenze degli acquirenti dei prodotti (in termini di prezzi, qualità, varietà e così via)<sup>12</sup>. Pertanto, qualora obiettivi pur rilevanti di politica pubblica non possano essere conseguiti tramite la mera applicazione delle regole di concorrenza, si dovrà considerare l'utilizzo di altri strumenti (ad esempio, standard, regole o incentivi finanziari) in modo da assicurare la legittimazione democratica delle scelte<sup>13</sup>.

### 5. *Uno sguardo alla normativa italiana*

Quanto argomentato sinora per l'applicazione delle regole europee dovrebbe valere, in linea di principio, anche per l'applicazione delle norme nazionali in materia di intese e abuso, dato il vincolo di interpretazione conforme al diritto europeo contenuto nell'articolo 1, comma 4, della legge n. 287/1990.

L'unico ambito in cui, in linea di principio, può sussistere uno spazio per discostarsi dall'approccio europeo contemperando la tutela della concorrenza con altri obiettivi di politica pubblica è quello del controllo delle concentrazioni che non rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento europeo n. 139/2004. Se si guarda ai profili sostanziali, oggi nella legge n. 287/1990 il test per la valutazione delle operazioni previsto dall'articolo 6, dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 118/2022, è allineato a quello europeo incentrato sull'ostacolo significativo a una concorrenza effettiva. Resta tuttavia nell'articolo 25 della legge n. 287/1990 la possibilità per il Governo di adottare criteri generali che consentano all'Autorità garante di autorizzare eccezionalmente, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale, operazioni che altrimenti sarebbero state vietate. È richiesto in tale scenario il rispetto di tre condizioni: non deve

<sup>12</sup> Il punto è stato recentemente ribadito dalla stessa Commissaria Vestager: “[...]we’ve not touched the principle that consumers in a given market cannot be worse off as this is our core objective as competition enforcers”. Cfr. M. VESTAGER, *A triple shift for competition policy*, 2 marzo 2023, speech/23/1342.

<sup>13</sup> Sulle criticità dell'attribuzione alla tutela della concorrenza di una molteplicità di obiettivi, cfr. anche J. TIROLE, *Socially Responsible Agencies*, EU DG Comp Conference on Making Markets Work for People, 27 ottobre 2022.

essere eliminata la concorrenza dal mercato, non devono essere consentite restrizioni non strettamente giustificate e devono essere previste misure per ricostituire condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato.

L'articolo 25 è rimasto inapplicato ma, come ricordato nel contributo di Enrico Adriano Raffaelli, in Italia è stato fatto ricorso in più occasioni a interventi legislativi ad hoc che hanno introdotto deroghe al divieto delle operazioni di concentrazione previsto dall'articolo 6 della legge n. 287/1990 (nel 2008, nel 2017 e nel 2020).

Collocandosi al di fuori degli argini posti dall'articolo 25, le deroghe effettuate attraverso interventi legislativi comportano il rischio di una non adeguata considerazione dell'impatto negativo derivante dalla restrizione della concorrenza. Va tuttavia ricordato quanto sottolineato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 270/2010 relativa alla legittimità costituzionale della normativa del 2008. La Corte, infatti, pur riconoscendo la possibilità di un bilanciamento da parte del legislatore nazionale tra concorrenza e altri interessi costituzionalmente rilevanti, ha sottolineato come – in linea con l'impegno ad assicurare un sistema di concorrenza non distorto contenuto nel Protocollo 27 - gli interventi normativi in deroga alle norme nazionali sul controllo delle concentrazioni debbano avere un carattere eccezionale e soddisfare i principi di necessità e proporzionalità. Nella disposizione del 2008 assumeva rilievo, ad esempio, la circostanza che l'Autorità garante mantenesse comunque il potere di imporre misure correttive di natura comportamentale e potesse assicurare, entro tre anni, il superamento di eventuali situazioni di monopolio. Anche per gli interventi legislativi in deroga vi sono, quindi, limiti da rispettare.

#### *6. Controllo degli aiuti di Stato e politica industriale. Il rapporto con le altre politiche pubbliche e i principi della disciplina*

Rispetto all'applicazione delle regole in materia di intese, abusi e concentrazioni, nel controllo degli aiuti di Stato vi è un collegamento più stretto e sistematico con il perseguimento di altri obiettivi della politica pubblica. Infatti, nel valutare la compatibilità degli aiuti la

Commissione europea deve fare riferimento ai criteri di cui all'articolo 107, paragrafi 2 e 3, e all'articolo 93 del TFUE che individuano in modo piuttosto ampio gli ambiti in cui le autorità di uno Stato possono perseguire obiettivi di interesse pubblico. Gli obiettivi di politica pubblica coperti da queste disposizioni del Trattato spaziano, infatti, dall'agevolare lo sviluppo di specifiche attività economiche alle esigenze della politica regionale e della coesione territoriale, dal porre rimedio a gravi turbamenti dell'economia alla compensazione dei danni causati da eventi eccezionali, dalla promozione di importanti progetti di interesse comune europeo (IPCEI) al coordinamento dei trasporti.

Al tempo stesso, la disciplina europea pone una serie di vincoli agli interventi degli Stati membri che possono incidere sugli scambi. Ponendo limiti all'utilizzo selettivo di risorse pubbliche a sostegno di determinate imprese o settori, il controllo degli aiuti di Stato mira a evitare le distorsioni del mercato e, al tempo stesso, a prevenire il rischio di corse ai sussidi che, date le diverse disponibilità di risorse pubbliche tra gli Stati membri, potrebbe pregiudicare il *level playing field* concorrenziale nel mercato interno. Più in generale, il controllo degli aiuti di Stato è segnale dell'impegno delle istituzioni europee nei confronti della cosiddetta neutralità concorrenziale, indicata dall'OCSE come cruciale al fine di preservare i confini del potere pubblico rispetto al funzionamento del mercato e la parità del terreno di gioco nel confronto concorrenziale tra imprese<sup>14</sup>.

Per dare attuazione alle disposizioni del Trattato, nel 2005 la Commissione europea aveva pubblicato un piano di azione volto ad assicurare aiuti di Stato «meno numerosi e più mirati» (*less and better targeted State aid*). Tuttavia, gli eventi esterni che hanno successivamente colpito l'economia europea, prima con la crisi economico-finanziaria del 2008/2009, poi con la pandemia e quindi con le conseguenze economiche dell'aggressione russa all'Ucraina, hanno fatto sì che l'impegno alla riduzione progressiva dell'ammontare degli aiuti non potesse essere rispettato.

---

<sup>14</sup> OECD, *Recommendation of the Council on competitive neutrality*, OECD/LEGAL/0462.



Si è però cercato di mantenere la rotta per quanto concerne il secondo impegno, ossia quello di orientare degli aiuti verso interventi di qualità (*more good aid*), attraverso un'ampia serie di iniziative volte a chiarire il quadro analitico per la valutazione della compatibilità delle misure. I principi guida che la Commissione europea ha progressivamente cercato di delineare negli ultimi quindici anni, in particolare nel contesto della modernizzazione e più di recente guardando alle sfide di Next Generation EU, sottolineano anzitutto la necessità di indirizzare l'aiuto a un obiettivo di politica pubblica chiaramente definito e di verificare che esso non comporti risultati che non sarebbero stati conseguiti in assenza dell'intervento pubblico (ad esempio, correggendo un fallimento del mercato o ponendo rimedio a un'esigenza di equità o coesione). Va quindi verificato che l'aiuto costituisca uno strumento appropriato e in grado di modificare la condotta del beneficiario (effetto incentivante) e che non vada oltre quanto necessario. E' infine richiesto che gli effetti sulla concorrenza e sugli scambi rimangano limitati e che l'aiuto sia trasparente. In alcune ipotesi di particolare rilievo viene anche chiesta agli Stati la valutazione ex post dei risultati conseguiti.

### *7. Le richieste di sospensione delle regole e la risposta della Commissione*

Sebbene moltissime misure di aiuto siano ormai coperte dal Regolamento generale di esenzione per categoria n. 651/2014 (GBER) e dalle sue successive modifiche e, pertanto, siano compatibili senza necessità di una notifica preventiva, è indubbio che il quadro normativo sugli aiuti di Stato ponga vincoli non trascurabili alle scelte degli Stati membri, anche perché l'assenza di impatto sulla concorrenza e sugli scambi è stata interpretata in maniera tendenzialmente restrittiva<sup>15</sup>. Così ripetutamente, in concomitanza con i tempi di crisi, è stata invocata da più parti la rimozione del controllo degli aiuti di Stato, che l'Unione

---

<sup>15</sup> Per una ricostruzione aggiornata della giurisprudenza, cfr. P. GENTILI, *Commento all'articolo 107*, in F. ARENA – R. CHIEPPA (a cura di), *Codice della concorrenza*, Milano, 2023, p. 1295 ss.

europea si è autoimposta e che non esiste con modalità analoghe negli ordinamenti nel contesto globale.

In ciascuna di queste crisi, la Commissione è riuscita a resistere alle pressioni semplificando e velocizzando le procedure, fornendo chiarimenti e accordando maggiore flessibilità, ma senza cedere alle richieste di sospensione dell'applicazione delle regole del Trattato e dei loro principi a salvaguardia di una concorrenza non distorta nel mercato comune.

#### 8. *I rapporti con la politica industriale*

Guardando a queste discussioni e agli sviluppi degli ultimi anni nell'ottica della competitività e della crescita, si può osservare che, paradossalmente, i principi del controllo degli aiuti di Stato possono essere visti non come un ostacolo alla politica industriale, ma proprio come strumento di una moderna politica industriale che, prendendo atto della scarsità delle risorse pubbliche, persegue gli obiettivi cercando di evitare sprechi, duplicazioni e distorsioni ingiustificate. Inoltre, la formulazione molto ampia delle possibili ragioni di compatibilità nell'articolo 107 consente una grande flessibilità nell'individuazione degli obiettivi meritevoli di tutela a livello europeo e, come chiarito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Hinkley Point*, anche a livello nazionale<sup>16</sup>. Così, in linea di principio, aiuti di Stato ben disegnati possono essere considerati compatibili non solo quando perseguono gli obiettivi della strategia europea per la crescita sostenibile, ma anche quelli di politiche nazionali complementari.

La competenza esclusiva della Commissione europea nella valutazione di compatibilità degli aiuti, sotto il controllo della Corte di giustizia, contribuisce fortemente alla coerenza del sistema. In questi anni, le decisioni, i regolamenti e le varie linee guida della Commissione hanno promosso approcci convergenti da parte degli Stati membri alle sfide da affrontare, anche in aree che successivamente sono state assoggettate a una disciplina comune a livello europeo come

---

<sup>16</sup> Corte di giustizia, C- 594/18 P, EU:C:2020:742, *Austria c. Commissione (Hinkley Point)*.

avvenuto per il salvataggio e la risoluzione delle banche dopo la crisi del 2008-2009.

La Commissione, del resto, attraverso le progressive modifiche del regolamento generale di esenzione e le revisioni delle diverse linee guida in materia di aiuti di Stato può tenere costantemente aggiornato il quadro alle esigenze della politica pubblica europea. Esemplari, da questo punto di vista, sono la revisione delle linee guida sugli IPCEI nel dicembre 2021 (2021/C 528/02) e della disciplina a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia (2022/C 80/01), nonché le revisioni del GBER nel luglio 2021 e nel marzo 2023.

### *9. Quadri temporanei e politica industriale*

In una prospettiva di politica industriale è anche interessante osservare come nei recenti Quadri temporanei vi sia stato un graduale passaggio dall'enfasi sulla gestione dell'emergenza all'attenzione a favorire la ripresa economica dopo le crisi. Nell'ultima modifica del Quadro temporaneo per l'emergenza Covid-19, ad esempio, era stata inserita una sezione 3.13 dedicata al sostegno agli investimenti per la ripresa economica in linea con la transizione verde e digitale. Si trattava chiaramente di un'apertura, sia pure accompagnata da varie salvaguardie (limite all'ammontare degli aiuti, necessità di assicurare un'ampia platea di beneficiari) verso tipologie di aiuti che andavano al di là della risposta immediata alla pandemia, quali ad esempio investimenti in nuovi impianti o nel rafforzamento della capacità produttiva per prevenire situazioni di carenza di offerta di determinati beni<sup>17</sup>.

Lo stesso approccio è stato mantenuto e progressivamente rafforzato nel Quadro temporaneo sugli aiuti di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'attacco russo all'Ucraina, da ultimo nella revisione del 9 marzo 2023 che porta la nuova denominazione di *Quadro temporaneo di crisi e transizione*.

---

<sup>17</sup> Un elenco non esaustivo delle tipologie di interventi potenzialmente coperti, volti a incentivare gli investimenti privati, era fornito dalla Commissione nella comunicazione *Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide*, COM(2021)713 def. p. 5.

L'attuale Quadro, oltre a mantenere le misure di risposta più immediata, comporta nuove facilitazioni per l'adozione di regimi volti ad accelerare la diffusione delle energie rinnovabili e lo stoccaggio di energia, in linea con il piano RePowerEU, e la decarbonizzazione dei processi industriali. La principale novità, comunque, è la nuova sezione 2.8 dedicata agli aiuti per accelerare gli investimenti in settori strategici per la transizione verso un'economia a zero emissioni nette. L'obiettivo è quello di facilitare la produzione di batterie, pannelli solari, turbine eoliche, pompe di calore, elettrolizzatori e dispositivi per la produzione e lo stoccaggio del carbonio, ma anche la produzione di componenti chiave per tali processi produttivi e l'estrazione o il recupero delle materie prime critiche necessarie.

I requisiti per la compatibilità di questi aiuti agli investimenti sono sensibilmente facilitati rispetto all'applicazione caso per caso dei principi generali. Oltre a regimi di aiuto, inoltre, sono previsti in via eccezionale anche aiuti individuali per rispondere a sovvenzioni che il beneficiario potrebbe ricevere per un investimento equivalente al di fuori dello spazio economico europeo (c.d. *matching aid*), identificando l'obiettivo di interesse pubblico nell'esigenza di mantenere la localizzazione del progetto di investimento nell'Unione europea.

La nuova sezione del Quadro si caratterizza per una discontinuità rispetto al passato, rilevata dalla stessa Vice Presidente Vestager che, nel presentare la proposta, ha osservato: *“But looking at the whole proposal, I would urge Member States to focus on the second component. Because using State aid to establish mass production and to match foreign subsidies is something new. And it is not innocent. It comes with significant risks for the integrity of the Single Market. And for our cohesion. And, because of that, also for our unity”*<sup>18</sup>.

Al fine di far fronte a queste preoccupazioni, nella versione finale del Quadro sono state previste per gli aiuti individuali al di fuori di regimi condizioni stringenti per assicurare il coinvolgimento di aree svantaggiate e di più Stati membri. Il tema, in ogni caso, solleva questioni più generali.

---

<sup>18</sup> Remarks by Executive Vice-President Vestager on the proposal for a State aid Temporary Crisis and Transition Framework, Speech/23/527.

### 10. Aiuti di Stato, *level playing field*, risorse comuni

Ogniqualevolta, come nelle recenti crisi, si verificano i presupposti per un diffuso ricorso al sostegno pubblico e, a maggior ragione, quando si allargano, come sta avvenendo in questa fase, gli obiettivi di politica pubblica ritenuti rilevanti per la strategia di crescita europea, si accentuano i rischi di pregiudizio del *level playing field* all'interno dell'Unione europea in ragione della diversa disponibilità di risorse pubbliche da parte dei vari Stati membri<sup>19</sup>. In tali contesti, aumenta l'attrattiva di iniziative europee volte a mettere a disposizione risorse comuni, da ripartire sulla base di criteri oggettivi e trasparenti, da destinare al sostegno all'economia.

Questa è la strada che è stata già seguita, in sostanza, con il Dispositivo per la ripresa e la resilienza (Recovery and Resilience Facility – RRF) nell'ambito dell'iniziativa Next Generation EU: sono state messe a disposizione ingenti risorse a livello europeo per il coordinamento delle risposte degli Stati alle tensioni economiche e sociali conseguenti alla crisi pandemica e per sostenere riforme e investimenti nella ricerca di un sentiero di ripresa. Come noto, la RRF pone stretti vincoli in capo agli Stati membri beneficiari delle risorse, che si riflettono nella predisposizione di Piani nazionali, approvati dalle istituzioni europee, e in uno stretto monitoraggio sulla loro attuazione. Inoltre, conformemente ai principi generali della disciplina, l'utilizzo delle risorse della RRF da parte degli Stati è soggetto all'applicazione delle regole sugli aiuti di Stato<sup>20</sup>. La provenienza europea delle risorse, infatti, secondo un orientamento consolidato non è sufficiente a escludere che si possa configurare un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 del Trattato<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. ad esempio quanto sottolineato da M. Motta, M. Peitz (2020), *EU State Aid Policies at the time of Covid-19*, <https://cepr.org/voxeu/columns/eu-state-aid-policies-time-covid-19>.

<sup>20</sup> Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, considerando 8; Commissione europea, *Guidance to Member States Recovery and Resilience Plans*, 22 gennaio 2021, SWD(2021)12 final, parte 1, pp. 18-80.

<sup>21</sup> Commissione europea, *Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato*, 2016/C 262/01, punto 60.

La conseguenza è che, laddove le risorse europee vengano utilizzate dallo Stato, eventualmente insieme a risorse nazionali, in modo da conferire un vantaggio selettivo ad alcune imprese o settori, lo Stato deve rispettare gli obblighi di notifica preventiva alla Commissione oppure disegnare le misure di aiuto in modo da rientrare nel regolamento generale di esenzione o in un regime di aiuto esistente, o comunque nell'ambito di applicazione di qualche decisione o regolamento (ad esempio, i regolamenti de minimis) che consentano di evitare la notifica. Viene così assicurato, in aggiunta al monitoraggio sul rispetto degli impegni europei in relazione alle risorse messe a disposizione, che queste vengano utilizzate seguendo i principi chiave del controllo degli aiuti di Stato, ossia senza sprechi, duplicazioni e senza creare distorsioni ingiustificate.

Questo modello è destinato a mantenere un ruolo fondamentale nei prossimi anni. Nella comunicazione *A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age* del 1° febbraio 2023, che ha preceduto l'adozione del nuovo Quadro temporaneo e la revisione del GBER, la Commissione europea si è impegnata ad approfondire come mettere a disposizione maggiori risorse comuni europee per sostenere gli investimenti nelle tecnologie a zero emissioni<sup>22</sup>. Nella comunicazione la Commissione prevede di concentrarsi nel breve periodo su strumenti esistenti (RePowerEU, InvestEU e Fondo innovazione) ma anche di elaborare, guardando a un orizzonte più ampio, una risposta strutturale al fabbisogno di investimenti attraverso la costituzione di un Fondo sovrano europeo nel contesto della revisione del quadro finanziario pluriennale<sup>23</sup>. Gli obiettivi di investimento del Fondo coinvolgerebbero non solo le tecnologie a zero emissioni, ma più in generale le tecnologie critiche ed emergenti rilevanti per la transizione verde e digitale, quindi anche, ad esempio, la microelettronica, la computazione quantistica, l'intelligenza artificiale e le biotecnologie. L'idea è di prendere spunto

---

<sup>22</sup> “To avoid fragmenting the Single Market due to varying levels of national support, facilitate the green transition across the Union as a whole, avoid exacerbating regional disparities and address the gap between funding currently available and the financing needs for scaling up the net zero industry, we must also step up EU funding.” Cfr. Comunicazione della Commissione, *A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age*, COM(2023)62 final, p. 10 ss.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 13.

dai progetti di cooperazione tra diversi Stati già sviluppati tramite gli IPCEI e favorire l'accesso da parte di tutti gli Stati membri per preservare la coesione e il mercato interno.

### *11. Conclusioni*

Le sfide dell'attuale contesto geopolitico si riflettono sulla tutela della concorrenza, sul controllo degli aiuti di Stato e sullo sviluppo di nuovi strumenti difensivi, al confine tra politica della concorrenza e ambiti contigui<sup>24</sup>. Questo contributo si è concentrato sui primi due ambiti, inquadrando la discussione all'interno della strategia europea per la crescita sostenibile.

La prima conclusione è che una tutela della concorrenza i cui strumenti vengono progressivamente aggiornati, ma che resta focalizzata sull'obiettivo della protezione del processo concorrenziale, può contribuire in maniera importante alla strategia per la crescita, assicurando da un lato il mantenimento degli incentivi concorrenziali nell'attività di impresa, dall'altro la tutela degli interessi dei consumatori e delle imprese che acquistano beni e servizi nell'Unione europea. L'ampio dibattito promosso dalla Commissione europea su come assicurare che la politica della concorrenza sia pronta a nuove sfide indica che il passaggio a modelli di tutela della concorrenza *multitask* e la sistematica possibilità di bilanciare l'obiettivo della tutela della concorrenza con altri obiettivi porterebbero a sistemi meno trasparenti ed efficaci di quello attuale.

Per il controllo degli aiuti di Stato, le regole europee già consentono alla Commissione, nella valutazione della compatibilità, di tenere conto degli obiettivi di politica pubblica dell'Unione europea e degli Stati membri, e ciò è avvenuto in questi anni nella prassi decisionale e nei progressivi adeguamenti delle regole. Al tempo stesso, i principi della disciplina, in particolare quelli di necessità, adeguatezza, proporzionalità dell'aiuto e minimizzazione delle distorsioni della concorrenza, possono essere visti come i principi di una moderna

---

<sup>24</sup> Cfr. l'analisi di B. SMULDERS in questo numero della Rivista.

politica industriale volta ad assicurare un efficace utilizzo delle risorse pubbliche a sostegno dell'attività di impresa.

Oggi, sul fronte degli aiuti il principale elemento di criticità dipende dal fatto che le sfide a cui deve fare fronte la strategia europea per la crescita richiederanno prevedibilmente ancora un significativo ricorso alle risorse pubbliche a sostegno dell'attività economica. Le possibilità di intervento, con la recente estensione dell'ambito di applicazione del Regolamento generale di esenzione e il nuovo Quadro temporaneo di crisi e transizione, sono state significativamente ampliate e alcuni degli aiuti previsti dal Quadro temporaneo, in particolare i cosiddetti *matching aid*, vanno al di là dell'approccio tradizionale alla correzione dei fallimenti di mercato per seguire un'impostazione più politica di risposta alle strategie commerciali di altri ordinamenti.

Questa evoluzione solleva con evidenza il problema del *level playing field* perché potrebbe aprire la strada a un massiccio impiego di sussidi da parte di alcuni Stati membri, riproponendo quelle tensioni nel mercato interno che la stessa disciplina degli aiuti di Stato si proponeva di prevenire. In questo contesto, vi sono forti motivi per sostenere le iniziative volte a mettere a disposizione risorse europee per il perseguimento degli obiettivi della strategia per la crescita, sia attraverso gli strumenti esistenti sia, come prefigurato dalla Commissione nella comunicazione *A Green Deal Industrial Plan for the Net Zero Age*, mediante la creazione di nuovi strumenti dedicati quale potrebbe essere un Fondo sovrano europeo.



L'AFFIEVOLIMENTO DEL «COMUNE INTERESSE» NEL GIUDIZIO DI  
AUTORIZZAZIONE DEGLI AIUTI FRA INCOERENZE DI SISTEMA E  
AMPLIAMENTO DELLE PREROGATIVE DEGLI STATI MEMBRI

di DAVIDE DIVERIO \*

SOMMARIO: 1. L'art. 92, par. 3, lett. b), del Trattato CEE nella decisione della Commissione del 7 ottobre 1987. – 2. La *ratio* del par. 3 dell'(attuale) art. 107 TFUE nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. Il «grave turbamento dell'economia di uno Stato membro» quale causa di giustificazione per la concessione di aiuti al mercato bancario al tempo della crisi economico-finanziaria del 2008. – 4. L'interpretazione della deroga ex art. 107, par. 3, lett. b), TFUE nella prima giurisprudenza sul «Quadro temporaneo» nell'emergenza pandemica. – 5. Le possibili implicazioni sull'esercizio delle competenze degli Stati membri del recente approccio interpretativo del Tribunale in tema di deroghe al divieto di aiuti. – 6. Il principio di proporzionalità quale “nuova” declinazione del «comune interesse»? - 7. Considerazioni conclusive.

*1. L'art. 92, par. 3, lett. b), del Trattato CEE nella decisione della Commissione del 7 ottobre 1987*

La giurisprudenza, che va via via formandosi, sull'applicazione del «Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19»<sup>1</sup> induce a

---

\* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> Come noto, tale «Quadro temporaneo», in forza dei sei emendamenti che ne hanno prorogato l'efficacia (l'ultimo dei quali è pubblicato in *GUUE* C 473 del 24 novembre 2021, p. 1), ha cessato di essere applicabile, nella sua quasi totalità, a

svolgere alcune riflessioni, in particolare, in merito al sistema delle deroghe al generale divieto di concedere aiuti di Stato alle imprese previsto dall'art. 107, par. 3, TFUE. Pur se evidentemente e strettamente connessa alle del tutto eccezionali circostanze nelle quali essa si colloca e seppure, per ora, costituita soltanto da pronunce del Tribunale (tutte peraltro oggetto di impugnazione di fronte alla Corte di giustizia), tale giurisprudenza offre tuttavia spunti di notevole interesse e di rilievo generale che, si può ben ritenere, vanno al di là del limitato, per quanto rilevante, ambito di applicazione della citata comunicazione sul quadro temporaneo. Ci si intende riferire, soprattutto, alle considerazioni che i giudici di Lussemburgo rivolgono alla deroga rappresentata dalla lettera b), dell'art. 107, par. 3, specificamente nella parte dedicata agli aiuti destinati «a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro».

La deroga in parola ha assunto, per molto tempo, ben poco rilievo nella prassi meno recente della Commissione essendo stata applicata in modo del tutto marginale e «restrittivo»<sup>2</sup>. Il precedente più significativo è senz'altro costituito dalla decisione del 7 ottobre 1987 relativa ad aiuti del governo greco a favore dell'industria greca in forza della legge

---

partire dal 1° luglio 2022. La Comunicazione istitutiva del «Quadro temporaneo», del 19 marzo 2020, è pubblicata in *GUUE* C 91 del 20 marzo 2020, p. 1. Con la Comunicazione «Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19», in *GUUE* C 423 del 7 novembre 2022, p. 9, il regime temporaneo dedicato agli aiuti al sostegno agli investimenti per una ripresa sostenibile è stato prorogato fino al 31 dicembre 2023.

Per un commento, *ex multis*, A. BIONDI, *Governing the Interregnum: State Aid rules and the COVID-19 Crisis*, in *Market and Competition Law Review*, 2, 2020, pp. 17-40; L. IDOT, *Covid-19 et contrôle des aides d'État: les premières réponses*, in *Europe*, 4, 2020, p. 1; ID., *Aides d'État – COVID-19*, in *Europe*, 5, 2020, pp. 1-2; M. MEROLA, A. COGONI, *Emergenza Covid-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, in *Eurojus.it*, 1-2021, pp. 49-76; F. ROSSI DAL POZZO, *Aiuti di Stato e stato di emergenza tra solidarietà e condizionalità*, in *Eurojus.it*, 4-2021, pp. 59-84.

<sup>2</sup> In questi termini si esprime ad esempio la Commissione stessa nella sua decisione del 27 giugno 2007 relativa all'aiuto di Stato C 50/2006 (ex NN 68/2006, CP 102/2006) al quale l'Austria ha dato esecuzione in favore di BAWAG-PSK (in *GUCE* L 83 del 26 marzo 2008, p. 7), al par. 168.

In merito, per tutti, K. BACON, *European Union Law of State Aid*, Oxford, 2017, III ed., p. 107.

1386/1983<sup>3</sup>. Con l'obiettivo di contribuire allo sviluppo socio-economico del paese, quest'ultima legge aveva istituito un'organizzazione per il risanamento finanziario di imprese (*l'Organismos Anasygrotisis Epichirireou, OAE*) cui spettava, fra le diverse attribuzioni, assumere partecipazioni nel capitale di imprese esistenti o da creare, concedere prestiti di qualsiasi tipo a imprese nelle quali detenesse quote di partecipazione e prestare garanzie per tali prestiti, emettere prestiti obbligazionari in Grecia o all'estero, accendere prestiti presso lo Stato greco, la Banca di Grecia o altre istituzioni finanziarie in Grecia o all'estero. L'*OAE* doveva ritenersi parte integrante dello Stato con un capitale sottoscritto e detenuto da quest'ultimo o da organismi statali e locali, organismi sindacali, banche controllate dallo Stato e imprese del settore pubblico; parimenti, le sue risorse finanziarie erano pacificamente di origine pubblica.

Gli interventi disposti dall'*OAE* configuravano, a parere della Commissione, aiuti di Stato ai sensi del Trattato, integrando tutti gli elementi costitutivi della fattispecie ai sensi dell'(attuale) art. 107 TFUE, par. 1. In particolare, le società a favore delle quali tali interventi erano disposti, e che dunque l'*OAE* nella sostanza risanava, erano attive anche fuori dai confini nazionali trovandosi così in concorrenza con imprese di altri Stati membri che non ricevevano analoghi benefici. La Commissione aveva tuttavia ritenuto possibile autorizzare l'aiuto in oggetto giudicandolo idoneo, appunto, a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro ai sensi della lett. b) del par. 3 dell'art. 92 del Trattato CEE (attuale art. 107 TFUE). La legge greca 1386/1983 e le attribuzioni dell'*OAE* dovevano infatti inquadrarsi all'interno di un più ampio contesto costituito da un programma di stabilizzazione e di ripresa economica, appena varato dal governo greco, consistente in una cospicua serie di misure quali, ad esempio, la svalutazione del 15 % della dracma, la totale eliminazione dell'indicizzazione dei salari, la riforma fiscale, determinate restrizioni della politica monetaria e creditizia. La stessa Comunità aveva del resto

---

<sup>3</sup> Decisione della Commissione del 7 ottobre 1987 relativa ad aiuti del governo greco a favore dell'industria greca in forza della legge 1386/1983 (88/167/CEE), in *GUCE* L 76 del 22 marzo 1988, p. 18.

riconosciuto le difficoltà della situazione economica greca, concedendo prestiti e autorizzando lo Stato a fornire sovvenzioni alle esportazioni, seppure per un periodo limitato; accettando, cioè, l'adozione di provvedimenti nazionali di norma vietati ai sensi del Trattato. Senza l'intervento dell'*OAE* un'ampia parte dell'industria greca sarebbe stata posta in liquidazione e ciò avrebbe sensibilmente pregiudicato l'efficacia del rigoroso programma di austerità messo in atto dal governo greco e, in qualche misura, avallato dalla stessa Comunità. In un contesto tanto peculiare, la Commissione non ha dubitato che l'aiuto sottoposto al suo esame fosse senz'altro stato adottato per alleviare o, auspicabilmente, porre termine a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro e dunque meritevole di essere autorizzato secondo l'(attuale) art. 107, par. 3, lett. b). Come ricordato, era già stata la Comunità nel suo complesso ad aver, per così dire, certificato l'esistenza di un tale turbamento dell'economia nazionale greca.

Ciò non toglie, tuttavia, che in quell'occasione la Commissione avesse precisato di non ritenersi sollevata da un generale obbligo di valutazione in merito al fatto che le singole misure di sostegno, adottate sulla base di quel piano generale, in concreto non incidessero negativamente sugli scambi intracomunitari e sulla concorrenza. In altri termini, pur concludendo che il regime generale *de quo* fosse da autorizzare ai sensi della citata deroga del Trattato, la Commissione preannunciava una successiva (e permanente) verifica, da condurre caso per caso, preordinata alla valutazione della non contrarietà delle misure di volta in volta adottate rispetto agli obiettivi della politica comunitaria della concorrenza. In effetti, a parere della Commissione, trattandosi sovente di concedere aiuti a società fondamentalmente efficienti pur se transitoriamente in situazione di difficoltà, sarebbe stato necessario scongiurare un effetto di (illegittimo) rafforzamento concorrenziale di queste società ai danni delle società di Stati membri e di mercati diversi. Significativo, sul punto, è evidenziare come per tale istituzione fosse pacifico procedere a un'analisi degli effetti delle agevolazioni via via adottate al fine di escludere che l'aiuto «promuov[esse] l'espansione delle capacità produttive [... ovvero] semplicemente sposta[sse] il problema, senza trovare effettive

soluzioni ai problemi sociali e industriali con i quali tutta la comunità deve misurarsi [ovvero] aggrava[ss]e addirittura la situazione nel medio o nel lungo periodo»<sup>4</sup>. Un tale approccio doveva anzi ritenersi obbligato in quanto, lo si desume dalle motivazioni della decisione stessa, direttamente imposto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, secondo la Commissione, in linea generale richiede appunto siffatta verifica e, più nello specifico, impone che essa venga condotta sulla base di considerazioni di politica comunitaria.

Il riferimento, peraltro esplicito, condotto dalla Commissione nella decisione in parola è alla ben nota pronuncia *Philip Morris*<sup>5</sup>, vero e proprio caposaldo rispetto al tema della discrezionalità – molto ampia – dell’esecutivo dell’Unione nell’applicazione delle deroghe al divieto di aiuti (oggi) previste al par. 3 dell’art. 107 TFUE<sup>6</sup>. Come noto, in quell’occasione la Corte respinse gli argomenti della ricorrente, volti all’annullamento della decisione della Commissione con cui quest’ultima aveva negato l’autorizzazione a un progetto di aiuti che i Paesi Bassi avrebbero voluto accordare per l’incremento delle capacità di produzione di una fabbrica di sigarette, ritenendo, fra le altre cose, che fosse inapplicabile la deroga di cui alla lett. b) del par. 3 dell’art. 92 del Trattato (attuale art. 107 TFUE). Sottolineato il potere discrezionale di cui la Commissione risulta titolare nell’applicazione della disciplina degli aiuti di Stato alle imprese ed evidenziato come il suo esercizio comporti «valutazioni di ordine economico e sociale da effettuarsi in un contesto comunitario»<sup>7</sup>, i giudici di Lussemburgo avevano considerato legittimo l’operare della Commissione che, nella propria decisione, aveva ritenuto inapplicabile la citata deroga. Ciò in ragione del fatto che

<sup>4</sup> Decisione della Commissione del 7 ottobre 1987, cit., par. V.

<sup>5</sup> Corte giust., 17 settembre 1980, causa 730/79, *Philip Morris*, ECLI:EU:C:1980:209.

<sup>6</sup> *Ex multis*, G. STROZZI, G. VITALE, *Gli aiuti di Stato*, in G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell’Unione europea – Parte speciale*, Torino, 2021, VI ed., p. 403 ss., a p. 423 ss.

<sup>7</sup> Corte giust., *Philip Morris*, cit., punto 24.

Nella giurisprudenza più recente, *ex multis*, Trib., 6 aprile 2006, causa T-17/03, *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke*, ECLI:EU:T:2006:109, punto 41; Trib., 8 aprile 2014, causa T-319/11, *ABN Amro Group*, ECLI:EU:T:2014:186, punto 27; Trib., 17 luglio 2014, causa T-457/09, *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband*, ECLI:EU:T:2014:683, punto 183.

«l'aiuto progettato avrebbe consentito di spostare investimenti realizzabili in altri Stati membri ove la situazione fosse meno favorevole che nei Paesi Bassi»<sup>8</sup>.

2. *La ratio del par. 3 dell'(attuale) art. 107 TFUE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

A partire dal caso *Philip Morris*, paiono ben evidenti le linee attorno alle quali si costruisce la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di deroghe, *ex* (attuale) art. 107, par. 3, TFUE, al generale divieto di aiuti di Stato alle imprese. Se, come ricordato, nella sua decisione del 7 ottobre 1987 la Commissione aveva chiarito che l'autorizzazione concessa al regime generale di aiuti con tale atto non avrebbe precluso un suo successivo e permanente esame intorno alla coerenza fra le singole misure attuative di tale regime e gli obiettivi della politica comunitaria di concorrenza, la correttezza di questo *modus procedendi*, che si consolida nella successiva prassi decisionale della Commissione<sup>9</sup>, riceve infatti una conferma costante da parte della Corte di giustizia. I giudici di Lussemburgo si sono spesso trovati nella condizione di fornire chiarimenti in merito all'interpretazione da conferire alle differenti fattispecie derogatorie previste al par. 3 dell'attuale art. 107 TFUE, così da poterle correttamente applicare e, in parte anche, di volta in volta eventualmente distinguerle.

Così, in termini del tutto inequivoci, in tempi più recenti la Corte di giustizia ha certamente "certificato" le differenze testuali fra la lett. a) e la lett. c) del par. 3 dell'attuale art. 107 TFUE, in particolare consistenti nell'assenza, alla lett. a), dell'indicazione, viceversa presente alla lett. c), secondo cui gli aiuti autorizzabili non debbano alterare «le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse». Ne ha tratto l'affermazione secondo cui, quando si trovi ad

---

<sup>8</sup> Corte giust., *Philip Morris*, cit., punto 25.

<sup>9</sup> Si rinvia, ad esempio, alla Decisione della Commissione del 20 maggio 1998 in merito agli aiuti di Stato nel settore della trasformazione e della commercializzazione dei prodotti agricoli che potrebbero essere concessi dalla Germania sulla base degli esistenti regimi di aiuto con finalità regionale, in *GUCE* L 60 del 9 marzo 1999, p. 61, punto 36.

applicare la lett. a), la Commissione debba ritenersi titolare, se possibile, di un potere discrezionale ancora più ampio in vista della concessione di aiuti a imprese di regioni che rispondano effettivamente ai criteri fissati da tale deroga.

Tuttavia, altrettanto inequivocamente, propugnando una interpretazione unitaria dell’intero par. 3 dell’attuale art. 107 TFUE, in una linea di continuità con il precedente costituito dalla pronuncia *Philip Morris*, la Corte ha anche affermato che «la diversità di formulazione tra le lett. a) e c) dell’art. 87 [attuale art. 107 TFUE], n. 3, CE non può indurre a ritenere che la Commissione non debba affatto prendere in considerazione l’interesse comunitario laddove essa applichi la prima di queste due disposizioni, ma debba limitarsi a verificare la specificità regionale delle misure in causa senza valutare il loro impatto sul mercato o sui mercati pertinenti nell’insieme della Comunità»<sup>10</sup>. Ancor più chiaramente, essa ha di conseguenza evidenziato come, nella sua valutazione volta a dichiarare applicabile oppure no al caso di specie la deroga di cui alla lett. a) dell’art. 87 del Trattato CE, la Commissione non poteva limitarsi a verificare che, effettivamente, le misure nazionali fossero idonee a favorire lo sviluppo economico delle regioni interessate (obbligo che, *de plano*, discenderebbe appunto dalla formulazione di tale lett. a), essendo invero tenuta anche «a valutare l’impatto di tali aiuti sugli scambi interstatali e in particolare ad apprezzare le ripercussioni settoriali che essi possono provocare a livello comunitario»<sup>11</sup>.

Qualche anno prima, la Corte aveva del resto ancor più esplicitato il proprio orientamento in merito, giungendo a identiche conclusioni anche in presenza di una Comunicazione interpretativa adottata dalla Commissione in, per così dire, attuazione della deroga di cui alla lett. a) dell’attuale art. 107 TFUE. Essa aveva anzi dichiarato che, proprio dalle previsioni di una Comunicazione relativa, appunto, alle modalità di applicazione delle fattispecie di deroga di cui alle lett. a) e c) del par. 3 dell’art. 92 del Trattato CEE – atto sul quale, peraltro, era

---

<sup>10</sup> In questi termini, Corte giust., 19 settembre 2002, causa C-113/00, *Spagna c. Commissione*, ECLI:EU:C:2002:507, punto 67.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

esplicitamente fondata la decisione di aprire il procedimento relativo agli aiuti controversi di cui la Spagna domandava, nell'occasione, l'annullamento – doveva dedursi che «l'applicazione dell'art. 92 [attuale art. 107 TFUE], n. 3, lett. a) nonché lett. c), presuppone la presa in considerazione non soltanto delle implicazioni di ordine regionale degli aiuti previsti da tali disposizioni del Trattato, ma anche, con riguardo all'art. 92 [attuale art. 107 TFUE], n. 1, dell'impatto degli aiuti in parola sugli scambi fra gli Stati membri e quindi delle ripercussioni settoriali che gli aiuti rischiano di provocare a livello comunitario»<sup>12</sup>.

Le ricordate pronunce della Corte paiono perciò dettare alcuni punti fermi in merito all'applicazione delle deroghe di cui alle prime tre lettere (a), b) e c) del par. 3 dell'art. 107 TFUE. Da un lato, pur se fra di loro differenti, esse dovrebbero essere soggette, in ultima analisi, alla verifica di un parametro nella sostanza comune; ovvero sia quello, esplicitato alla sola lett. c), della non contrarietà all'interesse comune inteso quale misura della, per così dire, tollerabilità (nella prospettiva della piena realizzazione del mercato interno) dell'alterazione delle condizioni degli scambi che le misure di agevolazioni produrrebbero<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Corte giust., 14 gennaio 1997, causa C-169/95, *Spagna c. Commissione*, ECLI:EU:C:1997:10, punto 20.

Del resto, la dottrina è inequivoca sul punto quando ricorda che «the exercise of the Commission's discretion in the application of Article 107(3) involves assessments of an economic and social nature which must be made within an EU rather than a merely national context» (così K. BACON, *European Union Law of State Aid*, cit., p. 99). Ancora più chiaramente, si legge che «the compatibility with the Treaty of the aid [...] must be determined in the context of the Union and not of a single Member State [...] It must also not be forgotten that the examination of compatibility is carried out not in the interest of the Member State granting the aid but in the general interest of the Union» (in questi termini, V. KREUSCHITZ, *Article 107 TFEU – Compatible and incompatible aid (Article 107(3) TFEU)*, in F.J. SÄCKER, F. MONTAG (a cura di), *European State Aid Law. A Commentary*, München, 2016, pp. 251-293, a p. 257.

<sup>13</sup> In questi termini, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale J. KOKOTT del 26 giugno 2008, nella causa C-333/07, *Société Régie Networks*, ECLI:EU:C:2008:371, punto 98 e nota 74.

Sia inoltre consentito, sul punto, il rinvio a D. DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche. Dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Milano, 2010, a p. 222.

Con specifico riguardo alla lett. c) del par. 3 dell'art. 107 TFUE, si veda altresì, nella giurisprudenza più recente, Corte giust., gr. sez., 22 settembre 2020, causa C-594/18 P, *Austria c. Commissione*, ECLI:EU:C:2020:742, punto 101. Per un



Dall’altro lato, con una considerazione certamente strettamente connessa alla precedente, l’intero par. 3 deve essere oggetto di un’interpretazione, appunto, quanto più possibile omogenea posto che, come il ben noto «principio della giustificazione compensatoria»<sup>14</sup>, o «della contopartita»<sup>15</sup>, prevede, l’autorizzazione alla concessione di un aiuto di Stato deve essere subordinata al conseguimento degli scopi previsti, appunto, dall’intero par. 3 dell’art. 107 TFUE.

In questi ultimi termini, del resto, la giurisprudenza della Corte di giustizia è chiarissima quando, ancora in una chiara linea di continuità con il caso *Philip Morris*, afferma che «la Commissione è legittimata a rifiutare la concessione di un aiuto qualora quest’ultimo non incentivi le imprese beneficiarie ad assumere un comportamento tale da contribuire alla realizzazione di uno degli obiettivi indicati al citato articolo 107, paragrafo 3, TFUE»<sup>16</sup>. La Commissione deve perciò verificare che l’aiuto sia «necessario per la realizzazione gli obiettivi previsti da tale disposizione in modo tale che, in sua assenza, il gioco delle regole di mercato non consentirebbe, di per sé solo, di ottenere che le imprese beneficiarie adottino un comportamento idoneo a contribuire alla realizzazione di tali obiettivi»<sup>17</sup>. In altri termini, e nella prospettiva, cui si è appena fatto cenno, della «contopartita», il miglioramento della situazione finanziaria dell’impresa che l’aiuto di

---

commento, L. HANCHER, *Euratom, State aid and environmental protection: Hinkley Point*, in *Common Market Law Review*, 2021, pp. 1491-1522.

Vale la pena accennare, almeno in nota, al fatto che in tale pronuncia la Corte di giustizia affermi anche, in modo del tutto chiaro, che la condizione richiesta dalla disposizione derogatoria in parola, ovvero la non contrarietà al comune interesse dell’alterazione degli scambi prodotta dalla concessione dell’aiuto, non impone alla Commissione di dimostrare, al contrario, «che l’aiuto previsto, per essere dichiarato compatibile con il mercato interno, persegua un obiettivo di interesse comune» (punto 26). Sul piano pratico, ne deriva, evidentemente, una possibile attenuazione del *quantum* di motivazione richiesto all’esecutivo dell’Unione ogniqualvolta esso autorizzi un aiuto di Stato sulla base di tale previsione.

<sup>14</sup> *Ex multis*, T. BALLARINO, L. BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1997, p. 189 ss.; G. STROZZI, G. VITALE, *Gli aiuti di Stato*, cit., a p. 429.

<sup>15</sup> In questi termini, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, II, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, Napoli, 2021, pp. 294-295.

<sup>16</sup> Corte giust., 13 giugno 2013, cause riunite da C-630/11 P a C-633/11 P, *HGA e a.*, ECLI:EU:C:2013:387, punto 104.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

Stato abbia realizzato può ritenersi accettabile (ovverosia compatibile con il mercato interno) soltanto ove esso costituisca, di fatto e a sua volta, lo strumento necessario e indispensabile per raggiungere gli scopi previsti dall'art. 107, par. 3, TFUE<sup>18</sup>.

*3. Il «grave turbamento dell'economia di uno Stato membro» quale causa di giustificazione per la concessione di aiuti al mercato bancario al tempo della crisi economico-finanziaria del 2008*

Con specifico riguardo alla fattispecie derogatoria di cui alla lett. b) del par. 3 dell'art. 107 TFUE, come ricordato, essa è stata per lungo tempo impiegata con grande parsimonia dalla Commissione. Seppure nel contesto della suggerita chiave di lettura volta a considerare tutte le ipotesi (per lo meno le prime tre) contemplate da tale par. 3 come espressioni di una medesima *ratio*, evidentemente queste si riferiscono a situazioni fattuali distinte. A fronte dell'invocazione, da parte degli Stati membri, di poter fruire, cumulativamente o autonomamente, di più d'una delle lettere previste al par. 3, rilevante è porre in evidenza come la Commissione abbia risposto a tali richieste; in particolare con riguardo alla differenza, quanto alle situazioni fattuali cui farebbero riferimento, fra la lett. b) e la lett. c) del par. 3.

Nella decisione del 20 maggio 1998, relativa agli aiuti accordati dalla Francia al gruppo *Crédit Lyonnais*<sup>19</sup>, ad esempio, e per quanto qui più direttamente rileva, essa aveva ritenuto che l'intervento di sostegno pubblico oggetto di attenzione non poteva propriamente dirsi volto a porre rimedio a gravi perturbazioni dell'economia ma esclusivamente alle difficoltà del suo solo beneficiario, non essendoci alcuna prova che

---

<sup>18</sup> Sul punto, si rinvia altresì a Corte giust., gr. sez., 15 aprile 2008, causa C-390/06, *Nuova Agricast e a.*, ECLI:EU:C:2008:224, punto 68; e, più recentemente, a Trib., 19 settembre 2018, causa T-68/15, *HH Ferries e a.*, ECLI:EU:T:2018:563, punto 143. In merito, per considerazioni anche più generali, M. REHBINDER, *Recent Developments in Commission State Aid Policy and Practice*, in A. BIONDI, P. ECKHOUT, J. FLYNN (a cura di), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004, pp. 117-131, alle pp. 118-119.

<sup>19</sup> Decisione della Commissione del 20 maggio 1998 concernente gli aiuti accordati dalla Francia al gruppo *Crédit Lyonnais* [notificata con il numero C(1998) 1454] (98/490/CE), in *GUCE* L 221 dell'8 agosto 1998, p. 28.

esso avrebbe allo stesso tempo alleviato le eventuali difficoltà di tutti gli operatori del settore interessato<sup>20</sup>. L’agevolazione sarebbe semmai stata da autorizzare, dunque, come in effetti è avvenuto sia pure condizionatamente a una lunga serie di impegni, ai sensi della lett. c) del par. 3 dell’(attuale) art. 107 TFUE.

Analogamente, e ancora nel contesto del mercato bancario, è accaduto dieci anni dopo con la decisione del 4 giugno 2008 relativa a un aiuto di Stato cui la Germania ha dato esecuzione a favore di *Sachsen LB*<sup>21</sup>. In merito, paiono decisive due considerazioni svolte dalla Commissione. In primo luogo, la situazione di difficoltà della banca *de qua* sarebbe stata interamente riconducibile, a parere dell’esecutivo dell’Unione e dell’indagine da essa condotta, da fatti e problemi specifici di tale istituto che non potrebbero risolversi se non con l’adozione di misure di sostegno *ad hoc*. In secondo luogo, «le informazioni fornite dalla Germania non hanno convinto la Commissione del fatto che un eventuale fallimento della *Sachsen LB* avrebbe potuto produrre conseguenze sistemiche di portata tale da comportare “un grave turbamento dell’economia” tedesca ai sensi dell’articolo 87 [attuale art. 107 TFUE], paragrafo 3, lettera b)»<sup>22</sup>. Su tali basi, così come avvenuto per il citato precedente relativo agli aiuti concessi al gruppo *Crédit Lyonnais*, la Commissione si era perciò volta all’applicazione della lett. c) dell’art. 87 del Trattato CE come “concretizzata” nella Comunicazione recante Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà del 1° ottobre 2004<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Decisione della Commissione del 20 maggio 1998, cit., par. 10.1.

<sup>21</sup> Decisione della Commissione del 4 giugno 2008 relativa ad un aiuto di Stato C 9/08 (ex NN 8/08, CP 244/07) a cui la Germania ha dato esecuzione a favore di Sachsen LB [notificata con il numero C(2008) 2269], in *GUUE* L 104 del 24 aprile 2009, p. 34. In dottrina, A. ROSENFELD, *Rules for examining aid in specific sectors – Banking*, in F.J. SÄCKER, F. MONTAG (a cura di), *European State Aid Law. A Commentary*, cit., pp. 1291-1336, a p. 1311.

<sup>22</sup> Decisione della Commissione del 4 giugno 2008, cit., par. 95.

<sup>23</sup> Comunicazione della Commissione — Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà, in *GUUE* C 244 del 1° ottobre 2004, p. 2.

Il riferimento a due decisioni assunte con riguardo ad aiuti di Stato al mercato bancario non è casuale. La decisione adottata rispetto agli aiuti accordati a *Sachsen LB* precede infatti, in sostanza, di soli quattro mesi le conclusioni del Consiglio Ecofin del 7 ottobre 2008 con le quali, preso atto degli effetti che la crisi economico-finanziaria in atto stava provocando proprio con riguardo al mercato bancario, i rappresentanti ministeriali degli Stati membri avevano invocato un deciso (e soprattutto repentino) mutamento di strategia nell'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato a quel settore. Qualche giorno dopo, come ben noto, la Commissione pubblicava la Comunicazione sull'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale<sup>24</sup>; primo di numerosi atti con i quali l'esecutivo dell'Unione avrebbe tentato di attuare un compromesso fra l'esigenza degli Stati membri di intervenire a sostegno della stabilità dei sistemi finanziari nazionali e la necessità di non generare inutili distorsioni della concorrenza ed effetti di ricaduta negativa sul mercato interno<sup>25</sup>. Ciò che merita qui di essere particolarmente evidenziato è che, con tale atto, quella che, come ben rappresentato appunto nel caso *Sachsen LB*, era stata fino a quel momento considerata la situazione di difficoltà economica riconducibile alla responsabilità della singola banca in difficoltà veniva ora giudicata una situazione generale idonea a giustificare l'impiego della, fin ad allora del tutto eccezionale, fattispecie derogatoria di cui alla lett. b) del par. 3 dell'(attuale) art. 107 TFUE. Sul punto, la Commissione dichiarava peraltro di muoversi nel solco della giurisprudenza della Corte di giustizia, da un lato, ricordando come quest'ultima escludesse di poter invocare tale disposizione «in situazioni di crisi di altri singoli settori, se non sussiste un rischio analogo che tali situazioni abbiano un effetto sull'economia

---

<sup>24</sup> Comunicazione della Commissione — L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale, in *GUUE* C 270 del 25 ottobre 2008, p. 8.

<sup>25</sup> Sul punto, per tutti, R. IANUS, M.F. ORZAN, *Aid subject to a Discretionary Assessment under Article 107(3) TFEU*, in H.C.H. HOFMANN, C. MICHEAU (a cura di), *State Aid Law of the European Union*, Oxford, 2016, pp. 240-307, alle pp. 266-280.

di uno Stato membro nel suo insieme»<sup>26</sup>; dall'altro lato, giudicando che, in considerazione delle peculiarità del settore, effettivamente l'intero funzionamento dei mercati finanziari degli Stati dell'Unione sarebbe stato messo a repentaglio da interventi pubblici di sostegno privi di una, seppur minima, cornice di coordinamento.

L'avvenuto passaggio, nel contesto del tutto peculiare del mercato bancario e, soprattutto, alla luce dell'eccezionale crisi in atto, dalla lett. c) alla lett. b) del par. 3 dell'(attuale) art. 107 TFUE non muta tuttavia per nulla le modalità di applicazione del sistema di deroghe previsto dalla disciplina degli aiuti di Stato alle imprese né comporta una deviazione dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia di cui, seppure per coordinate generali, si è più sopra dato conto. È ciò che si coglie in maniera molto chiara dalla pronuncia resa dalla Corte di giustizia, a grande sezione, nel caso *Kotnik e a.*<sup>27</sup>. Come ben noto, e in estrema sintesi, in quell'occasione la Corte costituzionale slovena aveva, nella sostanza, domandato in via pregiudiziale ai giudici di Lussemburgo se la Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria<sup>28</sup> fosse compatibile con il diritto dell'Unione. Più in particolare, per quanto qui ci occupa, l'aver previsto, quale condizione per autorizzare la concessione degli aiuti, il criterio della condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati di una banca sarebbe stato in contrasto con gli artt. 107-109 TFUE. Secondo il giudice del rinvio, infatti, così prevedendo la Commissione sarebbe andata oltre le competenze che tali disposizioni effettivamente le attribuiscono.

---

<sup>26</sup> Comunicazione della Commissione — L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale, cit., par. 11.

<sup>27</sup> Corte giust., gr. sez., 19 luglio 2016, causa C-526/14, *Kotnik e a.*, ECLI:EU:C:2016:570.

<sup>28</sup> Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria («La comunicazione sul settore bancario»), in *GUUE* C 216 del 30 luglio 2013, p. 1.

Ritenendo non fondate le preoccupazioni della Corte costituzionale slovena, la pronuncia in parola si rivela, anch'essa, parte integrante e coerente dell'evocata giurisprudenza che, per semplificare, trae origine dal caso *Philip Morris*. I giudici di Lussemburgo ricordano infatti come la Commissione disponga, ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE, di un rilevante potere discrezionale che, adottando la Comunicazione del 2013, essa stessa ha inteso circoscrivere, dettando «norme di comportamento che [la] limitano»<sup>29</sup> nell'esercizio, appunto, di tale discrezionalità. In questo modo, non può certo ritenersi che la Commissione sia andata al di là delle proprie competenze e, dunque, abbia negativamente influito sul potere – del tutto eccezionale – riconosciuto al Consiglio, ex art. 108, par. 2, terzo comma, TFUE, di dichiarare, su richiesta di uno Stato membro e all'unanimità, un aiuto di Stato compatibile con il mercato interno laddove ricorrano circostanze eccezionali.

Soprattutto, per quanto più ci riguarda, per giungere a una tale conclusione la Corte nella sostanza ammette – continua, dunque, ad ammettere – che l'autorizzazione all'aiuto di Stato sulla base della lett. b) del par. 3 dell'art. 107 TFUE (così come, per giurisprudenza consolidata, di tutte le altre lettere) non può dirsi subordinata alla sola presenza del «grave turbamento dell'economia di uno Stato membro». Conclusione, a parere di chi scrive, insita di per sé nella presenza stessa di una Comunicazione interpretativa che su tale disposizione trovi il proprio fondamento. In altri termini, è evidentemente nel solco tracciato dai suoi precedenti che la Corte di giustizia afferma che la Commissione sia pienamente legittimata a rifiutare un'autorizzazione qualora l'aiuto non incentivi le imprese beneficiare ad adottare comportamenti volti alla realizzazione degli obiettivi che l'art. 107, par. 3, mira a conseguire. Nel caso specifico, certamente al fine non già di abdicare al proprio ruolo di guardiana della corretta applicazione della disciplina degli aiuti di Stato alle imprese, né, a maggior ragione, di avallare una temporanea sospensione della vigenza di tale disciplina, nella Comunicazione essa fissa le condizioni di accesso agli aiuti di Stato a sostegno del settore finanziario, precisando quali requisiti

---

<sup>29</sup> Corte giust., *Kotnik e a.*, cit., punto 59.

debbano essere rispettati affinché questi possano essere ritenuti compatibili con il mercato interno. È, evidentemente, un controllo di legittimità quello che la Commissione pone dunque in essere e che ha come parametro ultimo la mancata distorsione della concorrenza, ovvero sia un interesse comune alla base di tutta quanta la disciplina degli aiuti di Stato<sup>30</sup>. In concreto, essa ha giudicato che l’adozione di misure di condivisione degli oneri dovesse considerarsi richiesta per limitare gli aiuti al minimo di quanto effettivamente necessario e, appunto, per ridurre il conseguente effetto di distorsione della concorrenza. La Corte ha ritenuto del tutto legittimo un simile operare, riconoscendo che «una diversa soluzione rischierebbe di provocare distorsioni della concorrenza, in quanto le banche, i cui azionisti e creditori subordinati non avessero contribuito alla riduzione del deficit di capitale, riceverebbero un aiuto di Stato maggiore rispetto a quanto sarebbe stato sufficiente per colmare il deficit di capitale residuale»<sup>31</sup> e concludendo, per tale via, che «in tali circostanze, un simile aiuto non sarebbe, in linea di principio, conforme al diritto dell’Unione»<sup>32</sup>.

Vale la pena di sottolineare come quel che, tuttavia, assuma maggiore rilievo ai fini dell’approfondimento che si sta conducendo

---

<sup>30</sup> Circa il rapporto che occorre ritenere sussistente fra le Comunicazioni via via adottate dalla Commissione nell’ambito della disciplina degli aiuti di Stato e le disposizioni di diritto primario cui esse si riferiscono (e che, come si è detto, tali Comunicazioni tendono, nella sostanza, a “concretizzare” attraverso l’adozione di disposizioni più specifiche e, per certi versi, esemplificative) utile pare il rinvio, ad esempio, a Corte giust., gr. sez., 8 marzo 2016, causa C-431/14 P, *Grecia c. Commissione*, ECLI:EU:C:2016:145. I giudici dell’Unione ricordano qui, infatti, che l’adozione di tali Comunicazioni «non dispensa la Commissione dal suo obbligo di esaminare le specifiche circostanze eccezionali che uno Stato membro invoca, in un caso particolare, al fine di chiedere l’applicazione diretta dell’articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE e di motivare eventualmente il suo rifiuto di accogliere una richiesta del genere» (punto 72). In definitiva, l’aver emanato un tale genere di atti non significa certo, come si accenna più sopra, che la Commissione non abbia esercitato il potere discrezionale che l’art. 107, par. 3, le conferisce. Altrettanto certamente, a parere della Corte, quell’esercizio di discrezionalità “cristallizzato” in una Comunicazione non esclude, successivamente, che la Commissione debba nuovamente esercitarlo per rispondere in maniera puntuale alle osservazioni eventualmente presentate da un ricorrente che abbia impugnato una sua decisione adottata sulla base (esclusivamente ovvero anche) di quella Comunicazione.

<sup>31</sup> Corte giust., *Kotnik e a.*, cit., punto 57.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

non è il giudizio che, nel merito, la Corte ha formulato nella pronuncia *Kotnik e a.*: non è, cioè, tanto decisivo il fatto che il criterio della condivisione degli oneri sia stato ritenuto legittimo (perché pacificamente incluso nell'ampiezza del potere discrezionale di cui la Commissione gode in materia di aiuti) quanto significativa la circostanza per cui una tale valutazione si fondi, più o meno esplicitamente, sul contenuto di tale esercitato potere discrezionale.

In altri termini, se si considerano nel loro insieme le argomentazioni dei giudici di Lussemburgo, non paiono esservi dubbi circa la necessità, per la Commissione, di non potersi arrestare di fronte alla sola formulazione letterale delle diverse ipotesi di deroga contemplate al par. 3 dell'art. 107 TFUE. La corretta applicazione di tale ultima disposizione, in definitiva, deve passare (anche) attraverso una, talvolta anche significativa, verifica degli effetti della misura di agevolazione concessa rispetto agli obiettivi del par. 3 inteso nella sua interezza e, più in generale, di tutto quanto l'art. 107 TFUE e della *ratio* sottostante al generale divieto di aiuti di Stato alle imprese (una verifica che sovente si cristallizza, per così dire, in una Comunicazione).

*4. L'interpretazione della deroga ex art. 107, par. 3, lett. b), TFUE nella prima giurisprudenza sul «Quadro temporaneo» nell'emergenza pandemica*

Le prime pronunce del Tribunale dell'Unione relative all'applicazione del «Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19» parrebbero invece, a un primo esame, discostarsi dal consolidato e, seppure per sommi capi, descritto orientamento giurisprudenziale.

In particolare, ciò che sembra mancare è proprio la necessità di attuare una verifica degli effetti dell'aiuto da attuarsi «nel contesto comunitario»<sup>33</sup> e, in ogni caso, all'interno di un più ampio ventaglio di interessi ed esigenze generali che vadano al di là del puro e semplice riferimento testuale contenuto al par. 3 dell'art. 107 TFUE. In una

---

<sup>33</sup> Corte giust., *Philip Morris*, cit., punto 24.



parola, quel che sembrerebbe aver perso rilievo sarebbe la tenuta complessiva del cosiddetto interesse comune.

Come si cercherà di porre in evidenza, rispetto a queste sentenze due sono le considerazioni di ordine generale che vengono in rilievo. Da un lato, un tale orientamento giurisprudenziale può costituire una (nuova) base per consentire un’applicazione della disciplina degli aiuti di Stato alle imprese meno severa, permettendo così agli Stati membri di recuperare una maggiore autonomia in quei settori nei quali, pur disponendo essi di competenza, l’esercizio di quest’ultima resta in ogni caso soggetta agli obblighi previsti dai Trattati; fra i quali, appunto, il divieto di concedere aiuti pubblici alle imprese. Dall’altro lato – senza peraltro dimenticare che, al momento, il quadro giurisprudenziale che si sta formando è costituito soltanto da sentenze del giudice di primo grado (e che sono state oggetto di impugnazione di fronte alla Corte di giustizia) –, a una lettura più attenta e, soprattutto, meglio coordinata con la giurisprudenza consolidata di cui si è dato più sopra cenno, potrebbe essere possibile (forse auspicabile) interpretare tale più recente quadro in senso comunque conforme a quella giurisprudenza.

Per quanto concerne il primo profilo, è opportuno prendere spunto dalle motivazioni addotte dalla ricorrente (unica nei diversi contenziosi instaurati di fronte al Tribunale dell’Unione) in alcuni dei giudizi di annullamento avverso decisioni della Commissione con cui sono stati autorizzati aiuti di Stato alle imprese del mercato del trasporto aereo. In sostanza, quel che essa pone a sostegno dei propri ricorsi è, in effetti, l’argomentazione che si è pensato fin qui di far derivare dalla consolidata giurisprudenza della Corte. In più, a prima vista parrebbe davvero che i ricorsi facciano leva, in ultima analisi, sulla *ratio* stessa della disciplina degli aiuti di Stato alle imprese.

Nella pronuncia del 17 febbraio 2021, resa nella causa *Ryanair c. Commissione*<sup>34</sup>, ad esempio, come ricorda il Tribunale, la ricorrente ha affermato che «la Commissione non ha adempiuto il suo obbligo, in sede di esame della compatibilità di un aiuto, di operare un bilanciamento tra gli effetti positivi previsti da tale aiuto in termini di

---

<sup>34</sup> Trib., 17 febbraio 2021, causa T-238/20, *Ryanair c. Commissione*, ECLI:EU:T:2021:91.

realizzazione degli obiettivi enunciati all'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE e gli effetti negativi del medesimo in termini di distorsione della concorrenza e di impatto sul commercio tra gli Stati membri, il che costituirebbe un errore manifesto di valutazione dei fatti e quindi un motivo sufficiente per annullare la decisione impugnata»<sup>35</sup>. Più in generale, Ryanair censura quella che a suo avviso pare essere una palese discriminazione sulla base della nazionalità – peraltro, come ben noto, condizione necessaria affinché il regime stesso degli aiuti di Stato alle imprese trovi applicazione – , laddove requisito per ottenere le contestate agevolazioni pubbliche (garanzie statali) sia il possesso, da parte della compagnia aerea, di una licenza svedese (ovvero, in via d'eccezione, il disporre di un principale centro di attività in Svezia ove l'attività principale consista nell'operare voli charter).

Rispetto a entrambi i rilievi, va detto che, come anticipato, questi toccano senz'altro il cuore della disciplina degli aiuti di Stato, volta com'è a impedire che si producano alterazioni della concorrenza in conseguenza dell'adozione di misure pubbliche di sostegno che, nella sostanza, si caratterizzano proprio per la discriminazione che esse attuano (si ricordi il requisito della selettività di cui all'art. 107, par. 1, TFUE). Contestualmente, tuttavia, è del tutto pacifico che le eccezioni previste al par. 3 dell'art. 107 TFUE – e non potrebbe essere diversamente, altrimenti non si verterebbe nel campo del rapporto regola/eccezione – facciano del resto a loro volta riferimento proprio agli elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato e agli effetti anticoncorrenziali derivanti da una sua concessione. Si pensi, per tutte, alla lett. c) del par. 3 che, di fatto, consente appunto di aiutare «talune attività», dunque esattamente le «talune imprese o talune produzioni» che rappresentano uno fra gli elementi costitutivi della nozione stessa di aiuto di Stato ai sensi del par. 1 dell'art. 107 TFUE. Il vero tema è perciò quello del corretto bilanciamento fra regola (qui un divieto) ed eccezione, bilanciamento che non può che assumere la forma di un a sua volta corretto esercizio del potere discrezionale della Commissione in sede di applicazione di tali deroghe.

---

<sup>35</sup> Trib., 17 febbraio 2021, *Ryanair c. Commissione*, cit., punto 66.

Tornando alle argomentazioni presentate da *Ryanair*, con la prima essa si appunta sul difetto di diligenza della Commissione, con la seconda si riferisce al carattere intrinsecamente discriminatorio, di per sé perciò contrario al TFUE complessivamente inteso verrebbe da ritenere, dell’aiuto autorizzato sulla base del citato «Quadro temporaneo» e, in ultima analisi e nella sostanza, della lett. b) del par. 3 dell’art. 107 TFUE. È proprio in virtù dell’interpretazione data dal Tribunale dell’Unione a tale ultima disposizione che entrambi gli argomenti vengono, però, respinti. In effetti, a giudizio del Tribunale, la circostanza che la misura di sostegno attuata dalla Svezia sia pacificamente volta a porre rimedio a un grave turbamento dell’economia svedese parrebbe da sola idonea a superare, per così dire, ogni motivo di perplessità della ricorrente. Quanto al carattere intrinsecamente discriminatorio della misura di sostegno attuata, i giudici di Lussemburgo ricordano come il generale principio di non discriminazione, ai sensi dell’art. 18, primo comma, TFUE, operi «senza pregiudizio delle disposizioni particolari», come qui sarebbe da considerarsi l’art. 107, par. 3, lett. b), TFUE, previste dai Trattati.

Rispetto alla violazione dell’asserito obbligo di bilanciamento fra gli effetti benefici dell’aiuto e i suoi effetti negativi sul mercato interno, ancora la circostanza per cui le condizioni di applicazione della citata lett. b) siano soddisfatte parrebbe, nella sostanza, del tutto annullare proprio quell’obbligo. Secondo il Tribunale, infatti, «al contrario di quanto prescritto dall’articolo 107, paragrafo 3, lettera c), TFUE»<sup>36</sup> – ma, o almeno così è parso di capire, al contrario anche di quanto fin qui ricordato della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia in tema di applicazione di tale par. 3 – l’art. 107, par. 3, lett. b), TFUE non richiede alla Commissione l’accertamento di un tale bilanciamento «ma soltanto che essa verifichi se la misura di aiuto di cui trattasi sia necessaria, adeguata e proporzionata per porre rimedio al grave turbamento dell’economia dello Stato membro interessato»<sup>37</sup>. Ancor più chiaramente, e ancora ribadendo la differenza nella formulazione

<sup>36</sup> Trib., 17 febbraio 2021, *Ryanair c. Commissione*, cit., punto 68.

<sup>37</sup> Trib., 17 febbraio 2021, *Ryanair c. Commissione*, cit., punto 69.

In merito, si vedano le considerazioni svolte *infra*, al par. 6.

delle ipotesi di deroga di cui alla lett. b) e alla lett. c) del par. 3, il Tribunale dichiara anzi privo di qualsiasi giustificazione quel bilanciamento, invocato dalla ricorrente, fra effetti benefici dell'aiuto ed effetti negativi che esso produrrebbe sul mercato interno. Ciò in quanto tale bilanciamento, di fatto, deve presumersi senz'altro realizzato posto che «il fatto che uno Stato membro riesca a porre rimedio a un grave turbamento della sua economia non può infatti che andare a beneficio dell'Unione in generale e del mercato interno in particolare»<sup>38</sup>.

In una ancor più recente sentenza, nella quale gli argomenti appena ricordati sono pedissequamente riproposti dal Tribunale, emerge in maniera particolarmente chiara un importante ulteriore tassello del ragionamento seguito dai giudici di Lussemburgo. In effetti, non si può concludere che, secondo il Tribunale, la Commissione non debba in nessun modo procedere a verificare che sussistano le condizioni di cui all'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE. La verifica dell'esecutivo dell'Unione parrebbe, tuttavia, a ciò solo doversi limitarsi. Nella pronuncia del 22 giugno 2022<sup>39</sup>, infatti, si legge chiaramente che la Commissione è tenuta a constatare l'esistenza di un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro così come a valutare se le misure nazionali *de quibus* (la concessione di una garanzia statale e un intervento di capitalizzazione a beneficio della compagnia aerea *Finnair*) siano idonee a porre rimedio a tale grave turbamento. Così, in quell'occasione, essa ha (correttamente secondo il Tribunale dell'Unione) giudicato che il fallimento o il dissesto della *Finnair* rischiassero di perturbare gravemente l'economia finlandese per via del ruolo centrale di tale compagnia per la connettività, nazionale e internazionale, del paese, oltre che per la sua importanza economica e sociale per molti fornitori e lavoratori in Finlandia. Le condizioni, dunque, di applicazione della lett. b) del par. 3 (base giuridica della decisione impugnata così come del quadro temporaneo) sono state verificate dalla Commissione alla quale, però, non è stato chiesto di

---

<sup>38</sup> Trib., 17 febbraio 2021, *Ryanair c. Commissione*, cit., punto 68.

<sup>39</sup> Trib., 22 giugno 2022, causa T-657/20, *Ryanair c. Commissione (Finnair II, Covid-19)*, ECLI:EU:T:2022:390.

svolgere ulteriori e più ampie considerazioni intorno alla tenuta dell’interesse comunitario dell’operazione, giudicando della concreta attuazione di quel bilanciamento, come vanamente (almeno per ora) invocato dalla ricorrente<sup>40</sup>.

*5. Le possibili implicazioni sull’esercizio delle competenze degli Stati membri del recente approccio interpretativo del Tribunale in tema di deroghe al divieto di aiuti*

Le sentenze presentate paiono dunque costituire, come anticipato, una deviazione dalla consolidata giurisprudenza europea in tema di

---

<sup>40</sup> Merita altresì di essere evidenziato come, nella prassi della Commissione, sia spesso possibile riscontrare sostanziali sovrapposizioni di basi giuridiche di volta in volta impiegate al fine della concessione delle autorizzazioni ai sensi del par. 3 dell’art. 107 TFUE.

Si veda, ad esempio e di recente, Trib., 4 maggio 2022, causa T-718/20, *Wizz Air Hungary c. Commissione*, ECLI:EU:2022:276. Con tale pronuncia, il Tribunale ha respinto l’impugnazione di una decisione con cui la Commissione aveva, in estrema sintesi, dichiarato compatibile con il mercato interno un prestito concesso dalla Romania alla compagnia aerea di bandiera *TAROM*. Nell’occasione, la deroga utilizzata è stata quella di cui alla lett. c) del par. 3 dell’art. 107 TFUE; con motivazioni, tuttavia, quasi del tutto coincidenti con quelle, ad esempio, adottate nella causa *Finnair II*. In effetti, come ricordato ai punti 49 e ss. della sentenza, la Commissione aveva evidenziato il ruolo decisivo della *TAROM* nel garantire la connettività regionale all’interno della Romania, «in un contesto in cui sono assenti alternative valide a causa del cattivo stato delle infrastrutture stradale e ferroviaria rumene» (punto 53); sottolineando, inoltre, che la cessazione delle attività della *TAROM* avrebbe potuto pregiudicare la situazione economia delle regioni rumene e comportare un rischio concreto di interruzione dei servizi di trasporto aereo. La misura di aiuto, viceversa, avrebbe senz’altro potuto prevenire gravi difficoltà di ordine sociale e un grave fallimento del mercato. Una tale sostanziale sovrapposizione di basi giuridiche si motiva certamente con la circostanza per cui la decisione qui impugnata era stata adottata il 24 febbraio 2020, dunque poco prima del manifestarsi dell’emergenza pandemica. Vale tuttavia la pena di riflettere sul fatto che gli argomenti portati a supporto di un’autorizzazione alla concessione di un aiuto di Stato, che pure devono essere formalmente ricondotti all’interno delle lettere di cui, qui, al par. 3 dell’art. 107, possono effettivamente essere contestualmente riferiti a più d’una delle ipotesi derogatorie previste e le considerazioni a sostegno dell’eccezione generale di cui alla lett. c) (peraltro non enucleabili in specifici requisiti) possono ben valere anche ai sensi della lett. b); soprattutto, come nel caso in discorso, ove si siano realizzate, in maniera pressoché omogenea nell’intera Unione, congiunture economiche tali da far apparire più semplice, di fatto, riqualificare l’eccezione da settoriale (lett. c) a sistemica (lett. b).

aiuti di Stato<sup>41</sup>. Soprattutto, esse paiono delineare un regime in concreto applicabile maggiormente favorevole agli Stati membri attraverso, nella sostanza, una più semplice modalità di impiego delle deroghe che esso stesso prevede. L'impressione che, in effetti, se ne trae è quella secondo cui, più agevolmente rispetto al passato, lo Stato membro possa individuare, beninteso in un ambito di crisi economica in atto (ma, altrettanto beninteso, anche se soltanto circoscritta al mercato nazionale), un'impresa o una produzione particolarmente significativa rispetto alle proprie politiche economiche o industriali nazionali e prevedere a suo beneficio interventi pubblici di sostegno<sup>42</sup>. Se, infatti, le parole del Tribunale sono state correttamente intese, in un tale contesto non sarebbe più richiesta, ai fini del rilascio di un'autorizzazione alla concessione di un aiuto, una vera e propria verifica degli effetti di tale misura oltre ciò che letteralmente dispone la lett. b) del par. 3 dell'art. 107 TFUE<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Alle pronunce citate, al fine di formare quel primo (e certamente parziale) *corpus* giurisprudenziale – del tutto omogeneo rispetto all'esame che qui si sta conducendo in merito all'interpretazione da conferire alla lett. b) del par. 3 dell'art. 107 TFUE – che ha ad oggetto l'applicazione del «Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19» occorre poi aggiungere, almeno, Trib., 14 aprile 2021, causa T-388/20, *Ryanair c. Commissione (Finnair I; Covid-19)*, ECLI:EU:T:2021:196; Trib., 19 maggio 2021, causa T-628/20, *Ryanair c. Commissione (Espagne, Covid-19)*, ECLI:EU:T:2021:285.

Per un quadro più generale, utile è il rinvio a F. MARCONI, *Aiuti di Stato nell'emergenza pandemica: il caso delle compagnie aeree tra circostanze eccezionali e grave turbamento dell'economia*, in *Eurojus.it*, 2-2022, pp. 147-165.

<sup>42</sup> Considerazioni molto efficaci sono quelle, sul punto, di R. FEDERICO, *Turbulences ahead: Nazionalismo economico o legittima tutela dell'economia nazionale negli aiuti di Stato al trasporto aereo?*, in *Eurojus.it*, 2-2021, pp. 166-186, alle pp. 179-181.

<sup>43</sup> In effetti, tale ricostruzione sarebbe del resto coerente con la qualificazione alla stregua di una «base giuridica tipicamente emergenziale» che parte della dottrina offre della lett. b) del par. 3 dell'art. 107 TFUE (così, M. MEROLA, A. COGONI, *Emergenza Covid-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, cit., a p. 67). In questa prospettiva, l'impiego della deroga citata potrebbe ben implicare un più ridotto margine di discrezionalità della Commissione, il quale dovrebbe dirsi perciò limitato, appunto, «alla verifica dell'adeguatezza e della proporzionalità dell'intervento statale, oltre che naturalmente alla sussistenza delle condizioni di perturbamento generale e di emergenza» (ibidem).

Sul punto, si rinvia altresì a B. DE WITTE, *EU Emergency law and its impact on the EU legal order*, in *Common Market Law Review*, 2022, pp. 3-18, alle pp. 7-8.

Con particolare riguardo alle competenze degli Stati membri in materia, ad esempio, di politica industriale, ciò significherebbe un ben più ampio margine di discrezionalità in capo agli Stati membri rispetto a quanto delineato nella precedente giurisprudenza. Con riferimento alla ripartizione delle competenze sussistente in materia ai sensi dei Trattati, infatti, la politica industriale è inclusa, *ex art. 6 TFUE*, fra i settori nei quali l’Unione può esercitare soltanto azioni «intese a sostenere, coordinare o completare l’azione degli Stati membri», il che esclude che «gli atti adottati dalle istituzioni possano comportare un’armonizzazione delle disposizioni legislative o regolamentari nazionali, o che la competenza dell’Unione si sostituisca alle competenze degli Stati nei corrispondenti settori»<sup>44</sup>. Più specificamente, l’art. 173 TFUE attribuisce tanto all’Unione quanto agli Stati membri «il compito di assicurare le condizioni necessarie alla competitività dell’industria della stessa Unione»<sup>45</sup>, disponendo tuttavia in modo inequivoco che, appunto, l’Unione non possa che contribuire alla realizzazione di generali obiettivi, per così dire, di “contesto” rispetto a una politica industriale che resta certamente di competenza di ciascuno Stato membro. In questo senso vanno infatti intese le azioni, previste da tale disposizione, che essa può adottare e che sono volte a promuovere, ad esempio, «un ambiente favorevole all’iniziativa ed allo sviluppo delle imprese di tutta l’Unione» o «a favorire un migliore sfruttamento del potenziale industriale delle politiche d’innovazione, di ricerca e di sviluppo tecnologico».

Da tali premesse, tuttavia, non può certamente ricavarsi una piena discrezionalità degli Stati membri in ordine alla determinazione della propria politica industriale. Come ben noto, infatti, quando esercita una propria competenza lo Stato membro resta in ogni caso soggetto agli obblighi e alle disposizioni fondamentali dell’ordinamento

---

Anch’Egli, pur nell’ambito di considerazioni ben più ampie, qualifica tale disposizione come una norma di carattere emergenziale, sottolineando come, peraltro, essa non determini alcuna deviazione dall’ordinario riparto di competenze sussistente fra le istituzioni dell’Unione.

<sup>44</sup> Così, R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2022, IV ed., p. 362.

<sup>45</sup> In questi termini, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2017, II ed., p. 756.

dell'Unione<sup>46</sup>. Il principio del divieto di aiuti di Stato è, dunque, qui rilevante quale generale vincolo esterno alla determinazione, da parte di uno Stato membro, di una politica industriale nazionale che, appunto, prevedesse interventi di sostegno pubblico a un dato settore<sup>47</sup>.

Innegabilmente, perciò, una interpretazione giurisprudenziale volta a rendere più agevolmente utilizzabile una deroga a tale divieto non può che consentire, in astratto e pur sempre nel limitato ambito di applicazione della relativa deroga, una maggiore libertà di determinazione dei contenuti della propria politica nazionale a vantaggio degli Stati membri. E considerazioni analoghe potrebbero certamente essere condotte rispetto alle scelte di politica fiscale e, più in generale ancora, di politica economica degli Stati membri.

Potrebbe, in definitiva, perdersi quel ruolo di coordinamento delle iniziative pubbliche di sostegno dei vari Stati membri che il regime degli aiuti di Stato, e in particolare proprio la sua parte relativa alle deroghe, ha sempre consegnato alla Commissione. In un contesto, come del resto quello attuale<sup>48</sup>, di diffusa e generale crisi economica la lett.

---

<sup>46</sup> Nella giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo, *ex multis*, Corte giust., gr. sez., 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.*, ECLI:EU:C:2021:1008, punto 52. In dottrina, per tutti, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, I, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, Napoli, 2021, III ed., p. 84.

<sup>47</sup> Occorre peraltro evidenziare come, in ogni caso, lo stesso art. 173 TFUE esprima una generale esigenza di conformità della politica industriale, dell'Unione e degli Stati membri, ad «un sistema di mercati aperti e concorrenziali» (al par. 1, comma 2), prevedendo altresì esplicitamente che tale disposizione non può costituire «una base per l'introduzione da parte dell'Unione di qualsivoglia misura che possa generare distorsioni di concorrenza» (così l'ultimo comma del suo par. 3), così come disposizioni fiscali o relative ai diritti ed interessi dei lavoratori dipendenti. In dottrina, P. PIRODDI, *Commento all'art. 173 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., pp. 1062-1070.

<sup>48</sup> Può soltanto accennarsi al fatto che, come ben noto, se il citato «Quadro temporaneo» adottato per fronteggiare l'emergenza pandemica della Covid-19 ha cessato, nella sua quasi totalità, di essere applicabile dal 1° luglio 2022, esso è stato, per così dire, «sostituito» dal «Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina» (in *GUUE* C 131 del 24 marzo 2022, p. 1), modificato in un primo momento con la Comunicazione pubblicata in *GUUE* C 426 del 9 novembre 2022, p. 1, e, più di recente, con la Comunicazione del 9 marzo 2023, C(2023) 1711 final. Alla luce degli eventi che si sono fin qui succeduti, e delle iniziative che in particolare la Commissione ha ritenuto di dover assumere in conseguenza di essi,



b) del par. 3 dell’art. 107 TFUE consentirebbe, in buona sostanza, agli Stati membri di individuare con ampi margini di libertà un “campione” nazionale per alleviare le conseguenze negative che la crisi ha provocato nei suoi confronti, non curandosi per nulla degli effetti che tale intervento determinerà oltre la frontiera nazionale. Per tornare, infatti, al caso *Philip Morris* e alla giurisprudenza cui esso ha dato luogo, sono proprio le considerazioni, espresse in più occasioni dai giudici di Lussemburgo, secondo cui occorre di volta in volta verificare che l’agevolazione che apporti un miglioramento della situazione finanziaria dell’impresa nazionale sia giudicata necessaria per il conseguimento degli scopi previsti dall’intero art. 107, par. 3, TFUE, e dunque risulti compatibile con il mercato interno nel suo complesso<sup>49</sup>, che paiono del tutto mancare nella recente giurisprudenza del Tribunale relativa al quadro temporaneo.

L’approccio di quest’ultimo, del resto, non è espressamente limitato alla situazione di eccezionale crisi determinata dalle conseguenze della pandemia di Covid-19. Se è vero, infatti, che la Commissione ha adottato il più volte citato «Quadro temporaneo», esso (esattamente come avvenuto in occasione della crisi economico-finanziaria del 2008) costituisce, nella sostanza, concreta esemplificazione delle modalità di applicazione di una disposizione del diritto primario, la lett. b) del par. 3 dell’art. 107 TFUE. In altri termini, pronunciandosi in quel modo il Tribunale offre in realtà spunti di ricostruzione della disciplina, condizionanti poi la sua applicazione pratica, che paiono davvero prescindere dall’eccezionalità della situazione in atto.

---

all’interrogativo che, quasi profeticamente, si poneva il Prof. Tesauro parrebbe oggi non potersi dare – in modo, se è concesso, invero piuttosto sconcertante – che una risposta negativa, orientandosi verso la seconda delle prospettive allora paventate. Egli, infatti, scriveva «resta, tuttavia, da verificare se il recente ed ulteriore inasprimento della crisi [economico-finanziaria] permetterà all’Unione di guardare avanti e, per tale via, di ritenere il complesso delle misure ritenute compatibili nel contesto della crisi una mera parentesi nel processo di coesione economico-sociale dell’UE o, piuttosto, la costringerà ad approvare ulteriori proroghe degli aiuti già concessi e/o adottare nuove misure statali compatibili *ex art. 107, n. 3, lett. b)*, TFUE, data l’eccezionalità delle condizioni economiche» (G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, Padova, 2012, VII ed., p. 861).

<sup>49</sup> *Ex multis*, ancora Corte giust., *HGA e a.*, cit., punto 104.

*6. Il principio di proporzionalità quale “nuova” declinazione del «comune interesse»?*

Come anticipato, sarebbe nondimeno possibile fornire, rispetto a tale recente quadro giurisprudenziale – che, giova ancora una volta ribadirlo, al momento è in ogni caso da considerarsi provvisorio, in attesa dell’esito delle impugnazioni proposte dinnanzi alla Corte di giustizia – una chiave di lettura che consenta di ricondurlo, pur nella sua indubbia specificità, nell’alveo della consolidata e precedente giurisprudenza di cui si è dato conto; ovvero, se si preferisce, di considerarlo al più un’evoluzione di quest’ultima e non già una deviazione.

A una lettura un poco più attenta, infatti, non può non notarsi come, ai fini dell’applicazione della lett. b) del par. 3 dell’art. 107 TFUE, il Tribunale richieda come necessarie due differenti condizioni. La prima, quella sulla quale ci si è fin qui soffermati, è rappresentata dalla necessità che lo Stato si trovi effettivamente a fronteggiare un grave turbamento della sua economia. Si tratta, dunque, del requisito, testualmente prescritto dalla citata disposizione del TFUE, rispetto al quale, sulla base di quanto fin qui argomentato, la verifica della sussistenza in capo alla Commissione parrebbe quasi ridursi a un’operazione meramente formale, non imponendosi allo Stato membro di volta in volta coinvolto un onere particolarmente gravoso di dimostrare che sia effettivamente in atto un grave turbamento della propria economia.

La seconda condizione consiste invece, come più sopra già evocato, nella necessità che le misure nazionali di sostegno siano, da un lato, necessarie per la realizzazione del dichiarato fine di porre rimedio a tale turbamento, dall’altro lato, adeguate e proporzionate. Il Tribunale non richiede dunque più alla Commissione di procedere al bilanciamento fra gli effetti benefici dell’aiuto e gli effetti negativi sulle condizioni degli scambi e sul mantenimento di una concorrenza non falsata; tale verifica parrebbe essere stata sostituita da una valutazione da condursi,

nella sostanza, sulla base del solo principio di proporzionalità<sup>50</sup>, secondo un modello che, *mutatis mutandis*, evidentemente ricorda lo scrutinio di legittimità cui sono soggette, in vista di una loro possibile

---

<sup>50</sup> Si vedano, ad esempio, Trib., 17 febbraio 2021, *Ryanair c. Commissione*, cit., punti 68-69; Trib., 22 giugno 2022, *Ryanair c. Commissione (Finnair II, Covid-19)*, cit., punto 107. In merito, in dottrina, si rinvia a P. NICOLAIDES, *The Evolving Interpretation of Article 107(3)(b) TFEU*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2022, pp. 31-42; il quale evidenzia come i citati criteri di adeguatezza, necessità e proporzionalità siano stati, in effetti, adottati dalla Commissione nelle proprie decisioni per poi essere avallati dal Tribunale (p. 42).

Invero, occorre almeno in nota sottolineare come tale *modus procedendi* sia, nella sostanza, quello effettivamente presentato dalla stessa Commissione nel proprio «Quadro temporaneo». Essa, infatti, afferma di volere definire in tale atto le condizioni di compatibilità che, «in linea di massima», saranno applicate agli aiuti concessi dagli Stati membri a norma dell’articolo 107, par. 3, lett. b), del TFUE, “invitando” di conseguenza gli Stati membri a «dimostrare che le misure di aiuto di Stato notificate alla Commissione in applicazione della presente comunicazione sono necessarie, adeguate e proporzionate per porre rimedio a un grave turbamento dell’economia dello Stato membro interessato e che sono pienamente rispettate tutte le condizioni della presente comunicazione» (così il par. 19 del citato «Quadro temporaneo»). In questo modo la Commissione si sarebbe evidentemente vincolata a procedere nel senso da essa stessa indicato nella sua Comunicazione (sul valore “autolimitante” delle Comunicazioni sul potere discrezionale della Commissione, *ex multis*, Corte giust., 26 settembre 2002, causa C-351/98, *Spagna c. Commissione*, ECLI:EU:C:2022:530, punto 53, e giurisprudenza ivi citata). Ciò non significa, tuttavia e come più sopra anticipato (si veda la nota 31), che, per ogni caso sottoposto alla sua attenzione, quella da essa tipizzata nella Comunicazione sia per la Commissione l’unica modalità di verificare la compatibilità dell’aiuto con il mercato interno e, dunque, nulla esclude che la Corte possa di volta in volta imporre a essa un supplemento o un’integrazione di tale verifica, facendo eventualmente ancora riferimento a quel bilanciamento fra effetti benefici dell’aiuto e suoi effetti negativi sul mercato interno. Si deve, in particolare ed evidentemente, ritenere che questo sia il caso ove a tal fine siano preordinate le impugnazioni delle decisioni (di autorizzazione o di mancata autorizzazione ai sensi dell’art. 107, par. 3, TFUE) che la Commissione abbia emanato, a parere dei ricorrenti, in diretta violazione proprio dell’art. 107, par. 3, TFUE in quanto viziata da un errore di diritto o da un errore manifesto di valutazione, ovvero, in generale, perché adottate senza che essa abbia effettivamente esercitato quel potere discrezionale che la disposizione le attribuisce a fronte dell’invocazione di specifiche circostanze eccezionali da parte dei ricorrenti (in merito, per tutti, Corte giust., gr. sez., 8 marzo 2016, *Grecia c. Commissione*, cit., punti 71-72; Corte giust., gr. sez., 19 luglio 2016, *Kotnik e a.*, cit., punto 41; Corte giust., gr. sez., 31 gennaio 2023, causa C-284/21 P, *Commissione c. Braesch e a.*, ECLI:EU:2023:58, punto 93).

giustificazione, le misure degli Stati membri astrattamente contrarie alle libertà economiche di circolazione del mercato interno<sup>51</sup>.

Certamente, a differenza di quanto a prima vista le pronunce in parola sembrerebbero suggerire, una tale indicazione da parte del Tribunale consente di continuare a ritenere che la Commissione debba ancora procedere a una concreta verifica degli effetti dell'aiuto concesso al fine della sua eventuale autorizzazione. Se, cioè, la prima condizione sembrerebbe appannaggio pressoché esclusivo degli Stati membri (beninteso con il chiaro limite dell'abuso), la seconda condizione conferma i principi generali della disciplina degli aiuti di Stato, ovverosia, per quanto qui più direttamente ci occupa, il diritto/dovere della Commissione di esercitare il proprio potere discrezionale in un giudizio di concreto apprezzamento delle implicazioni dell'aiuto, per consentire o meno allo Stato la sua erogazione ai sensi del par. 3 dell'art. 107 TFUE.

Quel che suscita alcune perplessità è, invece, il contenuto che tale verifica debba di volta in volta assumere. O meglio, il Tribunale ha decisamente escluso che quel bilanciamento, invocato dalla ricorrente e, come si è tentato di dimostrare, punto fermo della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, sia richiesto in sede di applicazione della lett. b) del par. 3 dell'art. 107 TFUE. Esso, come evidenziato, afferma infatti inequivoco che «un simile bilanciamento non avrebbe ragion d'essere nell'ambito dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE, in quanto il suo risultato si presume positivo. Il fatto che uno Stato membro riesca a porre rimedio a un grave turbamento della sua economia non può infatti che andare a beneficio dell'Unione in generale e del mercato interno in particolare»<sup>52</sup>. Tuttavia, domandarsi se un aiuto sia necessario, adeguato e proporzionato all'obiettivo via via previsto dal TFUE (sotto forma di deroga al generale divieto di aiuti di cui all'art. 107, par. 1) non può che dar luogo, fra le altre, a considerazioni, da svolgersi ancora necessariamente in un contesto comunitario, senza dubbio implicanti proprio quel giudizio di

---

<sup>51</sup> In proposito, per tutti, M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea – Parte speciale*, cit., pp. 212-216.

<sup>52</sup> Trib., 17 febbraio 2021, *Ryanair c. Commissione*, cit., punto 68.

bilanciamento che ora il Tribunale parrebbe proprio voler escludere. Nel giudicare, in linea generale, della proporzionalità di un provvedimento è da ritenere che l’obiettivo da raggiungere debba essere inteso, esattamente come costantemente sostenuto dalla Corte di giustizia, in una prospettiva che vada al di là di quella del soddisfacimento del solo interesse che la fattispecie derogatoria prevista dal TFUE espressamente contempla.

In altri termini, il (richiesto) giudizio di proporzionalità non può che essere condotto avendo di mira, in ultima analisi, quel «comune interesse» che parrebbe perciò ancora opportuno che pervada orizzontalmente tutte le lettere del par. 3 dell’art. 107 TFUE. In merito, suonano tuttora estremamente efficaci e validamente applicabili, a parere di chi scrive, le conclusioni rese, il 24 ottobre 1996, dall’Avvocato generale Tesauro nella causa *Spagna c. Commissione* (causa C-169/95)<sup>53</sup>. Con specifico riguardo alla fattispecie di deroga oggi costituita dalla lett. a) del par. 3 dell’art. 107 TFUE, e dunque, per semplificare, con riferimento agli aiuti volti a favorire determinate regioni, Egli afferma che pure nell’applicazione di tale deroga deve essere essenziale che «la Commissione non si limiti a considerare le sole implicazioni di carattere regionale di un determinato intervento pubblico, ma si preoccupi di misurare in tutta la loro portata anche le implicazioni settoriali che l’intervento stesso è idoneo a provocare; e ciò al fine di evitare che sotto la copertura di validi obiettivi regionali possano prodursi sviluppi settoriali artificiali tali da produrre effetti nocivi per il comune interesse»<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Conclusioni dell’Avvocato generale G. TESAURO del 24 ottobre 1996, causa C-169/95, *Spagna c. Commissione*, ECLI:EU:C:1996:410

<sup>54</sup> Conclusioni dell’Avvocato generale G. TESAURO del 24 ottobre 1996, cit., punto 8. Nell’occasione, Tesauro prendeva altresì posizione rispetto alla differente formulazione delle lett. a) e c) del par. 3 dell’art. 92 del Trattato CEE (attuale art. 107 TFUE), affermando che «le ragioni di tale diversa formulazione (di disposizioni che pure hanno un ambito di applicazione parzialmente comune) vanno invero ricercate semplicemente nella maggiore “elasticità” di cui dovrebbe dar prova la Commissione nel valutare la compatibilità di aiuti la cui finalità primaria è quella di contribuire allo sviluppo economico delle regioni sfavorite. Va da sé, tuttavia, che [...] occorre pur sempre rispettare le esigenze di tutela dell’interesse comune, onde evitare che gli effetti positivi dell’aiuto per l’impresa beneficiaria o per le regioni ove essa è situata finiscano col ripercuotersi, in negativo, sulle imprese concorrenti

### 7. *Considerazioni conclusive*

Qualora, in definitiva, si potesse ritenere – ma, occorre riconoscerlo, non è questo il tenore letterale delle argomentazioni proposte dal Tribunale – che accertare la necessità e proporzionalità dell'aiuto rispetto agli interessi generali contemplati all'art. 107, par. 3, TFUE comporta necessariamente, alla resa dei conti, un concreto apprezzamento del bilanciamento fra effetti positivi dell'aiuto ed effetti negativi da questo prodotti (apprezzamento che vada, per così dire, anche al di là di quegli stessi interessi generali) e si potesse perciò ritenere che a un tale bilanciamento il giudizio di proporzionalità, nella sostanza, equivale, il recente quadro giurisprudenziale che va formandosi non costituirebbe, di fatto, una preoccupante deviazione dalla precedente e consolidata giurisprudenza dei giudici dell'Unione.

In attesa, come più volte ricordato, delle pronunce in appello della Corte di giustizia, le quali, forse, potrebbero ben interpretare in termini simili a quelli appena prospettati le argomentazioni seguite dal Tribunale, resta però, rispetto a tali recenti sentenze, la percezione piuttosto chiara di un allentamento nell'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato. In particolare, a destare perplessità è l'effetto, che ne deriva, di concreta perdita di coordinamento da parte della Commissione delle iniziative degli Stati membri volte al sostegno o alla promozione di specifici settori o singole imprese nazionali. Vero, a essere oggetto di questa nuova interpretazione è soltanto una, e ben specifica, ipotesi di deroga di cui al par. 3 dell'art. 107 TFUE. L'effetto centrifugo che si potrebbe produrre non può, tuttavia, che essere osservato con la giusta attenzione posto che tali sentenze incidono sulle fondamenta stesse di tutta quanta la disciplina in parola, spostandone l'asse da una prospettiva generale (quella intenta ad accertare ripercussioni dell'aiuto sull'intero mercato interno) a una prospettiva locale (dominata dalla presunzione che, purché adeguato, l'aiuto possa essere concesso per il solo interesse particolare di uno Stato membro).

---

o, peggio, sull'economia di altre regioni comunitarie, in ipotesi anch'esse sfavorite» (punto 9).

In linea generale, si ritiene di continuare a preferire un sistema che, anche attraverso l'emanazione di, eventualmente, sempre più numerosi e dettagliati regolamenti di esenzione per categorie di aiuti, e dunque pur consentendo esso per tale via maggior margine di azione agli Stati, continui ad assicurare che, a monte, le loro iniziative siano indirizzate verso obiettivi di interesse comune; risultato reso possibile grazie una previa messa a fuoco di tali obiettivi, sempre ad opera della Commissione, nell'esercizio del potere discrezionale che i Trattati le assegnano. Nella prospettiva opposta, occorre invece senz'altro riconoscere che taluni Stati membri potrebbero, almeno nel breve periodo, ben rallegrarsi di questa evoluzione giurisprudenziale che, innegabilmente, pare loro conferire ulteriori, e forse inaspettati, non trascurabili margini di autonomia.

## ANTITRUST, POLITICA INDUSTRIALE E *DIGITAL MARKETS ACT*

DI ENRICO ADRIANO RAFFAELLI\*

1. L'occasione per riflettere sui rapporti tra politiche di concorrenza e politica industriale, tornando ad affrontare un tema classico dell'antitrust, è data dal *Topic II* del Questionario FIDE 2023 (“*The new geopolitical dimension of the EU competition and trade policies*”)<sup>1</sup>, che sarà discusso in occasione del XXX Congresso FIDE, previsto per il 31 maggio-3 giugno 2023, a Sofia<sup>2</sup>.

Per quanto riguarda in particolare la parte relativa alle tematiche di *competition law and policy*, il Questionario FIDE si concentra, in sintesi, sulle modalità attraverso cui il diritto antitrust (dell'Unione europea e degli Stati membri), con il relativo armamentario normativo e procedurale, nonché con i propri obiettivi specifici, si relaziona con valori ed esigenze diversi da quelli più strettamente concorrenziali, in particolare: la sostenibilità; la c.d. “autonomia strategica” dell'UE, nell'ambito della quale si inseriscono, tra l'altro, i richiami alla necessità di tutelare o favorire quelli che vengono definiti “campioni europei”; l'obiettivo di promuovere la c.d. sovranità digitale europea e di rafforzare la competitività dell'economia digitale europea a livello

---

\*Founding Partner, Studio Legale Rucellai & Raffaelli; Presidente, Commissione Diritto della Concorrenza, *Union des Avocats Européens* (UAE). Il contributo costituisce la rielaborazione, con alcune integrazioni, della relazione presentata al Convegno “*Politiche di concorrenza e politica industriale: sinergia o conflitto?*”, svoltosi il 12 dicembre 2022 presso l'Università degli Studi di Milano, Sala Napoleonica.

<sup>1</sup> Il *Questionnaire Topic II* è consultabile all'indirizzo internet: <https://evropeiskipravenpregled.eu/wp-content/uploads/2022/06/FIDE-2023-Questionnaire-2-EN.pdf>.

<sup>2</sup> Cfr. il sito internet: <https://www.fide-europe.org/congresses/next-congress/>.



globale; e, infine, l'esigenza di tutelare il mercato interno europeo rispetto ad interventi che provengono da soggetti esterni all'UE, segnatamente sotto forma di investimenti esteri diretti (*Foreign Direct Investments* - FDI).

Il tema generale di cui sopra è poi declinato, nelle successive domande del Questionario, sotto il profilo degli aiuti di Stato, nonché nell'ambito della *trade policy*.

Ginevra Bruzzone ed io siamo stati chiamati a svolgere il ruolo – difficile, ma anche privilegiato – di *national rapporteurs* per l'Italia: per questo siamo grati all'Associazione Italiana Giuristi Europei (AIGE) e al suo Presidente Mario Siragusa, oltre che al Segretario Generale Marina Averani, per averci dato l'opportunità di approfondire temi così attuali e per avere organizzato, insieme ai Proff. Nascimbene e Rossi Dal Pozzo, nonché a Gabriella Muscolo, l'incontro di oggi.

Nel mio intervento, partendo dalle riflessioni svolte per il Questionario FIDE, mi concentrerò su alcuni aspetti che mi sembrano coerenti con il titolo del Convegno: in particolare, svolgerò qualche considerazione sui rapporti tra antitrust e politica industriale, a livello italiano e a livello dell'Unione europea, nonché sulla recente adozione da parte dell'UE del *Digital Markets Act* (DMA).

2. L'interrogativo stimolante ed efficace che ci viene posto dagli organizzatori del Convegno di oggi tocca, indubbiamente, uno dei punti nevralgici del diritto antitrust.

A questo riguardo, credo sia utile premettere che il tema dei rapporti tra politiche di concorrenza e politiche industriali non è certo nuovo; anzi, è una questione che, nel nostro continente, si è posta sin dagli albori del diritto antitrust europeo e, nel corso degli anni, è tornata ciclicamente a far discutere la comunità antitrust (e non solo)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Per approfondimenti sul punto, cfr., *ex multis*, N. KROES, *Industrial policy and competition law and policy*, in *Fordham International Law Journal*, 2007, p. 1401 ss.; P. JANSEN, *Industrial Policy in the Context of Merger and Foreign Investment Control*, in *Columbia Journal of European Law*, 2018, 2, p. 157 ss.; G. GHIDINI, M.B. ARMIENTO, «*What's past is prologue?*» *L'antitrust europeo alla prova della/e necessità*, in *Mercato concorrenza regole*, 2022, p. 85 ss., spec. p. 89 ss.

L'ambito maggiormente interessato da questo tema è, notoriamente, quello delle operazioni di concentrazione tra imprese, che rappresenta, per molti versi, il settore più "politico" dell'antitrust<sup>4</sup>.

Già nei primi anni Sessanta del '900, infatti, la Commissione europea si interrogò sull'opportunità di disciplinare le concentrazioni tra imprese con una regolamentazione *ad hoc*<sup>5</sup>. A quell'epoca, tenuto conto della situazione dell'economia europea, ancora pesantemente colpita dagli strascichi della Seconda Guerra mondiale, la Commissione scelse di non intervenire in tal senso, ritenendo preferibile consentire o tollerare il rafforzamento delle imprese europee. Il sistema comunitario, in questo modo, si allontanava dal "modello" degli Stati Uniti, che come noto rappresentano insieme al Canada la patria del diritto antitrust. E ciò anche al fine di evitare che, nel mercato europeo, si affermassero giganti extraeuropei, in particolare statunitensi e giapponesi.

Com'è noto, al di là di qualche intervento di "supplenza" da parte della Corte di giustizia (come la celebre sentenza *Continental Can* del 1973<sup>6</sup>), fu necessario attendere il 1989 affinché fosse adottato un regolamento europeo sulle concentrazioni<sup>7</sup>.

Nonostante i molti anni trascorsi da allora, l'assetto dei rapporti tra antitrust e politica industriale, in particolare in materia di concentrazioni, continua ad essere oggetto di discussioni e, in alcuni casi, di vere e proprie fibrillazioni.

---

<sup>4</sup> Così G. GHIDINI, M.B. ARMIENTO, «*What's past is prologue?*», cit., p. 87.

<sup>5</sup> Cfr. G. MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge, 2012, p. 246 ss.

<sup>6</sup> Corte giust., 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company c. Commissione*, ECLI:EU:C:1973:22.

<sup>7</sup> Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, in *GUCE*, L 395 del 30 dicembre 1989, p. 1 ss., poi sostituito, come noto, dal regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni"), in *GUUE*, L 24 del 29 gennaio 2004, p. 1 ss.

3. L'ordinamento italiano, da questo punto di vista, non fa eccezione.

Non a caso, la nostra legge antitrust (l. n. 287/90<sup>8</sup>) sin dalle origini conteneva, all'art. 6 (sul divieto di operazioni di concentrazione restrittive della concorrenza), un elenco di fattori sulla base dei quali valutare le operazioni in questione: tra questi fattori figurava, in particolare, la “*situazione competitiva dell'industria nazionale*”<sup>9</sup>. Ciò era indicativo della volontà del legislatore di lasciare aperta la strada di una valutazione dell'Autorità ispirata, in sostanza, ad obiettivi generali di politica industriale, ritenuti suscettibili di un bilanciamento con le finalità più strettamente concorrenziali.

Nella prassi dell'Autorità, l'inciso dell'art. 6 testé citato è stato sistematicamente – e volutamente – ignorato, in linea con l'impostazione di fondo che ha visto la nostra Autorità porsi in una posizione di forte indipendenza rispetto alla politica, nonché di stretta aderenza agli obiettivi concorrenziali.

Anche in ragione della totale assenza di applicazione pratica, l'inciso in questione è stato recentemente eliminato dal testo dell'art. 6, con la Legge sulla concorrenza approvata lo scorso agosto<sup>10</sup>: il che

---

<sup>8</sup> Legge 10 ottobre 1990, n. 287, “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato” (in *GURI*, n. 240 del 13 ottobre 1990).

<sup>9</sup> Si riporta il testo originario, vigente sino al 26 agosto 2022, dell'art. 6, comma 1, della l. n. 287/90: «Nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'articolo 16, l'Autorità valuta se comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza. Tale situazione deve essere valutata tenendo conto delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, della struttura dei mercati, *della situazione competitiva dell'industria nazionale*, delle barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti, nonché dell'andamento della domanda e dell'offerta dei prodotti o servizi in questione» (enfasi aggiunta).

<sup>10</sup> Legge 5 agosto 2022, n. 118 (in *GURI*, n. 188 del 12 agosto 2022). La nuova versione dell'art. 6, comma 1, della l. n. 287/90 è formulata nei seguenti termini: «Nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'articolo 16, l'Autorità valuta se ostacolano in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante, in particolare a causa della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante. Tale situazione deve essere valutata in ragione della necessità di preservare e sviluppare la concorrenza effettiva tenendo conto della struttura di tutti i mercati interessati e della

testimonia il superamento, almeno in linea tendenziale, di una certa visione dei rapporti tra antitrust e politica industriale.

Nello stesso tempo, però, vi sono stati casi in cui è stato il Governo, tramite l'adozione di decreti legge poi convertiti in legge dal Parlamento, ad intervenire “a gamba tesa”, introducendo specifiche deroghe alle norme in materia di concentrazioni. Il riferimento è, in particolare, al c.d. Decreto “Salva Alitalia” del 2008<sup>11</sup> e ai successivi Decreti “Salva Banche” del 2017<sup>12</sup> e del 2020<sup>13</sup>.

Questi interventi sollevano numerosi interrogativi, sia perché introducono a livello politico, e in relazione a casi specifici, deroghe invasive alle norme antitrust e limitazioni significative della competenza dell'AGCM; sia perché i risultati anche economici delle operazioni in questione appaiono quantomeno discutibili: basti pensare al caso di Alitalia e all'esito che hanno avuto i vari e ripetuti tentativi di “salvare” la nostra compagnia di bandiera; sia, infine, perché la nostra legge antitrust contiene una previsione (l'art. 25), mai attuata, che consentirebbe al Consiglio dei Ministri di “*determina[re] in linea generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'Autorità può*

---

concorrenza attuale o potenziale, nonché della posizione sul mercato delle imprese partecipanti, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dell'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali, nonché del progresso tecnico ed economico purché esso sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza. L'Autorità può valutare gli effetti anticompetitivi di acquisizioni di controllo su imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative, anche nel campo delle nuove tecnologie».

<sup>11</sup> V. in particolare l'art. 1, comma 10, del d.l. n. 134/2008, “Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi”, in *GURI*, n. 201 del 28 agosto 2008.

<sup>12</sup> V. in particolare l'art. 3, comma 4, del d.l. n. 99/2017, “Disposizioni urgenti per assicurare la parità di trattamento dei creditori nel contesto di una ricapitalizzazione precauzionale nel settore creditizio nonché per la liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banca S.p.A.”, s.m.i., in *GURI*, n. 146 del 25 giugno 2017.

<sup>13</sup> V. in particolare l'art. 171, comma 4, del d.l. n. 34/2020, “Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”, in *GURI*, n. 128 del 19 maggio 2020, suppl. ord. n. 21.

*eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'articolo 6*". Tale norma, significativamente, richiede, da un lato, che le operazioni in questione non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti e, dall'altro lato, che l'AGCM prescriva comunque le misure necessarie per il ristabilimento di condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato. Invece che procedere secondo questa linea, con una normativa di carattere generale, si è scelto di intervenire con misure episodiche, specifiche e spesso molto più invasive delle competenze dell'Autorità.

Autorità che, in ogni caso, non si è lasciata intimorire eccessivamente e ha continuato a svolgere il proprio ruolo con il rigore e la serietà che le vengono riconosciuti tanto in Italia quanto all'estero. Basti citare, in tal senso, il provvedimento del 2017 con cui – nonostante il Decreto “Salva-Banche” adottato quell'anno escludesse la competenza dell'AGCM in relazione a determinate operazioni di concentrazione tra banche – la stessa Autorità ha ritenuto di pronunciarsi ugualmente, disapplicando la norma nazionale rilevante in forza della *primauté* del diritto dell'Unione europea e, dunque, riaffermando la propria competenza<sup>14</sup>.

Queste e altre questioni sono state affrontate più ampiamente da Ginevra Bruzzone e da me nel report italiano predisposto in risposta al Questionario FIDE: alla luce delle riflessioni svolte anche in tale sede, credo si possa affermare senza incertezze che, anche dalla prospettiva specifica dell'ordinamento italiano, le tematiche di cui ci occupiamo oggi risultano estremamente complesse e delicate, oltre che sempre attuali e molto rilevanti.

---

<sup>14</sup> AGCM, provvedimento n. 26658 del 5 luglio 2017, caso C12103 - INTESA SANPAOLO/RAMI DI AZIENDA DI BANCA POPOLARE VICENZA-VENETO BANCA, spec. punto 32.

4. Ancora più acceso è stato, negli ultimi anni, il dibattito sulle tematiche in questione a livello europeo.

Credo che il pensiero di tutti vada istintivamente, in particolare, al notissimo caso *Alstom / Siemens*<sup>15</sup>, che di recente ha riportato al centro della discussione il tema dei c.d. “campioni europei” e delle tensioni che caratterizzano i rapporti tra antitrust e politica industriale, nonché tra antitrust e politica *tout court*<sup>16</sup>.

Senza voler ripercorrere nei dettagli questo caso – che, peraltro, è anche oggetto di una specifica domanda del Questionario FIDE – mi limito a ricordare come la Commissione europea sia stata chiamata a pronunciarsi sul progetto di concentrazione tra i due “giganti” del mercato ferroviario europeo, ossia il gruppo francese Alstom e il gruppo tedesco Siemens. In tale contesto, la Commissione è stata oggetto di fortissime pressioni da parte, in particolare, dei governi francese e tedesco, preoccupati di favorire l’operazione in questione, anche al fine di sostenere le ragioni dei rispettivi “campioni” nazionali.

L’idea alla base delle posizioni espresse dai Ministri competenti in Francia e in Germania era quella di promuovere la creazione di un “campione europeo” in grado di imporsi sul mercato globale. Un’operazione, insomma, sul modello della *joint-venture* che (proprio partendo da due operatori di Francia e Germania, poi seguiti da partner provenienti da Spagna e Regno Unito) negli anni ’70 aveva dato vita al consorzio Airbus, avviando una storia di successo che consente a tale *player* di essere, oggi, l’unico vero concorrente del gigante statunitense Boeing.

---

<sup>15</sup> Cfr. Commission Decision of 6 February 2019 declaring a concentration to be incompatible with the internal market and the functioning of the EEA Agreement (Case M.8677 SIEMENS/ALSTOM).

<sup>16</sup> Tra i numerosi commenti in merito alla vicenda, cfr., ad esempio, EDITORIAL COMMENTS, *Think big? Think twice! EU competition law in the face of calls for European champions*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 329 ss.; *Which competition and industrial policies for the new EU Commission after Siemens/Alstom?*, numero monografico della rivista *Concurrences*, n. 2/2019; A. PERA, *Alstom-Siemens, la concorrenza fa bene alla competitività*, in *First Online*, 8 febbraio 2019; L. PANG, *The Siemens/Alstom Merger Case: How European Merger Policy Respond to Global Competition*, in *Dublin Law and Politics Review*, 2020, p. 33 ss.

Nel caso *Alstom / Siemens*, i due governi citati evidenziavano, in particolare, i rischi derivanti dall'esistenza, al di fuori dei confini europei, di un colosso del mercato ferroviario, in particolare cinese (CRRC), potenzialmente capace di "schiacciare" i due operatori europei in questione: da qui l'esigenza di consentire un'operazione che, comportando la fusione tra tali operatori, li avrebbe rafforzati sulla scena internazionale.

Ad avviso della Commissione, però, l'operazione pianificata da Alstom e Siemens risultava eccessivamente restrittiva della concorrenza. Sebbene tale valutazione possa apparire "miope" e poco attenta alle dinamiche del mercato globale, in realtà si basava su un attento esame delle circostanze del caso di specie, nonché delle prospettive di espansione del predetto colosso cinese sul mercato europeo, ritenute poco realistiche, alla luce delle barriere all'ingresso presenti su tale mercato, nonché del fatto che CRRC opera esclusivamente all'interno del mercato cinese.

Nel caso in questione, al di là delle valutazioni di merito, pare apprezzabile il fatto che la Commissione abbia resistito alle forti pressioni politiche, valutando comunque l'operazione alla luce della dimensione globale dei mercati interessati, come già accaduto in altre occasioni (ad esempio, nel noto caso *General Electric / Honeywell*) e in linea con un trend che, secondo alcuni dati, sembra essere in crescita.

È indiscutibile, comunque, che il caso *Alstom / Siemens* abbia dato luogo ad un dibattito quanto mai attuale e rilevante, in una situazione in cui, come sappiamo, da un lato, la globalizzazione ha inciso e continua ad incidere fortemente sulla nostra economia; dall'altro, specialmente in alcuni settori, l'Europa rischia di subire il fortissimo potere di mercato di operatori provenienti da altre zone del mondo. Appare significativo, in questo senso, il fatto che numerosi governi di altri Stati membri, diversi da Francia e Germania, abbiano sostenuto le ragioni di una "riforma del diritto antitrust europeo", ispirata proprio al rafforzamento degli operatori europei nell'arena del mercato globale.

Sotto il profilo istituzionale, ci si è chiesti se sia opportuno introdurre a livello europeo una sorta di "freno di emergenza", che consenta, in casi eccezionali, di intervenire sulla valutazione delle

operazioni di concentrazione, al fine di far prevalere esigenze diverse da quelle più strettamente concorrenziali, in un'ottica (almeno in teoria) di tutela dell'interesse generale<sup>17</sup>. È quanto prevedono, del resto, le legislazioni nazionali di vari Stati membri dell'UE (oltre all'Italia, come visto, anche – ad esempio – la Francia, la Germania, la Spagna), che riservano a un Ministro o al Consiglio dei Ministri il potere di intervenire in tal senso.

Il regolamento europeo sulle concentrazioni non prevede ipotesi di tal fatta (benché la proposta originaria del precedente regolamento, adottato nel 1989, in una previsione poi espunta dal testo definitivo, contemplasse la possibilità per la Commissione di autorizzare operazioni di concentrazione sulla base di considerazioni di politica industriale). Ci si è quindi chiesti se non fosse opportuno modificare tale atto per introdurre un meccanismo di “freno di emergenza”: ma a quale soggetto sarebbe attribuibile il potere in questione?

La risposta è tutt'altro che semplice: questo è uno dei tanti casi in cui emerge prepotentemente il problema del ruolo della Commissione europea nel sistema di applicazione del diritto antitrust dell'UE. Come sappiamo, quest'ultima non è soltanto un'Autorità antitrust, ma anche (e soprattutto) un'istituzione politica e di governo dell'Unione europea, sia pure (almeno teoricamente) indipendente dagli Stati membri.

Se fosse stata istituita un'agenzia dell'Unione europea *ad hoc* con funzioni esclusive di Autorità antitrust, come proposto a più riprese nel corso degli ultimi decenni, il ruolo di detentore del “freno di emergenza” sarebbe spettato in modo quasi naturale alla Commissione europea, quale istituzione incaricata di promuovere l'interesse generale dell'UE. Dal momento che ciò non è avvenuto, si è proposto di attribuire tale ruolo al Consiglio dell'UE, nel quale, come noto, siedono i rappresentanti dei vari Stati membri. Ma è chiaro che ciò renderebbe la (proposta) procedura c.d. del freno di emergenza eccessivamente politica e soggetta, in modo pericoloso, a prevaricazioni dettate da interessi puramente nazionalistici, con il rischio di una sorta di gara, da

---

<sup>17</sup> Sul punto, cfr., ad esempio, EDITORIAL COMMENTS, *Think big? Think twice! EU competition law in the face of calls for European champions*, cit., spec. p. 334 ss.



parte degli Stati membri, alla tutela protezionistica dei rispettivi campioni nazionali.

Il tema è tuttora sul tavolo e, come visto, non si presta a soluzioni semplici. Nello stesso tempo, non pare possibile ignorare i rischi ai quali è sempre più esposta l'economia europea a fronte di "colossi" che si collocano al di fuori dei confini dell'UE. E ciò soprattutto in alcuni settori, ad esempio quelli – in continua espansione – emersi a seguito della rivoluzione digitale.

5. L'altro aspetto che merita di essere affrontato in questa sede attiene proprio all'azione dell'Unione europea in ambito digitale, con particolare riferimento alla recente adozione del Digital Markets Act (DMA)<sup>18</sup>.

Negli ultimi anni il passaggio a un'Europa più sostenibile e digitale è stato presentato come una delle principali priorità politiche della Presidente della Commissione europea Ursula Von der Leyen che, fin

---

<sup>18</sup> Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali), in *GUUE*, L 265 del 12 ottobre 2022, p. 1 ss. Il DMA – insieme al *Digital Services Act* (DSA), Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), in *GUUE*, L 277 del 27 ottobre 2022, p. 1 ss. – rappresenta uno dei pilastri della Strategia Digitale Europea volta ad aggiornare le norme che regolano i servizi digitali nell'Unione europea. Tra i numerosi commenti in merito al DMA, cfr., ad esempio, P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *I Post di AISDUE*, 2021, n. 2, p. 30 ss.; G. BRUZZONE, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, p. 323 ss.; G. MONTI, *The Digital Markets Act: Improving its institutional design*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 2021, 5, p. 90 ss.; F. CHIRICO, *Digital Markets Act: a regulatory perspective*, in *Journal of European competition law & practice*, 2021, p. 493 ss.; A. MANGANELLI, *Il regolamento Eu per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2021, p. 473 ss.; M. POLO, A. SASSANO, *DMA: Digital Markets Act o Digital Markets Armistice?*, *ivi*, p. 501 ss.; V. FALCE, N.M.F. FARAONE, *Mercati digitali e DMA: note minime in tema di enforcement*, in *Il Diritto industriale*, 2022, 1, p. 5 ss.; J. VAN DEN BOOM, *What does the Digital Markets Act harmonize? Exploring interactions between the DMA and national competition laws*, in *European Competition Journal*, 2022, p. 1 ss.; G. COLANGELO, *DMA begins*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2023, p. 1 ss.

dall'inizio del suo mandato 2019-2024, si è impegnata a rendere l'Unione europea più competitiva a livello mondiale e ad aumentarne l'autonomia e la resilienza<sup>19</sup>.

Da allora, l'Unione europea ha ribadito la necessità di perseguire una politica industriale europea ambiziosa al fine di rendere l'industria dell'UE più sostenibile, più verde, più competitiva a livello mondiale e più resiliente per guidare l'Europa verso la transizione digitale e verde e raggiungere, quindi, la *leadership* digitale e la neutralità climatica.

Per fare questo l'Unione europea ha iniziato a adottare varie strategie, tutte finalizzate al perseguimento del fine ultimo della nostra generazione: l'autonomia strategica europea, ossia la riduzione della dipendenza dell'Unione europea da altri paesi che rappresenta l'opportunità per sviluppare mercati, prodotti e servizi e rafforzare la competitività nell'UE.

Di recente, in particolare, la Commissione europea, ha presentato una strategia che mira a portare l'Unione europea a conseguire entro il 2030 una piena sovranità digitale<sup>20</sup>, intesa come la capacità di fissare norme riguardo all'economia digitale, anziché seguire quelle di altri paesi, individuando quali aspetti rilevanti nella definizione di questo obiettivo quelli di autonomia, ossia l'attitudine di stabilire i propri standard, e di influenza, come capacità di condizionare gli standard fissati da altri.

L'Unione europea aspira, infatti, ad assumere un ruolo di guida, a livello internazionale, nella regolamentazione dei mercati digitali. Anche con riferimento a questi mercati, è chiara la volontà da parte dell'Unione europea di garantire la sovranità digitale ed esercitare il potere unilaterale di regolamentazione dei mercati globali, che si ravvisa in un numero crescente di settori.

---

<sup>19</sup> Per una sintesi sulle priorità della Commissione europea per il periodo 2019-2024, si veda [https://italy.representation.ec.europa.eu/strategia-e-priorita/le-priorita-della-commissione-europea-il-periodo-2019-2024\\_it](https://italy.representation.ec.europa.eu/strategia-e-priorita/le-priorita-della-commissione-europea-il-periodo-2019-2024_it).

<sup>20</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni – Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale, COM/2021/118 final.

Si pensi, ad esempio, alla normativa europea in materia di dati personali (c.d. GDPR)<sup>21</sup>, che è divenuta un punto di riferimento a livello mondiale per quanto riguarda la tutela dei diritti legati ai dati personali e alla *privacy*<sup>22</sup>.

È indubbio, dunque, che, anche attraverso il DMA, la Commissione miri a promuovere la *leadership* europea e di autonomia strategica in campo digitale con il fine di fissare uno standard di regolamentazione delle c.d. *Big Tech*.

6. In questo contesto, credo che vadano considerati in modo positivo diversi aspetti dell'azione dell'Unione europea in questo ambito e, più in particolare, del DMA.

Mi riferisco, in primo luogo, al fatto che la Commissione europea abbia deciso di muoversi in maniera risoluta e veloce per regolare lo sviluppo del mondo digitale attraverso una normativa di portata innovativa con cui l'Unione europea dimostra di aver compreso l'importanza di tutelare la concorrenzialità dei mercati digitali. Le istituzioni europee e gli Stati membri sembrano in tal modo aver preso finalmente atto della trasformazione dell'economia europea e mondiale, nonché della dirompente rivoluzione digitale che la crisi Covid-19 ha reso evidente, cercando quindi di tutelare la competitività nel mercato interno e di sostenere la ripresa economica.

In secondo luogo, mi sembra positivo il fatto che il DMA sia un regolamento che introduce una normativa di carattere regolatorio, di tipo *ex ante*, specificatamente dedicata ai mercati digitali: è una normativa dettagliata e precisa, direttamente applicabile all'interno degli Stati Membri; è applicabile in maniera veloce ed efficace; trova applicazione in tutti i casi in cui i servizi vengano forniti ad utenti stabiliti in Unione europea, indipendentemente dal luogo in cui la piattaforma è stabilita o dalla legge applicabile.

---

<sup>21</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera Circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

<sup>22</sup> In proposito cfr., per tutti, A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020.

In terzo luogo, credo sia utile sottolineare che il DMA non si applica a tutte le piattaforme digitali, ma solo a quelle che possono essere qualificate come *gatekeepers* (i.e. piattaforme che hanno un impatto significativo sul mercato interno, gestiscono un importante servizio di piattaforma di base e godono di una consolidata e duratura posizione).<sup>23</sup> Il fatto che il DMA sia destinato soltanto ai più potenti operatori del mercato con funzioni di *gatekeepers* rispecchia una scelta di politica industriale che risponde all'esigenza non solo di rafforzare il mercato unico e l'autonomia strategica dell'Unione europea, ma anche di accelerare, in particolare, la transizione digitale. In questo senso, è un po' come se la Commissione europea avesse sottolineato la necessità di potenziare la competitività e la capacità innovativa dell'industria dell'Unione europea per affrontare le dipendenze strategiche e lo strapotere delle *Big Tech* americane con l'obiettivo di costruire un mercato interno ben funzionante, presupposto principale per sostenere la ripresa economica dell'Unione e aggiornarne la stessa politica industriale.

Infine, ritengo si debba valutare positivamente la circostanza che le istituzioni dell'Unione abbiano voluto reagire all'inadeguata risposta del diritto antitrust "tradizionale" alle sfide poste dai mercati digitali con una normativa che ha posto fine al "*Wild West digitale*", come lo ha definito il Commissario per il mercato interno Thierry Breton<sup>24</sup>. Sotto questo profilo, il DMA si pone l'obiettivo di regolamentare i mercati digitali creando una sinergia con il diritto antitrust per assicurare insieme ad esso una coerente ed effettiva tutela della concorrenza.

La coesistenza del DMA e della normativa antitrust costituisce, infatti, l'opportunità di rafforzare l'*enforcement* antitrust nell'ottica di instaurare una collaborazione tra Commissione europea e autorità antitrust nazionali attraverso un continuo dialogo che mitigherebbe

---

<sup>23</sup> Si veda l'art. 3 del Regolamento DMA "*Designazione dei gatekeeper*".

<sup>24</sup> Il 19 gennaio 2022, il commissario Thierry Breton avrebbe pubblicato su Twitter un tweet in cui affermava "*It's time to put some order in the digital "Wild West"*". Cfr. anche N. NIELSEN, *EU ends "wild west" of Big Tech*, 25 marzo 2022, in *EU Observer*, disponibile all'indirizzo internet: <https://euobserver.com/world/154591>.

anche il rischio di sovrapposizioni tra le normative esistenti. Necessità di coordinamento potrebbero sorgere, per esempio, nel caso in cui un *gatekeeper* sia soggetto per alcune condotte alla normativa antitrust europea o nazionale e per altre al DMA; oppure nel caso in cui un *non-gatekeeper* rimanga soggetto alla normativa antitrust in relazione a condotte che per i *gatekeepers* sono governate dal DMA.

7. Nonostante tutti i lati positivi sopra illustrati, non si può nascondere, nello stesso tempo, come la nuova disciplina introdotta dal DMA si presti altresì ad alcune critiche.

Se è vero che la cooperazione tra le varie Autorità antitrust costituirebbe presupposto essenziale per la corretta applicazione del DMA, al momento nessuna indicazione è stata data per renderla attuabile in questo specifico ambito. Vi è una forte centralizzazione delle competenze nelle mani della Commissione europea che lascia ben poco spazio agli Stati membri ed alle Autorità Antitrust nazionali. Il DMA privilegia, infatti, un modello di *enforcement* centralistico, il che è in contrasto *a)* con i risultati raggiunti dallo *European Competition Network* (ECN), *b)* con l'esperienza maturata in quasi 20 anni di applicazione condivisa delle regole europee di concorrenza e *c)* con il rilevante contributo che le Autorità nazionali della concorrenza hanno fin qui dimostrato di saper dare anche con specifico riferimento ai mercati digitali.

Sarebbe, dunque, auspicabile che la Commissione fornisca indicazioni più precise – per esempio attraverso una *guidance* – sulle modalità pratiche di cooperazione al fine di evitare sovrapposizioni di attività e potenziali duplicazioni delle investigazioni e, di conseguenza, eliminare un inutile dispendio di risorse e costi.

Non è così chiaro poi il coordinamento tra il DMA e la normativa antitrust europea e nazionale tradizionale tenuto conto del fatto che il DMA si affianca al diritto antitrust e non ne pregiudica l'applicazione. Il Regolamento, infatti, chiarisce espressamente che il DMA mira: *(i)* a integrare l'applicazione del diritto della concorrenza (considerando 10) e *(ii)* a perseguire un obiettivo complementare, ma diverso, dalla protezione della concorrenza non falsata su un dato mercato ossia a

“*garantire che i mercati in cui sono presenti gatekeeper siano e rimangano equi e contendibili*” (considerando 11). Cionondimeno, nessuna regola di precedenza tra il sistema del DMA e la normativa antitrust è stata prevista soprattutto per quei casi in cui potrebbe sorgere un dubbio sulla sovrapposizione delle regolamentazioni.

Scarsa attenzione è data, infine, al ruolo dei giudici nazionali e del *private enforcement*. Il DMA attribuisce grande rilevanza alla Commissione europea, finendo così per privilegiare la prospettiva del *public enforcement*. Basti pensare all’art. 39 del Regolamento<sup>25</sup> – sul tema della cooperazione con gli organi giurisdizionali nazionali – con cui si vieta ai giudici nazionali di formulare decisioni che siano in contrasto con quelle adottate, o anche solo contemplate, dalla Commissione a norma del DMA e a cui si aggiunge un’eventuale valutazione da parte del giudice nazionale sulla necessità di sospendere o meno i procedimenti da essa avviati (“soggezione” dei giudici nazionali alla Commissione). Escluso questo aspetto relativo alla cooperazione tra gli organi giurisdizionali, nulla si dice sull’applicazione del DMA, su iniziativa dei privati, davanti ai giudici nazionali e nessun chiaro tentativo di coordinamento tra *private* e *public enforcement* sembra essere espresso.

Questa carenza di attenzione e di chiarezza in tema di *private enforcement*, rafforza l’impressione – espressa da più parti già con riferimento alla Direttiva Danni – che si sia persa per strada l’iniziale volontà di promuovere realmente il *private enforcement* come seria alternativa al *public enforcement*.

Sembra pertanto emergere una necessità di maggiore chiarezza da parte della Commissione europea per l’applicazione omogenea di una normativa che, come sappiamo, non risulta l’unica ad aver tentato di

---

<sup>25</sup>Si veda in particolare l’art. 39, par. 5, del DMA, secondo cui: “*Gli organi giurisdizionali nazionali non formulano decisioni che siano in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione a norma del presente regolamento. Essi evitano inoltre decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati a norma del presente regolamento. A tal fine l’organo giurisdizionale nazionale può valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da essa avviati. Ciò lascia impregiudicata la possibilità degli organi giurisdizionali nazionali di chiedere una pronuncia pregiudiziale a norma dell’articolo 267 TFUE*”.

regolamentare i mercati digitali. Si pensi, per esempio: al Regno Unito, dove la nuova *Digital Markets Unit* all'interno della *Competition and Markets Authority* è stata concepita proprio per sorvegliare le *Big Tech*; alla Germania, che nel 2021 ha modernizzato la normativa antitrust interna (il cd. *German Competition Act*) introducendo un nuovo strumento per intervenire in modo rapido ed efficace contro i comportamenti di piattaforme digitali selezionate ritenuti anticoncorrenziali e secondo cui alle “*imprese di primaria importanza per la concorrenza sui mercati*” è vietato compiere determinate azioni (ad esempio, privilegiare i propri servizi o ostacolare l'accesso al mercato da parte di terzi, trattenendo determinati dati); all'Italia, che con la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (L. 118/2022) ha emendato l'art. 9 della l. 192/1998 in materia di abuso di dipendenza economica (in particolare, il legislatore ha introdotto una presunzione relativa di dipendenza economica “*nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati*”); agli Stati Uniti, dove si sta valutando di introdurre una regolamentazione simile al DMA – l'*American Innovation and Choice Online Act* – al fine di implementare nuove regole per impedire alle *Big Tech* di abusare del loro potere di mercato per danneggiare la concorrenza, le altre piattaforme online e i consumatori e, quindi, favorire i propri prodotti e servizi in vari modi.

8. Alla luce di quanto precede, mi sembra utile svolgere qualche breve riflessione conclusiva proprio sul caso americano.

È presumibile che la Casa Bianca, prima di prendere una decisione definitiva sulla legislazione in tema di mercati digitali, valuterà le possibili conseguenze connesse alle proprie scelte di politica tecnologica considerato che: (i) gli Stati Uniti ospitano la maggior parte delle *Big Tech* più grandi e di maggior successo e (ii) dal suo punto di vista, l'amministrazione statunitense dovrebbe sostenere e incoraggiare le imprese statunitensi, non punirle.

Invero, la regolamentazione in questo settore è altamente politica e sarà importante per le imprese internazionali essere informate e adeguarsi ai diversi approcci normativi e ai nuovi strumenti che le autorità a mano a mano utilizzeranno per affrontare questioni che sono ormai *cross-border* e accrescono la necessità di una cooperazione internazionale.

Sebbene l'Europa sia un po' più arretrata rispetto agli Stati Uniti e alla Cina nell'innovazione tecnologica, nello specifico contesto della regolamentazione tecnologica il nostro continente ha al momento dimostrato di non esserlo.

Il DMA è in effetti la prova del fatto che l'Europa è stata in grado di muoversi più velocemente degli Stati Uniti: i *policy makers* europei, spinti verosimilmente dalla voglia di creare maggiori opportunità per le aziende europee, hanno “sfruttato” il timore dei politici statunitensi di calpestare le Big Tech maggiormente influenti.

Indipendentemente dalle ragioni – politiche o meno – sottostanti al rallentamento degli Stati Uniti nella regolamentazione dei mercati digitali, la verità è che il vantaggio nella definizione della politica normativa digitale risiede oggi in Europa.

L'incapacità di sviluppare proprie regole infatti ha fatto perdere agli Stati Uniti una voce significativa nel processo decisionale relativo a una normativa che tocca piattaforme dominanti *online* e che, proprio per questo, avrà effetti di vasta portata anche al di fuori dell'Europa.

La realtà è che per gli Stati Uniti ora non si tratta più solo di adottare o meno una politica a protezione delle Big Tech americane, ma della necessità di scegliere delle regole che tutelino i consumatori, la concorrenza e i mercati digitali interconnessi.

In questo contesto, forse è giunto il momento per l'Europa e gli Stati Uniti di armonizzare le scelte di politica digitale, intendendo per “armonizzare” non già che le politiche debbano essere identiche, ma semplicemente che esse siano compatibili tra loro, invece che tendenzialmente antagonistiche e, dunque, scarsamente chiare ed efficienti tanto per gli operatori, quanto per i consumatori.



9. Come risulta anche dalle pagine che precedono, le questioni ancora aperte negli ambiti esaminati sono numerose: il mio auspicio è che il dibattito su questi temi prosegua e tenga conto delle posizioni espresse da tutte le parti interessate. Trovo quindi particolarmente utili le occasioni come quella di oggi, che sicuramente ci consentiranno di arrivare al Congresso FIDE 2023 di Sofia con tanti elementi di riflessione da condividere con i *rapporteurs* degli altri Paesi e delle istituzioni dell'Unione europea, come pure, più in generale, di continuare ad analizzare e approfondire gli incessanti – e sempre stimolanti – sviluppi del diritto e delle politiche antitrust.

LE NUOVE SCELTE DI *POLICY* E IL RUOLO ASSEGNATO AI GIUDICI NELLA  
TUTELA DELLA CONCORRENZA

DI MARINA TAVASSI\*

*1. Un nuovo obiettivo per le politiche di concorrenza e per la politica industriale*

Un nuovo e diverso concetto di concorrenza si è andato delineando nel tempo in Europa e conseguentemente anche la legge nazionale antitrust è stata aggiornata in più occasioni<sup>1</sup>. Nei primi anni '80 e ancora quando è stata elaborata e varata la legge nazionale antitrust, legge n. 287 del 1990, le regole comunitarie si focalizzavano sul mercato e sulla disciplina dei rapporti di concorrenza fra imprese. Solo in seguito si è formata l'idea che tutto dovesse essere affrontato e risolto con uno sguardo al fine ultimo, che non era più individuato nelle occasioni di crescita per le imprese, nell'ambito di una politica industriale di tipo evolutivo in un ambiente di libera e paritetica concorrenza, ma piuttosto con l'intento di disciplinare l'agire dell'impresa in vista del benessere collettivo, spesso coincidente con il benessere dei consumatori.

Questa nuova visione di concorrenza era già stata posta alla base del c.d. pacchetto modernizzazione del diritto comunitario antitrust, cristallizzato nel Reg. CE n. 1/2003 e nelle Comunicazioni dell'aprile 2004.<sup>2</sup>

---

\* Già Presidente della Corte d'appello di Milano, *of counsel* dello studio legale BonelliErede

<sup>1</sup> Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, significativamente modificata in merito ai poteri attribuiti all'AGCM dal D.L. 4 luglio 2006 n. 233, convertito in Legge 4 agosto 2006 n. 248 e dal D.L. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito in Legge 22 dicembre 2011 n.214.

<sup>2</sup> Il pacchetto modernizzazione, oltre al Regolamento n.1 del 2003, comprende una serie di Comunicazioni tese a fornire più dettagliate informazioni e indicazioni

Il regolamento n. 1/2003, dunque, non solo ha modificato la politica della concorrenza dell'Unione Europea, ma ne ha aggiornato la disciplina adeguandola ai diversi obiettivi delle più moderne scelte comunitarie, sia dal punto di vista economico che dal punto di vista politico.

Il suo obiettivo era quello di decentrare maggiormente la politica della concorrenza, diminuire il carico di lavoro in capo alla Commissione e, al contempo, «responsabilizzare» le Autorità Nazionali, attribuendo loro maggiori poteri decisionali.

Tale modernizzazione ha fatto sì che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato fosse investita dal legislatore italiano di nuove ulteriori competenze, che negli anni ne hanno arricchito il profilo, ampliandone il campo di azione e l'estensione dei poteri.

L'Autorità garante non solo è titolare di poteri finalizzati a vigilare sulle intese restrittive della concorrenza, sugli abusi di posizione dominante e sulle operazioni di concertazione che siano tali da eliminare o ridurre la concorrenza, oltre che sulle pratiche commerciali scorrette, ma più in generale è chiamata ad assolvere il compito di promuovere l'innovazione, il miglioramento qualitativo dei prodotti e la riduzione dei costi. Tutte queste funzioni, in caso dell'accertamento di violazioni, consentono all'Autorità Antitrust non solo di adottare provvedimenti sanzionatori, ma anche di impartire diffide e provvedimenti comportamentali nei confronti delle imprese responsabili dell'infrazione; a ciò si aggiunga che l'Autorità

---

per le autorità garanti nazionali e per i giudici. Si tratta delle Comunicazioni pubblicate sulla G.U.C.E. del 27 aprile 2004, che si sono occupate di disciplinare la “Cooperazione all'interno del network delle autorità nazionali”, la “Cooperazione tra la Commissione e i giudici nazionali in applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE”, la Comunicazione sulla “Gestione delle denunce alla Commissione secondo il disposto degli artt. 101 e 102 TFUE – Linee guida informali circa le nuove questioni poste da casi di specie” (le c.d. *guidance letters*), le “Linee guida sulla nozione del commercio tra Stati Membri di cui alla previsione degli artt. 101 e 102 TFUE”, e ancora le “Linee guida sull'applicazione dell'art. 101.3 TFUE”, fino al Regolamento 2004/773 del 7 aprile 2004 relativo ai procedimenti di cui agli artt. 81-82 Trattato CE (ora artt. 101-102 TFUE) innanzi alla Commissione (GUCE L123, 24 aprile 2004, p. 1824 e ss.), in seguito modificato dal Regolamento 2015/1348 del 3 agosto 2015 (GUUE L208, 5 agosto 2015, p. 3 e ss.).

nell'ambito dei poteri conoscitivi e consultivi attribuitile<sup>3</sup> ha il compito di fornire orientamenti di politica industriale.

Circa il ruolo delle Autorità garanti nazionali significativa è la sentenza della Corte di Giustizia del 12 maggio 2022<sup>4</sup>, nel caso del Servizio Elettrico Nazionale italiano.

La sentenza, in un caso di addebito riguardante il trattamento di dati sensibili, si è fatta carico di precisare le finalità dell'art. 102 TFUE e, in particolare, se il divieto di abuso di posizione dominante abbia la funzione di preservare il benessere dei consumatori ovvero la struttura concorrenziale del mercato.

Più in particolare, nel caso in questione si è trattato di verificare il livello minimo che una pratica anticoncorrenziale debba assumere per essere considerata pregiudizievole e precisamente se essa possa limitarsi a produrre un danno alla struttura effettiva della concorrenza, oppure se occorra altresì, o alternativamente, dimostrare che la stessa pratica può incidere sul benessere dei consumatori. Merita ricordare che il par. 2, lett. b) dell'art. 102 TFUE considera abuso di posizione dominante le condotte di una impresa consistenti «nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori». In tale direzione si muove la giurisprudenza<sup>5</sup> secondo la quale sono da considerare illecite «non soltanto le pratiche che possono provocare un danno diretto ai consumatori, ma anche quelle che li danneggiano indirettamente pregiudicando la struttura di effettiva

---

<sup>3</sup> Vedi Capo IV, Titolo III della Legge n. 287/1990 artt. 21-24.

<sup>4</sup> Causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA e a. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e a.*, ECLI:EU:C:2022:379. Vedi per un commento, B. MINUCCI, *Enel: la Corte di giustizia conferma l'abuso di posizione dominante*, in *Eurojus*, 2022; A. MANENTI, *Abuso di posizione dominante e interesse dei consumatori: conferme giurisprudenziali ed ambiguità applicative*, in *Eurojus*, 2023.

<sup>5</sup> La stessa sentenza cita i seguenti precedenti: sentenze del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, 85/76, EU:C:1979:36, punto 91; del 27 marzo 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 24, e del 30 gennaio 2020, *Generics (UK) e a.*, C-307/18, EU:C:2020:52, punto.148. In tal senso, come constatato dalla Corte, tale disposizione mira a sanzionare non soltanto le pratiche che possono provocare un danno diretto ai consumatori, ma anche quelle che li danneggiano indirettamente pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza.

concorrenza»<sup>6</sup>. Tuttavia, tale divieto non pregiudica la struttura concorrenziale, poiché, in un sistema basato sui meriti, i consumatori, mediante la propria libera scelta tra numerose opzioni, sceglieranno le imprese più efficienti e interessanti, generando l'estromissione o la scomparsa di quelle che tali non sono.

Il Consiglio il Consiglio di Stato italiano aveva deciso di disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e di sottoporre alla Corte diverse questioni pregiudiziali, fra le quali ai fini che qui rilevano le seguenti: «1) Se le condotte che inverano lo sfruttamento abusivo di posizione dominante possano essere di per sé del tutto lecite ed essere qualificate “abusive” unicamente in ragione dell'effetto (potenzialmente) restrittivo ingenerato nel mercato di riferimento; oppure se le stesse debbano essere contrassegnate anche da una specifica componente di anti-giuridicità, costituita dal ricorso a “metodi (o mezzi) concorrenziali diversi” da quelli “normali”; in quest'ultimo caso, sulla base di quali criteri si possa stabilire il confine tra la concorrenza “normale” e quella “falsata”.

2) Se la funzione dell'abuso sia di massimizzare il benessere dei consumatori, di cui il giudice debba misurare l'avvenuta (o il pericolo di) diminuzione; oppure se l'illecito concorrenziale abbia il compito di preservare di per sé la struttura concorrenziale del mercato, al fine di scongiurare la creazione di aggregazioni di potere economico ritenute comunque dannose per la collettività.

3)...».

Con riferimento al quesito sub 2) la Corte di Giustizia ha affermato che il benessere dei consumatori, sia intermedi sia finali, deve essere considerato l'obiettivo ultimo che giustifica l'intervento del diritto della concorrenza per reprimere lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale del medesimo. Per tale ragione un'impresa che detiene una simile posizione può provare che una pratica escludente non incorre nel divieto di cui all'articolo 102 TFUE, segnatamente dimostrando che gli effetti che

---

<sup>6</sup> In tal senso, in particolare, sentenze del 15 marzo 2007, *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punti 106 e 107, e del 17 febbraio 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, punto 24.

tale pratica può produrre sono controbilanciati, se non superati, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità o di innovazione<sup>7</sup>.

Pertanto, un'autorità garante della concorrenza assolve l'onere della prova a suo carico se 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. L'impresa dominante in questione può nondimeno sottrarsi al divieto di cui all'articolo 102 TFUE dimostrando che l'effetto escludente che può derivare dalla pratica di cui trattasi è controbilanciato, se non superato, da effetti positivi per i consumatori.

In base a tali considerazioni, la Corte ha concluso sulla seconda questione pregiudiziale dichiarando che l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di accertare se una pratica costituisca uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, è sufficiente che un'autorità garante della concorrenza dimostri che tale pratica è idonea a pregiudicare la struttura di effettiva concorrenza sul mercato rilevante, a meno che l'impresa dominante in questione non dimostri che gli effetti anticoncorrenziali che possono derivare da detta pratica sono controbilanciati, se non superati, da effetti positivi per i consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità e di innovazione.

Ancora una volta quindi il benessere dei consumatori assume un ruolo cruciale, quale esimente – una volta assolto l'onere probatorio a carico dell'impresa – dell'addebito concorrenziale, a ulteriore dimostrazione del fatto che politiche di concorrenza e politica industriale convergono rispetto ad un obiettivo comune, appunto

---

<sup>7</sup> In tal senso si erano già pronunciate le sentenze del 6 settembre 2017, *Intel/Commissione*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punti 134 e 140, e del 30 gennaio 2020, *Generics (UK)* e a., C-307/18, EU:C:2020:52, punto 165 e giurisprudenza ivi citata.

rappresentato dal benessere del singolo e della collettività nel suo insieme.

## 2. *Il temporary framework in occasione della pandemia Covid-19*

Una svolta importante nelle politiche di concorrenza si è presentata in occasione dell'emergenza economica causata dalla pandemia Covid-19<sup>8</sup>, che ha indotto le istituzioni europee ad attuare una strategia comune di contrasto alla pandemia e nello stesso tempo di recupero dell'economia in generale e dell'economia industriale in particolare, attraverso l'adozione di molteplici misure. E' stato questo il caso degli aiuti di Stato, ove la Commissione ha adottato un quadro temporaneo, il c.d. *temporary framework*, che non solo ha delineato i criteri con i quali valutare gli aiuti predisposti dagli Stati, ma ha quale sua caratteristica peculiare anche l'indicazione di taluni settori sui quali investire in quanto ritenuti strategici per il futuro dell'Europa. Non solo quindi meccanismi di autorizzazione semplificata, ma anche un indirizzo di programmazione ed una strategia preventiva che fa leva sugli aiuti di Stato, ma che è accompagnata da ulteriori misure complementari per il rilancio dell'economia europea complessivamente considerata.

La politica degli aiuti di Stato è stato solo uno degli strumenti posti in atto per fronteggiare l'emergenza economica causata dalla pandemia. Le soluzioni adottate nei *temporary framework*, a differenza di quelle individuate nel corso della crisi economica del 2008, presentano certamente meccanismi difensivi, ma attuano una strategia complessiva da parte dell'Unione europea in termini di programmazione dello

---

<sup>8</sup> Mi permetto di rinviare alla mia relazione, M.TAVASSI, *Facing the Challenges of Innovation in the Pandemic Era*, alla XIV Conferenza di Treviso 2020, in *Reforms and the Future of Antitrust*, E.A.RAFFAELLI (a cura di), Bruylant, 2020, p. 239 ss.; nonché M. SCUFFI, *Gli aiuti di stato tra calamità naturali e emergenze epidemiologiche*, *ivi*, p. 131 ss.; G. LUCHENA, *Una nuova politica degli Aiuti di Stato? Gli Aiuti Istantanei nel contesto dell'emergenza Covid-19 tra coerenza d'insieme e profili inediti*, in *Concorrenza e Mercato*, Vol. 26-27/2019-2020, p. 17 ss., Milano, 2020.

sviluppo, che ha preso avvio proprio grazie alla predisposizione di misure statali di sostegno delle imprese. La simultanea azione della Commissione e della BCE, nell'ambito delle rispettive competenze, ha innescato un processo che, da un lato, ha consentito agli Stati di avviare tempestivamente, a determinate condizioni, interventi di sostegno per quelle imprese che a seguito dell'emergenza sono state costrette a sospendere le loro attività, dall'altro, ha garantito la stabilità finanziaria con uno scudo protettivo di forte impatto.

Gli organismi dell'Unione Europea, per il tramite degli Stati, hanno predisposto un vero e proprio programma di azione comune che, unitamente ad ulteriori iniziative di carattere finanziario, hanno messo in atto un nuovo approccio al tema dell'emergenza economica. Questa straordinaria risposta ad una eccezionale e impreveduta situazione di emergenza è stata possibile grazie ad una strategica azione della BCE e alla sospensione dell'applicazione dei vincoli finanziari, assistiti dalla temporaneità del quadro di riferimento normativo in materia di aiuti di Stato. Certamente questa esperienza potrà fornire indicazioni utili per correggere possibili distorsioni e asimmetrie, ma andrà coniugata con i temi di attualità cui l'esperienza della pandemia e i recenti impulsi sociali hanno contribuito a sviluppare, quali una maggiore attenzione alla socialità e alle garanzie per le fasce più deboli, la sostenibilità e il rispetto dell'ambiente da parte delle imprese. Temi questi non certo nuovi, ma che di recente hanno ricevuto un forte impulso determinando una nuova strategia di politica industriale.

In un panorama geopolitico in continua e a volte drammatica evoluzione, l'Unione è chiamata sempre di più ad assolvere un compito di individuazione della strategia politica nell'interesse dell'economia europea e per il rafforzamento delle imprese nello scenario della globalizzazione.

In quest'ottica, la procedura semplificata per gli aiuti di stato ha accelerato l'autorizzazione di un numero considerevole di aiuti, mentre ad un tempo la Commissione è intervenuta fornendo precise indicazioni



agli Stati in ordine alle modalità di verifica della compatibilità, lasciando immutati i suoi criteri di valutazione<sup>9</sup>.

Indubbiamente la Commissione ha richiamato a sé una maggior centralità operativa (nell'ambito del *Recovery fund*, ad esempio, ad essa spetta l'ultima parola in ordine all'attuazione di taluni progetti presentati dagli Stati che, eventualmente, trovino «opposizione» all'interno del Consiglio). Tale soluzione è frutto di una strategia di coordinamento fra le politiche che coinvolge, per l'appunto, non soltanto l'aspetto procedurale ma soprattutto quello sostanziale e di politica industriale.

Forti elementi di innovazione si possono ravvisare anche nella individuazione dei settori d'intervento sui quali investire, essendo suggerita agli Stati una precisa strategia nell'ambito di una programmazione delineata congiuntamente a livello europeo (i Piani Nazionali di Recupero e Resilienza).

La politica attuale della Commissione si è indirizzata verso la transizione verde, imponendo programmi di sostenibilità, nell'ambito del progetto ESG – *Environmental, Social, Governance*, parimenti sostenendo la diffusione della banda larga, l'ammodernamento delle pubbliche amministrazioni e gli aiuti alle start-up innovative. Tale programmi vengono attuati tramite il controllo sugli aiuti di Stato e, allo stesso tempo, sostenendo i bilanci statali, che proprio secondo quanto stabilito dal *temporary framework*, dovranno essere le principali fonti di finanziamento delle misure di sostegno. Si tratta quindi di una strategia generale e mirata, che mira non solo a restituire credibilità all'Unione europea, ma anche a riconoscerle un ruolo centrale nel favorire una concorrenza dinamica, senza trascurare il controllo dei parametri finanziari, ma proiettando l'intera azione nel quadro della globalizzazione commerciale e delle nuove sfide tecnologiche che si pongono a livello mondiale.

---

<sup>9</sup> Così, ad esempio, nelle Conclusioni del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020, Bruxelles, 21 luglio 2020, EUCO 10/20, p. 3 ss.

### 3. *I protagonisti delle nuove strategie*

Va poi considerato che fra i ‘guardiani della concorrenza’ non ci sono solo la Commissione e le AGN, ma anche i giudici: nel nostro Paese i giudici amministrativi (incaricati del sindacato sui provvedimenti dell’AGCM) e i giudici civili (competenti per il *private enforcement*).

Nel momento in cui è stata stabilita (art. 7 D.lgs. 19 gennaio 2017 n.3<sup>10</sup>) la vincolatività dei provvedimenti dell’AGCM o delle decisioni dei giudici amministrativi in sede di ricorso, è stata attuata indubbiamente una scelta di politica della concorrenza, in termini strategici, anche se non del tutto in linea con i principi, anche costituzionali, degli assetti normativi e giudiziali dei singoli Stati. Va considerata che questa strategia in ogni caso ha ricadute significative sulle imprese accusate di violazioni antitrust, dal momento che quest’ultime si sono viste in sostanza preclusa la possibilità che il giudice civile valuti quel comportamento in modo difforme rispetto alla Commissione o all’AGN. Questa scelta è stata attuata quale contropartita di tempi più rapidi nelle decisioni del *private enforcement*, di uniformità e certezza della decisione sulla violazione, di prevenzione di possibili decisioni contrastanti, in termini – in poche parole - utili al potenziamento delle azioni risarcitorie. Soluzione, quindi, apparentemente pro-competitiva, di ausilio alle politiche di concorrenza, declinata in termini di favore per le imprese danneggiate e per i soggetti deboli, ma ad un tempo riduttiva per la tutela dei diritti delle imprese accusate di violazioni antitrust.

Sul punto si deve ribadire il quesito che è nel titolo della riunione di oggi: sinergia o conflitto fra politiche di concorrenza e politiche industriali?

Di primo acchito si può rispondere conflitto, ma ponendosi in una visione prospettica più elevata, proiettata verso il futuro, si deve parlare

---

<sup>10</sup> Con cui l’ordinamento italiano, sulla scorta della delega contenuta nella l. 9 luglio 2015, n. 114 (c.d. legge di delegazione europea 2014), ha dato attuazione alla direttiva 2014/104/UE relativa alle norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni del diritto della concorrenza negli Stati membri e nell’Unione europea.

di sinergia, in quanto a ben vedere e secondo una strategia di medio o lungo termine, il potenziamento del *private enforcement* dovrebbe contribuire (nella sua funzione deterrente indiretta) a migliorare la concorrenza sul mercato e quindi a tutelare e migliorare la politica industriale nel suo complesso.

Esaminando più nel dettaglio la disposizione normativa inerente al primo periodo dell'art. 7, comma 1, D.Lgs. n. 3/2017, la quale, con riguardo all'azione per il risarcimento del danno, stabilisce che una violazione del diritto alla concorrenza debba intendersi «definitivamente accertata» nei confronti del soggetto autore dell'infrazione, allorché la constatazione dell'AGCM compiuta in sede di *public enforcement* non possa essere più sottoposta ad impugnazione davanti al giudice amministrativo (indicato come «giudice del ricorso») o per la quale sia intervenuta una sentenza passata in giudicato dello stesso giudice senza che questi ne abbia riformato le determinazioni. Si è quindi di fronte ad un provvedimento amministrativo inoppugnabile o perché non impugnato, o perché la richiesta di annullamento sia stata respinta da quel giudice.

La norma, come anticipato, recepisce l'indicazione di matrice eurounitaria contenuta nell'art. 9 della Dir. 104/2014/UE<sup>11</sup>.

Va detto, a tal riguardo, che tale legislazione comunitaria non rappresenta una novità assoluta, ma al contrario è il punto di approdo di un percorso più ampio e articolato compiuto dal legislatore europeo e costituito da alcune importanti tappe normative.

La prima di queste tappe va individuata nel Regolamento CE n. 1/2003, che all'art. 16, par. 1, prevede che le corti nazionali (ordinarie e amministrative), quando siano chiamate a pronunciarsi in ordine alla violazione degli artt. 81 e 82 CE (ora artt. 101 e 102 TFUE), per la quale in precedenza sia intervenuta una decisione della Commissione

---

<sup>11</sup> Dove il legislatore europeo richiedeva agli Stati membri di stabilire che una violazione del diritto della concorrenza, constatata da una decisione definitiva dell'autorità nazionale antitrust o del giudice amministrativo, fosse da intendersi definitivamente accertata ai fini della proponibilità dell'azione per il risarcimento del danno dinanzi al giudice ordinario ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE (ex artt. 81 e 82 TCE) per l'ordinamento dell'Unione europea o ai sensi degli artt. 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 per l'ordinamento italiano.

europea, non possano emettere una sentenza in contrasto con quella decisione. La disposizione, poco dopo, prosegue stabilendo che i giudici nazionali «devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati».

Nell'attuale assetto – come sappiamo e come stabilito dal terzo comma dell'art. 7 D.Lgs. n. 3 – il giudice civile è competente in via esclusiva ed è libero nel valutare le conseguenze della violazione accertata dalle autorità competenti (e quindi il danno e il nesso di causalità), ma è indubbio che lo spettro della sua cognizione sia stato ristretto con una modalità prima del tutto sconosciuta per il diritto interno.

I giudici civili, infatti, si sono trovata preclusa la strada dell'accertamento in via autonoma della violazione, sia pure limitata alle ipotesi in cui vi sia già stato un provvedimento della Commissione o dell'AGN (sottoposta al vaglio dei giudici amministrativi), mentre rimane salva in ogni caso l'autonomia e la pienezza della valutazione per i casi *stand-alone*.

Al contrario, per i casi *follow-on*, l'unico organo giurisdizionale chiamato a verificare la valutazione compiuta dall'AGCM è e rimane il giudice amministrativo.

Se il giudice ordinario, in virtù della richiamata normativa, non può più sindacare la constatazione di fatti e profili tecnici svolta dall'autorità antitrust in una sua decisione, l'unico organo giurisdizionale legittimato a sindacare la ricostruzione offerta dall'AGCM sarà proprio ed esclusivamente il giudice amministrativo.

E' stato in proposito validamente osservato<sup>12</sup> che il problema della pienezza della giurisdizione sulle decisioni dell'autorità antitrust, quindi, potrebbe essere risolto dalla logica estensione dei poteri

---

<sup>12</sup> G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *giustizia-amministrativa.it*. Vedi F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, D. Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. Proc. Amm.* 2018, p. 1209 ss.; D. VESE, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti*, in *Judicium*, settembre 2019; C. VOLPE, *Attualità in materia antitrust*, relazione alla XV Conferenza di Treviso, 2022, atti in corso di pubblicazione.

cognitori, istruttori e decisori del giudice amministrativo ai fatti e alle valutazioni tecniche così come ricostruiti dall'AGCM.

Deve darsi atto che a tale riguardo per diversi anni si è svolto un ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza, che inizialmente ha portato ad inquadrare il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche e più in generale sul merito entro i confini del sindacato c.d. 'esterno' (limitato cioè al vaglio della sola legalità esterna dell'esercizio del potere) e 'debole' (in cui cioè la decisione del giudice non può mai sostituire la decisione dell'autorità). Si è quindi delineato – e in certa misura tuttora si delinea – un paradosso: infatti, da un lato il controllo sul merito delle decisioni dell'AGCM da parte del giudice ordinario è impedito dalla legge, stante la vincolatività di cui già si è detto, dall'altro quello del giudice amministrativo è limitato da parte della giurisprudenza e della dottrina, nei sensi da ultimo riferiti, con la conseguenza che non vi sarebbe alcun giudice chiamato a sindacare la ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici compiuta unilateralmente dall'AGCM. È indubbio che un simile risultato si ponga in contrasto con il principio della pienezza della tutela giurisdizionale, così come sancito nell'ordinamento interno dal dato costituzionale (art. 24 Cost.) e nell'ordinamento europeo dal dato convenzionale (art. 6, par. 1, Cedu). Inoltre, quanto all'ordinamento interno devono essere richiamati i principi costituzionali di cui agli artt. 24, 111 e 113 Cost.), mentre a livello europeo in richiamo va agli artt. 6 e 13 Cedu e 47 Carta dei diritti fondamentali Ue, tutti convergenti verso l'affermazione della *full jurisdiction*,

#### *4. Le scelte normative e giurisprudenziali sul sindacato del giudice amministrativo*

Con l'intento di fare chiarezza circa l'ambito del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'autorità garante, il legislatore nazionale, nel momento in cui ha recepito la Direttiva 2014/104, travalicando tale precipuo scopo, ha colto detta occasione per inserire una norma *ad hoc*.

Così, in una collocazione peraltro disomogenea con il resto della norma, è stato inserito il secondo periodo del comma 1 dell'art. 7 D.lgs.

n. 3, che recita «Il sindacato del giudice del ricorso» (vale a dire il giudice amministrativo, ndr.), “comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima».

Il testo sopra riferito ha trovato fondamento nella sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, del 20 gennaio 2014 n. 1013, nel caso *Acea c. Suez Environment*, che affermava: «Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell’accertamento di intese restrittive della concorrenza – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell’Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini».

A distanza di pochi mesi dalla pronuncia della Cassazione, il Consiglio di Stato, sempre nel 2016<sup>13</sup>, affermava la non sindacabilità di fatti e profili tecnici da parte del giudice amministrativo. Il Collegio, dopo una prima riflessione che sembrava propendere per la piena sindacabilità delle decisioni dell’AGCM («il sindacato di legittimità del g.a. sui provvedimenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici»), chiudeva tale possibilità affermando che il vaglio del giudice

---

<sup>13</sup> Sentenze del 30 giugno 2016, n. 2947 e del 14 ottobre 2016 n. 4266. Negli stessi termini il Cons. di Stato già si era pronunciato fin dal 2014 con la sentenza del 24 ottobre 2014 n. 5274.

amministrativo si dovesse arrestare dinanzi a «valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza)». In tali ipotesi, il sindacato del giudice, entrando in gioco valutazioni di carattere tecnico, «è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità».

La successiva evoluzione giurisprudenziale e dottrinarie hanno in varie occasioni cercato di superare quelle tradizionali impostazioni che limitavano in modo significativo il controllo del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM, nella prospettiva di una tutela effettiva dinnanzi ad un giudice amministrativo dotato di piena giurisdizione. L'emanazione di una norma quale quella di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 3/2017 si inquadra in tale dibattito cercando di risolverlo, mettendo un punto fermo, che proprio in quanto normativamente recepito sembra non lasciare spazio ad ulteriori incertezze. Ma come vedremo la parola fine a tale riguardo non sembra essere stata ancora scritta.

Esaminando la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato, anche successiva alla formulazione dell'art. 7, si può constatare con una certa immediatezza come i giudici amministrativi si mostrino saldamente fermi su posizioni volte ad affermare i limiti che tale giurisdizione incontra nella rivisitazione dei fatti e degli apprezzamenti tecnici svolti dall'autorità antitrust, con ciò alimentando ulteriormente l'idea del mancato rispetto del principio della pienezza della tutela giurisdizionale di fronte agli atti dell'autorità garante.

Emblematico è il caso della nota vicenda del gasdotto TAP in Puglia, che ha dato modo al Consiglio di Stato<sup>14</sup> di ribadire il precedente indirizzo, affermando come, con riguardo all'ambito e ai limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust, il giudice amministrativo eserciti «un sindacato di legittimità che non si estende al merito». Ancora il Consiglio di Stato, con la decisione del 12 ottobre

---

<sup>14</sup> Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2017, n. 1392.

2017, n. 4733<sup>15</sup>, ha stabilito che «il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'Agcm esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito»<sup>16</sup>, e ciò in particolare avviene in relazione all'accertamento con cui l'autorità abbia definito il mercato rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust che non «è censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca».

Pertanto il giudice amministrativo, nella prospettiva di un sindacato di tipo esterno, «deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici», dal momento che, sempre secondo il Consiglio di Stato, quello del giudice amministrativo è un sindacato di tipo debole, laddove «residuino margini di opinabilità», come avviene, nel caso di specie, in relazione ai concetti giuridici indeterminati, «il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'Agcm nella definizione di tali concetti».

Particolarmente interessante è la decisione del Consiglio n. 4733 del 2017. La controversia aveva ad oggetto la violazione dell'art. 101 TFUE e dell'art. 2 della l. n. 287/1990 con riferimento alle condotte poste in essere da alcune imprese partecipanti a tre procedure di gara, bandite dal Ministero della Difesa e aventi per oggetto l'affidamento di servizi di bonifica e smaltimento dei materiali potenzialmente inquinanti e/o pericolosi presso gli arsenali militari di Taranto, La Spezia ed Augusta. Il procedimento sanzionatorio scaturiva da una segnalazione del Ministero della Difesa, il quale aveva riscontrato che nelle gare indicate per ogni lotto si presentava quasi esclusivamente un unico offerente, che, grazie a ribassi decrescenti in modo anomalo rispetto agli anni precedenti, si aggiudicava la gara. Al termine dell'istruttoria, l'autorità antitrust accertava l'esistenza di un'intesa illecita tra dodici società, organizzate in tre distinti raggruppamenti temporanei di macro-

---

<sup>15</sup> Cons. di Stato, sez. VI, 12 ottobre 2017, n. 4733 in *Il foro amm.*, 10, 2017, p. 2027-2028. Negli stessi termini, Cons. di Stato, sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 927; Cons. di Stato, sez. VI, 20 febbraio 2017, n. 740.

<sup>16</sup> Nello stesso senso: Cons. di Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5274, in *Il foro amm.*, 10, 2014, p. 2581; Cons. di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896; in *Foro amm. CdS*, 2, 2011, p. 562,



imprese, e riteneva che l'intesa apparisse così in grado di neutralizzare il confronto competitivo, consentendo la spartizione dei lotti tra le tre macro-imprese e la fissazione dei prezzi di aggiudicazione. Su queste basi, l'Autorità disponeva l'inibitoria per il futuro nei confronti di comportamenti analoghi e applicava a ciascuna società una sanzione nella misura del 10% del rispettivo fatturato complessivamente prodotto nell'esercizio precedente.

La sentenza in esame ha quindi avuto modo di affermare che la definizione di mercato rilevante compiuta dalla AGCM nella singola fattispecie non è censurabile da parte del giudice amministrativo, «se non per vizi di illogicità estrinseca», e ciò perché, nel percorso argomentativo seguito dalla pronuncia, la formulazione del concetto di mercato rilevante implica un accertamento di fatto che non è ripetibile da parte del giudice, dal momento che richiederebbe un'operazione di contestualizzazione delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, come appunto è la nozione di mercato rilevante, al caso specifico. Tale operazione di contestualizzazione – scrivono i Consiglieri di Stato – «non di rado implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni». Conseguentemente, il giudice non potrebbe sostituire l'individuazione del mercato rilevante operata dall'Agcm, ma solo verificarne la correttezza e la logicità; parimenti il giudice non potrebbe sostituire una propria specificazione del parametro normativo violato a quella dell'Autorità, né modificare l'impostazione dell'indagine, e quindi del provvedimento, ma solo verificarne la legittimità.

Va notato come l'argomentazione fornita dal Consiglio di Stato nella sentenza in esame – la prima resa dopo l'introduzione della legge – faccia propria, richiamandola espressamente, la norma introdotta dal legislatore italiano con il D.Lgs. n. 3/2017 e la interpreti peraltro nell'opzione più stringente che la stessa norma suggerisce. Scrivono il Collegio: «tali principi giurisprudenziali sono stati di recente recepiti dal legislatore con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, in G.U. n. 15 del 19 gennaio 2017, entrato in vigore il 3 febbraio 2017 [...] il cui art. 7, comma 1, per quanto qui interessa, testualmente recita: “Il sindacato del

giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima” ».

La cognizione del giudice amministrativo si sostanzia nella verifica diretta dei fatti nonché dei soli profili tecnici che non presentino un oggettivo margine di opinabilità.

A proposito dei concetti giuridici indeterminati, è interessante notare come l'affermarsi di simili tipologie di sindacato si traduca in concreto proprio nell'impossibilità per il giudice di dare una qualificazione ad elementi importanti della fattispecie, diversa rispetto alla valutazione formulata dall'AGCM nel procedimento di constatazione dell'illecito antitrust, così limitando in misura non trascurabile i diritti di azione e difesa del soggetto che sia stato oggetto del conseguente provvedimento sanzionatorio. È il caso dell'insindacabilità della decisione amministrativa compiuta dall'Autorità che abbia riguardato, come detto, un elemento fondamentale della fattispecie antitrust, la definizione del mercato rilevante, quale presupposto per l'applicazione delle sanzioni di abuso di posizione dominante e di intesa restrittiva della concorrenza ai sensi della normativa antitrust italiana (artt. 2 e 3 l. n. 287/1990) ed europea (artt. 101 e 102 TFUE).

È difficile sostenere che la nuova formulazione dell'art. 7 rispetti i principi fondamentali sopra richiamati.

Così per controbilanciare tale nuovo limite, parte della dottrina sostiene la tesi della necessità dell'ampliamento del sindacato del giudice amministrativo, attraverso un controllo anche di tipo sostitutivo sugli atti dell'AGCM al fine di assicurare la pienezza del diritto di difesa e garantire come fine ultimo la tutela dei diritti del singolo, sia esso impresa o persona fisica.

Il tema dell'intensità del sindacato del giudice amministrativo in relazione al principio della pienezza di tutela è strettamente correlato alla discrezionalità tecnica e al suo controllo in sede giurisdizionale, apparendo il rapporto fra i due concetti inversamente proporzionale, nel

senso che, a fronte di una maggiore discrezionalità dell'organo, risulta minore l'intensità della tutela del giudice amministrativo.

In giurisprudenza si è andata affermando la tesi del c.d. sindacato debole, quale indubbia limitazione del controllo giudiziale sugli atti dell'AGCM, intendendosi per sindacato debole (contrapposto al concetto di sindacato forte) un tipo di controllo giudiziale che non permette al giudice di spingersi a tal punto da sostituire la sua decisione a quella dell'amministrazione. Per bilanciamento, tuttavia, tale sindacato deve essere interpretato come esteso alla cognizione diretta dei fatti e dei profili tecnici e come tale dunque non più meramente esterno, essendosi allargato ad un più penetrante controllo interno, che tuttavia non consente al giudice di spingersi al punto da sostituire la sua decisione a quella dell'autorità amministrativa.

Esulano da tale sindacato, ancorché interno, le valutazioni e gli apprezzamenti su fatti e profili tecnici caratterizzati da complessità e da oggettiva opinabilità, situazione peraltro ricorrente nell'ambito delle fattispecie antitrust in relazione ai c.d. «concetti giuridici indeterminati».

È evidente, dunque, come il dato normativo introdotto con il D.Lgs. n.3/2017 rappresenti un punto fermo per la giurisprudenza delle corti amministrative italiane, le quali, sulla base di quanto appena detto, potranno agevolmente fare riferimento alla normativa di recente introdotta, offrendone magari un'opzione interpretativa ristretta, al fine di motivare sui limiti che il giudice amministrativo incontra nel sindacare la ricostruzione dei fatti e dei profili tecnici compiuti dall'AGCM.

Aggiungendo un altro profilo si può considerare che, ove le valutazioni di politica economica dell'AGCM si muovessero verso nuovi obiettivi e verso valori diversi rispetto a quelli che regolano la concorrenza (ad esempio, la sostenibilità di una concentrazione o il rispetto dell'ambiente da parte dell'impresa indagata), la decisione potrebbe essere accusata di superare i compiti specifici che ad essa sono propri. Scatterebbe il problema dei limiti della competenza propria dell'Autorità, che non potrebbe invadere campi che appartengono alla competenza di autorità diverse; come ad esempio l'ARERA (Autorità

di Regolazione per Energia Reti e Ambiente), autorità che svolge attività di monitoraggio, di vigilanza e controllo anche in collaborazione con la Guardia di Finanza e altri organismi, fra i quali la Cassa per i servizi energetici e ambientali (CSEA), il Gestore servizi energetici (GSE), su qualità del servizio, sicurezza, accesso alle reti, tariffe, incentivi alle fonti.

A pochi anni di distanza dall'introduzione della nuova disposizione il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4990/2019<sup>17</sup>, confermando la sanzione dell'AGCM nel caso Avastin-Lucentis, si è espresso nei seguenti termini:

«La disposizione dell'art. 7 D.Lgs. n. 3/2017, interpretata in senso costituzionalmente conforme, richiama il giudice amministrativo al dovere di accertamento “diretto” di tutti i fatti rilevanti ai fini del decidere, senza in alcun modo esentarlo dal contemporaneo dovere di accertamento “critico” degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria».

Continua la sentenza affermando che il controllo giurisdizionale «non sostitutivo» è ammissibile nei casi in cui il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato. L'intangibilità del nucleo «intimo» della decisione discrezionale consegue alla stessa mancanza di un parametro giuridico di valutazione, essendosi al cospetto di attività, sì giuridicamente rilevante, ma non disciplinata da norme di diritto oggettivo.

Di diversa portata risulta invece essere il caso in cui l'ordinamento generale pone esso stesso una regola sostantiva che determina a priori e in astratto ciò che spetta ad ognuno dei soggetti coinvolti, ai cui interessi viene dunque assicurata soddisfazione, entro questi limiti,. In tali casi, il giudice non deve limitarsi a verificare se l'opzione prescelta dalla p.a. rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie.

---

<sup>17</sup> Cons. Stato, sez. VI., sent. 19 luglio 2019, n. 4990.

Viene spontaneo il confronto con il giudice civile, che nelle azioni risarcitorie c.d. *stand alone* (non precedute da una decisione dell’Autorità, ma certo non rare nella realtà delle controversie antitrust), è chiamato ad accertare direttamente e in via autonoma, sia pure ai fini risarcitori, la sussistenza dell’illecito, verificandone così i presupposti, senza l’intermediazione di un diverso potere pubblico.

Concludendo, non si può che concordare con la considerazione che la verifica della sussunzione delle circostanze di fatto sottese ai concetti giuridici indeterminati (come quello di «mercato rilevante») è una attività intellettuale ricompresa nell’interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa e dunque sottoposta alla piena e diretta verifica da parte del giudice sotto il profilo della sua intrinseca verità, cosicché al sindacato (non sostitutivo) di «attendibilità», dovrebbe essere quantomeno sostituito un sindacato pieno di «maggiore attendibilità».

La definizione del mercato rilevante, sotto il profilo merceologico e geografico, è necessaria per individuare l’ambito nel quale le imprese interessate sono in concorrenza tra loro e le pressioni concorrenziali alle quali le stesse sono sottoposte, in termini di sostituibilità dell’offerta, sostituibilità della domanda e concorrenza potenziale.

Del resto anche la Corte di Giustizia<sup>18</sup> - che certo si pronunciava nell’ambito di un giudizio di legittimità e non di merito – si è espressa nel senso di una cognizione piena in materia di illeciti antitrust (“in occasione di tale controllo il Tribunale non può basarsi sul potere discrezionale della Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE, per

---

<sup>18</sup> Infatti, “Il Giudice dell’Unione ha il compito di effettuare il controllo di legittimità ad esso incombente sulla base degli elementi prodotti dalle ricorrenti a sostegno dei loro motivi. In occasione di tale controllo, il giudice non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, né per quanto riguarda la scelta degli elementi presi in considerazione in sede di applicazione dei criteri indicati negli orientamenti, né per quanto riguarda la valutazione di tali elementi, al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto. Il controllo di legittimità è completato dalla competenza estesa al merito riconosciuta al giudice dell’Unione dall’art. 17 del regolamento n. 17 e attualmente dall’art. 31 del regolamento n. 1/2003, conformemente all’art. 261 TFUE” (così Corte Giust., sez. II, 8 dicembre 2011, in causa C-272/09 P, caso Tubi Industriali, KME/Commissione, punti 102-103. Dello stesso tenore Corte Giust., sez. II, 8 dicembre 2011, in causa C-386/10 P, Chalkor/Commissione, punti 62-63).

rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto<sup>19</sup>). Tale affermazione rappresenta necessariamente un parametro importante, attesa l'unitarietà della disciplina antitrust europea e nazionale.

Va al contrario considerato che la richiamata sentenza del Consiglio di Stato, più favorevole alla *full jurisdiction*, ha ricevuto numerose critiche, dirette o indirette, risultando la giurisprudenza tutt'altro che univoca. E difatti, pochi mesi dopo, la stessa Sezione del Consiglio di Stato sembra aver cambiato opinione<sup>20</sup>. Tale sentenza, pur richiamando il precedente di pochi giorni prima (la sentenza n. 4990/2019), assume in realtà una posizione antitetica. Ivi si legge, infatti, che «il sindacato giurisdizionale volto ad accertare le intese anticoncorrenziali è finalizzato a verificare se l'Autorità ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali».

Sembrano di nuovo affermare il principio della piena cognizione del fatto nell'ambito dell'istruttoria nel processo amministrativo le ordinanze del Consiglio di Stato, sez. VI, 9 aprile 2021, n. 2880 e 27 settembre 2021, n. 6499, in tema di acquisizione agli atti del processo delle dichiarazioni integrali del collaboratore (*leniency applicant*) nei programmi di *leniency*.

A proposito del diritto di difesa delle parti del procedimento di accertamento dell'illecito antitrust, l'esigenza della «*full jurisdiction*»,

---

<sup>19</sup> Così Corte Giust., sez. III, 11 settembre 2014, in causa C-382/12 P, caso Mastercard, punto 156. Nel precedente punto 155 la Corte affermava che “Quanto alla portata del sindacato giurisdizionale, occorre ricordare che dalla giurisprudenza dell'Unione risulta che, quando il Tribunale è adito, a norma dell'articolo 263 TFUE, con un ricorso di annullamento avverso una decisione di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, esso deve, in generale, esercitare, sulla base degli elementi prodotti dalla ricorrente per corroborare i propri motivi, un controllo completo sull'adempimento delle condizioni di applicazione di tale disposizione (v., in questo senso sentenze *Remia e a./Commissione*, EU:C:1985:327, punto 34; *Chalkor/Commissione*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punti 54 e 62; nonché *Otis e a.*, C-199/11, EU:C:2012:684, punto 59). Il Tribunale deve altresì verificare d'ufficio se la Commissione abbia motivato la sua decisione (v., in questo senso sentenza *Chalkor/Commissione*, EU:C:2011:815, punto 61 e giurisprudenza citata, nonché *Otis e a.*, EU:C:2012:684, punto 60)”.

<sup>20</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6022.

in materia di sanzioni amministrative antitrust, comporta che «deve consentirsi al giudice un pieno riesame, in ogni punto di fatto e di diritto, della misura afflittiva, senza che possa rimettersi a chi accusa la decisione di ciò che è rilevante per la difesa».

Nella specie si è affermata la «necessità, ai fini del decidere, di acquisire dall’Autorità – perché siano sottoposte alla cognizione del Collegio ed al contraddittorio delle parti – le dichiarazioni integrali del collaborante (*leniency applicant*), non potendosi ammettere una sottrazione, neppure parziale, del predetto materiale istruttorio al giudice ed alle parti del giudizio; resta fermo che le parti potranno utilizzare le informazioni desunte dalle dichiarazioni legate al programma di trattamento favorevole solo in quanto necessario per l’esercizio dei diritti di difesa nel presente procedimento e con l’obbligo di non divulgarle a terzi estranei».

Forse una parola conclusiva può trarsi dalla più recente decisione del Consiglio di Stato sul caso Consip<sup>21</sup>, in cui il Consiglio è tornato a condividere l’impostazione più ampia offerta dalla richiamata sentenza n. 4990 del 2019, affermando (p. 8.6) che «in punto di intensità del sindacato giurisdizionale, va ricordato che, anche quando la fattispecie punitiva contempla concetti giuridici indeterminati, il giudice non deve limitarsi a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, in quanto la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del “mercato rilevante”) è una attività intellettuale ricompresa nell’interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità, per quanto, in senso epistemologico, controvertibile (Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990)».

---

<sup>21</sup> Sentenza del 9 maggio 2022, n. 3570 (11 ricorsi riuniti).

Va quindi considerato che, ove si discuta di valutazioni tecniche, si confrontano almeno due indirizzi giurisprudenziali. L'uno che incentra il proprio sindacato sulla plausibilità, ragionevolezza e proporzionalità della decisione dell'Autorità<sup>22</sup>. L'altro che, viceversa, riconosce l'accertamento diretto del fatto (e relativa valutazione e qualificazione), facendo dipendere da tale accertamento la legittimità della decisione dell'Autorità<sup>23</sup>, rimanendo comunque da valutare come possa operare in tali casi il limite dei «profili tecnici», che «presentano un oggettivo margine di opinabilità».

Certamente il sindacato giudiziale si è arricchito di nuovi ambiti, con la possibilità per il giudice amministrativo di poter prendere ora posizione su quei concetti giuridici indeterminati e connotati da una certa tecnicità, che un tempo rientravano nella esclusiva competenza e valutazione della Pubblica Amministrazione.

Si tratta indubbiamente di una evoluzione, da ricondurre principalmente all'adattamento del nostro ordinamento giuridico interno a quello europeo, con alcuni distinguo tuttavia di non facile definizione. Si è tentato di introdurre il concetto di *full jurisdiction*, quale potere del giudice di riformare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, la decisione resa dall'autorità amministrativa, ma è stato tuttavia ribadito il limite di insindacabilità nel merito dei profili tecnici che «presentano un oggettivo margine di opinabilità».

Si è certo passati dal tradizionale controllo estrinseco, estraneo al fatto, al controllo di tipo intrinseco sul fatto e sulle valutazioni tecniche effettuate dalla pubblica amministrazione, ma sempre con il limite dei «profili tecnici», che «presentano un oggettivo margine di opinabilità».

È vero che il sindacato si esprime non solo valutando gli eventuali vizi dell'eccesso di potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza del provvedimento sanzionatorio e del relativo impianto motivazionale), ma altresì svolgendo una verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute e valutando la correttezza dei criteri utilizzati e applicati.

---

<sup>22</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 luglio 2021, n. 5374; Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2020, n. 8061; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 7 febbraio 2020, n. 271.

<sup>23</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2020, n. 1046; Cass., Sez. Un., 23 aprile 2020, n. 8093.



Alla luce delle argomentazioni svolte, può concludersi che il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, appare oggi particolarmente penetrante, ma a mio avviso non certo pieno.

BIDEN'S *ANTITRUST*: VERSO UNA NUOVA ALLEANZA  
TRANSATLANTICA?  
CENNI DI COMPARAZIONE TRA STATI UNITI E EUROPA

DI GABRIELLA MUSCOLO\*

*1. Introduzione. La digital sovereignty nel contesto della politica americana*

I pilastri della politica estera di Biden possono essere riassunti in tre D: domestico, deterrenza e democrazia<sup>1</sup>.

Per quanto riguarda la prima D, per rilanciare l'economia statunitense e recuperare il ritardo nell'alta tecnologia, la politica di Biden non può discostarsi molto dall'“*America First*” di Trump, con massicci investimenti quindi in infrastrutture, innovazione, tecnologia e istruzione<sup>2</sup>.

Allo stesso tempo, la politica estera degli Stati Uniti è guidata dal principio di deterrenza che ha caratterizzato il periodo della Guerra Fredda. Questa politica è stata adattata al nuovo contesto e, in particolare, alle strategie adottate dalle principali controparti degli Stati

---

\* *Partner* e responsabile del Dipartimento *Antitrust*, Franzosi Dal Negro Setti with Muscolo. Già componente della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. L'autrice ringrazia Davide Cirotti per l'approfondito lavoro di ricerca alla base di questo articolo.

<sup>1</sup> ISPI, *L'America di Biden e il mondo: ritorno alla leadership*, Commentary, 7 novembre 2020 disponibile qui <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/lamerica-di-biden-e-il-mondo-ritorno-alla-leadership-28082>

<sup>2</sup> Se vuoi, G. MUSCOLO, A. MASSOLO, *Will the Biden presidency forge a digital transatlantic alliance on antitrust?*, in *The New US Antitrust Administration*, Concurrences, 2021 disponibile qui <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2021/dossier/98407#muscolo>

Uniti, come Cina, Russia, Corea del Nord e Iran, che si basano sulle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC).

Infine, il principio democratico catalizza il terzo pilastro. La democrazia è infatti il principale criterio di scelta dei *partner* statunitensi per consolidare l'Occidente contro l'espansione dell'Oriente.

In questo contesto, l'economia digitale e la *digital sovereignty* rappresentano per gli Stati Uniti un campo di battaglia estremamente importante per riconquistare la *leadership* mondiale. Il Paese è in una posizione privilegiata per quanto riguarda la concorrenza digitale: quasi tutte le principali piattaforme *online* occidentali sono infatti americane, Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft (GAFAM)<sup>3</sup>.

Nell'ultimo decennio, i GAFAM hanno acquisito l'enorme potere di mercato che è percepito da un lato come una minaccia per le democrazie occidentali, dall'altro come un ostacolo per la concorrenza e l'innovazione.

Insomma, è sempre più diffusa la sensazione che la crescita delle *big tech* combinata con governi non democratici, possa portare al "tecno-autoritarismo"<sup>4</sup>. Ci sarà quindi un'unità transatlantica per reprimere i giganti *online* in nome della protezione e del rafforzamento delle "tecno-democrazie" occidentali?

Sia gli Stati Uniti che l'Unione europea sanno che è fondamentale definire *standard* globali per affrontare i problemi di *cybersecurity* e *privacy* posti dall'ascesa dei giganti tecnologici orientali<sup>5</sup>.

Il tentativo di trovare un punto di convergenza delle politiche *antitrust* nell'Organizzazione Mondiale del Commercio ("OMC") è stato considerato fallimentare, per molteplici ragioni<sup>67</sup>.

---

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> N. H. YUVAL, *21 Lessons for the 21st Century*, Random Uk, 2018; M. DASSU, *L'Europa alla prova di Biden*, La Repubblica, 30 novembre 2020.

<sup>5</sup> Financial Times, *EU and Asian allies are keen to embark on new era of cooperation*, 29 dicembre 2020.

<sup>6</sup> V. K. SINGH, *Failed WTO platform for competition law convergence: Evolving alternate regime of MOUs on internationalization of competition law*. Indian Journal of International Law, Vol. 54, No 3 & 4 (2014), pp. 368-394.

<sup>7</sup> Le ragioni del fallimento dell'agenda della concorrenza all'OMC sono molteplici, istituzionali e sociali. Le logiche istituzionali principali sono che il

Perciò l'Unione Europea e gli Stati Uniti hanno scelto di perseguire una convergenza morbida nel diritto della concorrenza piuttosto che un approccio di tipo *hard law*. La *soft law* si è da un lato rivelata vantaggiosa per entrambe le parti, in quanto consente loro di mantenere i propri sistemi giuridici pur collaborando per promuovere pratiche di concorrenza leale, dall'altro è stato criticato perché non fornisce una protezione sufficiente contro le pratiche anticoncorrenziali<sup>8</sup>.

L'Unione Europea sembra quindi proporsi come "fabbrica mondiale di regole digitali"<sup>9</sup>. In un breve periodo di tempo sono stati adottati dal legislatore europeo vari "pacchetti" di regole: quello sulla Intelligenza Artificiale<sup>10</sup>, il c.d. "pacchetto Bruxelles"<sup>11</sup>, e quello sui dati<sup>12</sup>.

---

sistema dell'OMC non conteneva alcun accordo specifico sulla concorrenza e gli sforzi per ottenerne uno non hanno avuto successo. Inoltre, il sistema dell'OMC non è stato concepito per affrontare le condotte puramente private; l'enfasi era posta piuttosto sul ruolo dei governi. Questo aspetto è stato sottolineato in uno dei casi portati davanti al meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC, il caso della pellicola Kodak-Fuji.

<sup>8</sup> A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Faculty Books. 232., 2020

<sup>9</sup> C. A. CARNEVALE MAFFÈ, *L'impero digitale colpisce ancora*, Italianieuropei, 3/2020.

<sup>10</sup> Presentato nel Maggio 2021, contenente la Comunicazione "Promuovere un approccio europeo all'intelligenza artificiale", il "Piano coordinato sulla revisione dell'intelligenza artificiale 2021", nonché la c.d. "AI Regulation" (Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM/2021/206 final).

<sup>11</sup> Il pacchetto contiene il Digital Market Act ("DSA"), Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 Settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali), PE/17/2022/REV/1, GU L 265 del 12.10.2022 e il Digital Service Act ("DSA") (Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE, GU L 277 del 27.10.2022).

<sup>12</sup> La Strategia europea per i dati, che include il Data Governance Act (Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati) GU L 152 del 3.6.2022) ed il Data Act (Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo

Inoltre, per quanto riguarda le piattaforme online, l'Unione Europea suggerisce di rafforzare la cooperazione tra le autorità competenti per l'*enforcement antitrust* nei mercati digitali. In particolare, definendo punti di vista comuni sulle distorsioni del mercato<sup>13</sup>.

Tuttavia, questo potrebbe non significare necessariamente un rafforzamento dell'industria digitale in Europa. Ad esempio, il sistema finanziario europeo sembra essere orientato verso i prestiti bancari piuttosto che verso il capitale azionario, che dovrebbe essere più adatto per le *start-up* tecnologiche a rischio<sup>14</sup>.

Inoltre, nemmeno l'"effetto Bruxelles" dovrebbe essere dato per scontato. Infatti, i GAFAM realizzano comunque il 51% dei loro ricavi in America contro il 25% in Europa. Pertanto, è molto probabile che preferiscano gestire le loro filiali europee secondo le regole locali invece di adottare le regole europee a livello globale<sup>15</sup>.

Dall'altra parte dell'Atlantico invece si sta assistendo a uno "*Sherman Act momentum*"<sup>16</sup> fortemente voluto dal nuovo movimento Brandeis. A partire dallo scorso decennio, il movimento ha fondato la sua ideologia sul vizio strutturale del mercato americano, ovvero la sempre maggiore concentrazione del potere di mercato in capo a pochi attori, con particolare attenzione verso le *Big Tech*<sup>17</sup>.

La soluzione identificata dal movimento e da una parte della politica – primo tra tutti il Partito Democratico US – pone le politiche

---

(normativa sui dati), COM/2022/68), ma anche la Strategia europea sulla cybersecurity.

<sup>13</sup> Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, *Joint communication to the European Parliament, the European Council and the Council A new EU-US agenda for global change*, JOIN (2020) 22 final, 2 dicembre 2020.

<sup>14</sup> M. SANBU, *Regulation alone will not strengthen Europe's digital sector*, Financial Times, 21 dicembre 2020, disponibile qui <https://www.ft.com/content/53458590-4a33-4f11-9e1d-6d9c0b8ea5c1>

<sup>15</sup> The Economist, "America and Europe clamp down on big tech", 19 Dicembre 2020.

<sup>16</sup> C. A. CARNEVALE MAFFE, *L'impero digitale colpisce ancora*, Italianieuropei, 3/2020.

<sup>17</sup> Vedi L. KHAN, *The Amazon Antitrust Paradox*. Yale Law Journal, 126(3), 2017, 710-805. Si veda anche T. WU, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, 2018.

di concorrenza al centro dell'agenda economica, quale rimedio alle crescenti criticità monopolistiche<sup>18</sup>.

Durante l'amministrazione Trump, i GAFAM sono stati messi sotto osservazione dalle autorità *antitrust* americane.

Infatti, l'United States Department of Justice ("DoJ") ha intentato una causa civile *antitrust* presso la Corte distrettuale degli Stati Uniti per il Distretto di Columbia per impedire a Google di mantenere illegalmente dei monopoli attraverso pratiche anticoncorrenziali e di esclusione nei mercati delle ricerche su Internet e della pubblicità di ricerca e per rimediare ai danni alla concorrenza.

Inoltre, anche la Federal Trade Commission("FTC") ha intentato una causa contro Facebook, accusandola di aver messo in atto una strategia sistematica per eliminare le minacce al suo monopolio<sup>19</sup>.

Più di recente, è stata promossa un'azione del DoJ, insieme ai procuratori generali di California, Colorado, Connecticut, New Jersey, New York, Rhode Island, Tennessee e Virginia, intentando una causa civile *antitrust* contro Google per aver monopolizzato diversi prodotti tecnologici di pubblicità digitale<sup>20</sup>.

Inoltre, considerando l'approccio americano, è ancora più sorprendente apprendere che, oltre a un'applicazione più vigorosa dell'enforcement *antitrust*, anche negli Stati Uniti stanno crescendo le richieste di regolamentazione dei giganti *online*.

Lo stesso Biden ha elencato tre punti chiave di riforma per la gestione dei rischi derivanti dalle piattaforme digitali, che dovranno essere raggiunti in uno sforzo *bipartisan* del Congresso<sup>21</sup>, del quale una

---

<sup>18</sup> L. KHAN, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 9, No. 3, 2018.

<sup>19</sup> W. MAGNUSSON, *Modern day trustbusters have Facebook in their sights*, Financial Times, 19 Dicembre 2020; The New York Times, *The Trustbusters come for Facebook. Finally*, editoriale, 10 dicembre 2020, disponibile qui <https://www.nytimes.com/2020/12/10/opinion/facebook-antitrust.html>

<sup>20</sup> US Department of Justice, *Il Dipartimento di Giustizia cita in giudizio Google per aver monopolizzato le tecnologie pubblicitarie digitali*, comunicato stampa del 24 gennaio 2023.

<sup>21</sup> J. BIDEN, *Republicans and Democrats, Unite Against Big Tech Abuses*, The Wall Street Journal, 11 dicembre 2022, disponibile qui <https://www.wsj.com/articles/unite-against-big-tech-abuses-social-media-privacy-competition-antitrust-children-algorithm-11673439411>

parte ritiene che la presenza di imprese tecnologiche americane dominanti sia un vantaggio strategico nella dura competizione con la Cina<sup>22</sup>.

Il primo punto riguarda l'imposizione alle piattaforme in ambito *privacy* di limiti efficaci rilevanti sia per l'acquisizione e la raccolta dei dati, che per il loro utilizzo e condivisione<sup>23</sup>.

Secondo punto focale della riforma è la responsabilizzazione delle piattaforme per i contenuti che diffondono e per la trasparenza algoritmica<sup>24</sup>, principi già richiamati in Europa, rispettivamente dal DSA e dal DMA. In particolare viene proposta una riforma della sezione 230 del *Communication Decency Act*, sul quale già in passato si era concentrato il dibattito politico<sup>25</sup>.

Il terzo punto è più specificatamente rivolto alla concorrenza e alle condizioni di parità tra piccole/medie imprese e le Big Tech<sup>26</sup>.

Inoltre l'amministrazione Biden ha dato già prova di voler attuare le linee politiche menzionate.

In tal senso, le proposte legislative sono partite dalla senatrice Elizabeth Warren, che ha elaborato un piano di “*break up*” delle GAFAM nel 2019<sup>27</sup>.

Tale approccio è culminato nel rapporto Cicilline proposto dal Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary del 2020, poi adottato formalmente nel 2021 e pubblicato nel 2022<sup>28</sup>.

---

<sup>22</sup> The Economist, *America and Europe clamp down on big tech*, 19 dicembre 2020, disponibile qui <https://www.economist.com/leaders/2020/12/19/america-and-europe-clamp-down-on-big-tech>

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> La Sezione 230 del Communications Act del 1934, emanato come parte delle Communications Decency Act del 1996, fornisce un'immunità federale limitata ai fornitori e agli utenti di servizi interattivi servizi informatici

<sup>26</sup> The Economist, *America and Europe clamp down on big tech*, 19 dicembre 2020, disponibile qui <https://www.economist.com/leaders/2020/12/19/america-and-europe-clamp-down-on-big-tech>

<sup>27</sup> Si veda E. WARREN, *Here i show we can break up Big Tech*, 8 marzo 2019, disponibile qui <https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c>

<sup>28</sup> Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation of competition in digital markets*, Stati

Il rapporto, che annovera tra i suoi principali esperti la Vicepresidente esecutiva della Commissione europea Margrethe Vestager, contiene raccomandazioni che "intendono fungere da complemento a una vigorosa applicazione delle norme *antitrust*" e che ricordano il DMA<sup>29</sup>. Quanto appreso dall'indagine e dal rapporto ha fondato le basi di due proposte di legge americane su *antitrust* e GAFAM: l'American Innovation and Choice Act ("AICOA")<sup>30</sup> e l'Open App Market Act ("OAMA")<sup>31</sup>.

La prima, AICOA, vieta ad alcune grandi piattaforme *online* di compiere atti specifici, tra cui il *self-preferencing*, la limitazione ingiusta della disponibilità sulla piattaforma di prodotti concorrenti di un'altra azienda e la discriminazione nell'applicazione dei termini di servizio tra utenti che si trovano in condizioni simili<sup>32</sup>.

Inoltre è vietato limitare o impedire materialmente la capacità di un utente commerciale concorrente di accedere o interoperare con la stessa piattaforma, sistema operativo o caratteristiche *hardware o software*. Il disegno di legge limita anche l'uso di dati non pubblici ottenuti o generati sulla piattaforma e vieta alla stessa di limitare l'accesso ai dati generati dall'attività di un utente commerciale concorrente e prevede ulteriori restrizioni relative all'installazione o alla disinstallazione di *software*, alle funzionalità di ricerca o di classificazione e alle ritorsioni in caso di contatto con le forze dell'ordine in merito a violazioni effettive o potenziali della legge<sup>33</sup>.

La serie di limiti e di condotte appena richiamate sono in stretta analogia con quanto previsto negli articoli 5 e 6 del DMA, recanti gli obblighi in capo ai *gatekeepers*.

---

Uniti, 2022, disponibile qui <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>

<sup>29</sup> R. FOROZHAR, *A transatlantic effort to take on Big Tech*, Financial Times, 7 Dicembre 2020.

<sup>30</sup> S.2992 - American Innovation and Choice Online Act, 117th Congress (2021-2022)

<sup>31</sup> S.2710 - Open App Markets Act, 117th Congress (2021-2022)

<sup>32</sup> Congressional Research Service, *The American Innovation and Choice Online Act*, 2 dicembre 2022 disponibile qui <https://sgp.fas.org/crs/misc/R47228.pdf>

<sup>33</sup> *Ibid.*



Per quanto riguarda l'OAMA, la proposta di legge stabilisce le regole relative alla gestione degli *app-store*<sup>34</sup> da parte di una *covered company*<sup>35</sup>.

In particolare il disegno di legge vieta a quest'ultima di (1) richiedere agli sviluppatori di utilizzare un sistema di pagamento *in-app* di proprietà o controllato dall'azienda come condizione per la distribuzione o l'accessibilità, (2) richiedere che i prezzi o le condizioni di vendita siano uguali o più favorevoli sul proprio *app-store* rispetto a un altro *app-store*, o (3) intraprendere azioni punitive contro uno sviluppatore per l'utilizzo o l'offerta di termini di prezzo o condizioni di vendita diversi attraverso un altro sistema di pagamento *in-app* o su un altro *app-store*<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> L'OAMA definisce "Un'app è un'applicazione software o un servizio elettronico che può essere eseguito o diretto da un utente su un computer o un dispositivo mobile. Un app store è un sito web, un'applicazione software o un altro servizio elettronico disponibile al pubblico che distribuisce agli utenti applicazioni di sviluppatori terzi."

<sup>35</sup> i.e., Il proprietario o il gestore di un app store con più di 50 milioni di utenti statunitensi. È interessante notare come le imprese che detengono un particolare livello di potere di merca, ossia l'equivalente della nozione di *gatekeeper* nel DMA, siano individuate rispettivamente nelle "covered company" dell'OAMA Sez. 2(3) e nei "covered platform operator" definite dall'AICOA Sez. 2(a)(5). Ovviamente, tali nozioni si differenziano per una serie di aspetti, tra cui i criteri quantitativi per individuare queste tipologie di imprese: AICOA, sezione 2(a)(5) definisce i criteri quantitativi: 1) almeno 50.000.000 di utenti attivi mensili sulla piattaforma online con sede negli Stati Uniti; o 100.000 utenti commerciali attivi mensili con sede negli Stati Uniti; e 2) di proprietà o controllata da una soggetto con un fatturato annuo netto o una capitalizzazione di mercato superiore a 600 miliardi di dollari; e 3) partner commerciale essenziale per la vendita o la fornitura di prodotti/servizi. L'OAMA, Sez. 2(3), definisce la "covered company" come "qualsiasi soggetto che possiede o controlla un app store per il quale gli utenti negli Stati Uniti superano i 50.000.000". Per quanto riguarda i criteri qualitativi, è noto come l'articolo 3 del DMA identifichi un provider di CPS è designato come *gatekeeper* se: (a) ha un impatto significativo sul mercato interno; (b) fornisce un CPS che costituisce un importante canale di accesso per gli operatori economici per raggiungere gli utenti finali; e (c) gode di una posizione consolidata e duratura nelle sue operazioni o è prevedibile che goda di tale posizione nel prossimo futuro. Al contempo la Sez. 2(g)(6) dell'AICOA individua i *covered platform operator* : partner commerciale essenziale che ha la capacità di limitare o ostacolare A) l'accesso di una impresa ai propri utenti o clienti; B) l'accesso di una impresa a uno strumento o servizio di cui ha bisogno per servire efficacemente i propri utenti o clienti.

<sup>36</sup> I due atti menzionati sono attualmente fermi al Senato.

Di estrema rilevanza in questo contesto è l'Executive Order<sup>37</sup> firmato da Biden nel luglio 2021 con l'obiettivo dichiarato di utilizzare le leggi e le politiche *antitrust* esistenti per “ridurre la tendenza al consolidamento delle imprese, aumentare la concorrenza” e “promuovere la concorrenza nell'economia americana”.

L'Executive Order adotta un approccio "*whole of government*" alla politica della concorrenza, comprende 72 iniziative che dovranno essere attuate da oltre una dozzina di agenzie federali in un'ampia gamma di settori, tra cui quello dei mercati digitali, e istituisce un nuovo White House Competition Council con il compito di supervisionare l'attuazione dell'Ordine Esecutivo e di coordinare le varie agenzie<sup>38</sup>.

L'Executive Order di Biden sembra essere complementato e specificato da quanto previsto dal senatore americano del Colorado Michael Bennet, il quale ha presentato il Digital Platform Commission Act<sup>39</sup>, il primo atto legislativo mai presentato al Congresso per creare un organismo federale esperto che abbia il potere di adottare una regolamentazione completa e specifica del settore delle piattaforme digitali per proteggere i consumatori, promuovere la concorrenza e difendere l'interesse pubblico<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> The White House, *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*, 9 luglio 2021, disponibile qui <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> S.4201 - Digital Platform Commission Act of 2022, 117th Congress (2021-2022)

Il testo è disponibile al seguente link: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/4201/text>

<sup>40</sup> La proposta di legge di Bennet segue una lunga storia di istituzione da parte del Congresso di organismi federali esperti e specifici per un settore, si pensi alla più risalente istituzione della Food and Drug Administration nel 1908, fino alle più recenti creazione del Consumer Financial Protection Bureau sulla scia della crisi finanziaria del 2008.

La nuova Commissione federale per le piattaforme digitali avrebbe il mandato, la giurisdizione e un'ampia serie di strumenti per sviluppare e far rispettare delle linee guida adeguate<sup>4142</sup>.

È in questo contesto che l'amministrazione Biden aveva nominato Tim Wu membro del National Economic Council come consulente speciale per l'*antitrust* e la tecnologia.

## 2. Verso una nuova alleanza digitale transatlantica?

In effetti, una possibile alleanza digitale transatlantica si inserisce in un quadro più ampio in cui i diversi interessi tra UE e US dovrebbero essere bilanciati.

Inoltre, l'UE ha dichiarato il suo forte desiderio di indipendenza digitale compiendo il passo decisivo di definire la propria agenda per la cooperazione transatlantica, ancor prima del giuramento di Biden<sup>43</sup>.

L'agenda propone infatti un'alleanza per dare forma alle tecnologie, al loro uso e alla loro regolamentazione. In particolare, per quanto riguarda la *governance* dei dati, l'Unione Europea auspica una cooperazione per promuovere la convergenza normativa e facilitare il libero flusso dei dati con fiducia sulla base di *standard* e garanzie elevati.

Sembra, comunque che passi verso questa direzione siano stati fatti.

Recentemente, in occasione del secondo incontro dell'U.S.-EU Joint Technology Competition Policy Dialogue (TCPD)<sup>44</sup> è stata pubblicata una dichiarazione congiunta delle tre agenzie implicate (FTC, DoJ e Commissione Europea), con la quale è stata ribadita la comune convinzione dell'importanza di mercati ben funzionanti e

---

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Il 5 dicembre 2022 il Senato ha letto due volte la proposta e rinviato alla Commissione per il commercio, la scienza e i trasporti.

<sup>43</sup> Financial Times, *EU and Asian allies are keen to embark on new era of co-operation*, 29 dicembre 2020.

<sup>44</sup> Competition Policy International, *DOJ, FTC & EC Hold Second US-EU Joint Technology Competition Policy Dialogue*, 16 ottobre 2022 <https://www.competitionpolicyinternational.com/doj-ftc-ec-hold-second-us-eu-joint-technology-competition-policy-dialogue/>.

competitivi, pietre miliari per il continuo rafforzamento delle relazioni economiche e commerciali tra UE e US.

La Commissione Europea e le Autorità statunitensi devono affrontare sfide comuni nell'applicazione delle regole di concorrenza nelle indagini digitali, come gli effetti di rete, il ruolo di enormi quantità di dati, l'interoperabilità e altre caratteristiche tipiche delle nuove tecnologie e dei mercati digitali. Il TCPD mira a condividere intuizioni ed esperienze con l'obiettivo di coordinare il più possibile le politiche e l'applicazione delle norme.

Un ulteriore passo sinergico intrapreso dalla Commissione Europea e dal Governo degli Stati Uniti è quello relativo all'accordo di base su un nuovo quadro transatlantico sulla *privacy* dei dati, che favorirà i flussi di dati transatlantici e affronterà le preoccupazioni sollevate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella decisione *Schrems II*<sup>45</sup> del luglio 2020.

Il nuovo quadro si innesta in un contesto in cui le necessità di rafforzamento delle tutele della *privacy* e della sicurezza informatica nei flussi transatlantici dei dati sono in aumento, fortemente influenzate dal panorama geopolitico. La posta in gioco è il diritto fondamentale alla *privacy* degli europei il diritto del governo statunitense di proteggere i propri cittadini dagli attacchi, con miliardi di euro di scambi commerciali annuali<sup>46</sup>.

Tuttavia, i sostenitori della *privacy* sono ancora preoccupati che non siano state affrontate le questioni fondamentali, ovvero che il governo degli Stati Uniti abbia accesso illimitato alle informazioni personali degli europei, e chiedono che la Commissione Europea riesamini l'ordine della Casa Bianca<sup>47</sup>.

Ultime, ma non meno rilevanti, sono le prime convergenze transatlantiche in tema di intelligenza artificiale (“IA”), di recente

---

<sup>45</sup> Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 luglio 2020, Causa C-311/18, *Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems*, ECLI: ECLI:EU:C:2020:559.

<sup>46</sup> Commissione europea, *European Commission and United States Joint Statement on Trans-Atlantic Data Privacy Framework*, Press Release, 25 marzo 2022

<sup>47</sup> PoliticoEU, *EU-U.S. data flows deal: game changer or more legal uncertainty*, PoliticoEU, 12 dicembre 2022.

inaugurate dall'Administrative Arrangement on Artificial Intelligence for the Public Good, volto all'adozione dell'IA quale strumento di risoluzione di sfide pubbliche comuni ad US ed UE, quali la sanità, l'agricoltura e il cambiamento climatico<sup>48</sup>.

### 3. Cenni a concorrenza e sostenibilità in US e in UE: verso un approccio comune?

Il dibattito sulla concorrenza sostenibile e sullo *standard* di benessere del consumatore ("*consumer welfare standard*" o "CWS") è sorto sull'altra sponda dell'Atlantico con le teorie del *New Brandeisian movement*, e si è poi spostato ed è ora in corso in Europa

Anche a questo proposito la comparazione tra Stati Uniti ed Europa ci offre alcuni spunti di riflessione: da un lato, è stato affermato che il movimento Neo-Brandeis ha avuto luogo negli Stati Uniti perché l'Europa è sempre stata *hipster*!<sup>49</sup> Infatti, nel sistema giuridico europeo - e non negli Stati Uniti - è stata posta enfasi sulla dicotomia tra valori relativi al prezzo e valori non relativi al prezzo nell'analisi *antitrust*.

Inoltre, proprio negli Stati Uniti si è rilevato come la filosofia progressista europea sia diversa dal movimento neobrandeisiano americano, parlando di "*the Subtle, But Important Difference Between "Progressive" and Neo-Brandeisian Philosophies*"<sup>5051</sup>.

Infatti i "progressisti" europei respingono le teorie più estreme della Scuola di Chicago, e sono favorevoli a un CWS più flessibile, per proteggere il processo competitivo e la rivalità tra le imprese, al fine di

---

<sup>48</sup> L'accordo è stato firmato il 27 Gennaio 2023 dalla Commissione europea, Direzione generale per le reti di comunicazione, i contenuti e le tecnologie (DG CONNECT) e il Dipartimento di Stato degli Stati Uniti, come richiesto nel U.S.-EU Trade and Technology Council (TTC) commitment.

<sup>49</sup> R. NAZZINI, in Webinar "*Competition law and sustainable development: Overcoming the dilemma?*", Luiss Guido Carli University, 13 novembre 2020.

<sup>50</sup> J. KEYTE, Lectio Magistralis "*Understanding U.S. Antitrust Law and its Limitations: Will the Neo-Brandeisian Movement Have Lasting Impact?*", Luiss Guido Carli, 20 giugno 2022.

<sup>51</sup> E. FOX, in "*Are Market Economies and the Consumer Welfare Standard Being Overwhelmed by National Interests, Politics or Progressive Forces and Policies?*", 49th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, Fordham University, 15 settembre 2022.

rendere i mercati più contendibili, senza tuttavia combattere le grandi imprese se concorrono sul merito.

I *new brandeisian* americani per contro hanno una maggiore attenzione alla struttura del mercato, e sono ostili ai monopoli e agli oligopoli in quanto tali, con un approccio appunto strutturalistico, oltreché alla integrazione verticale<sup>52</sup>.

Inoltre, l'*enforcement antitrust* europeo è prevalentemente pubblico, affidato alle Autorità Nazionali di Concorrenza (ANC), che nella loro azione, comunque qualificabile (amministrativa, paragiurisdizionale) godono di maggiore discrezionalità nel conformarsi ai modelli culturali correnti (vedi l'esempio delle ANC olandese<sup>53</sup> e greca<sup>54</sup> rispetto alla *sustainable competition*).

Nella giurisprudenza europea il riferimento al benessere dei consumatori è apparso per la prima volta in un parere di un Avvocato generale (AG) nel 1999<sup>55</sup> e, a partire dagli anni 2000, il termine ha iniziato a essere usato frequentemente nelle opinioni<sup>56</sup>, sino all'analisi

---

<sup>52</sup> Si veda e.g. la teoria del *break up* di L. Khan: questa propone che le grandi aziende tecnologiche siano suddivise in entità più piccole per evitare che diventino troppo potenti e dominino il mercato. Ciò consentirebbe di aumentare la concorrenza e l'innovazione nell'industria tecnologica, oltre a impedire alle aziende di usare il loro potere per manipolare i prezzi o intraprendere pratiche anticoncorrenziali. Khan ritiene che questo approccio sarebbe più efficace della tradizionale applicazione delle norme antitrust.

<sup>53</sup> In particolare, si vedano dell'Autorità olandese (ACM) le "*Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunity within competition law*", disponibile qui [www.acm.nl](http://www.acm.nl)

<sup>54</sup> Si veda il programma pilota lanciato dall'Autorità greca per la concorrenza e il mercato (HCC) "*Sandbox for Sustainability and Competition in the Greek Market*". Il programma è stato lanciato nel 2021 e mira a promuovere la sostenibilità e la concorrenza nel mercato greco, offrendo alle imprese la possibilità di testare nuove soluzioni innovative senza rischiare sanzioni per eventuali violazioni delle normative sulla concorrenza.

<sup>55</sup> Causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, Parere dell'AG Saggio, ECLI:EU:C:1999:97 [42].

<sup>56</sup> Vedi Causa C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline plc and GlaxoSmithKline AEVE*, Parere AG Jacobs, ECLI:EU:C:2004:673 [91]–[92]. Causa C-209/07, *Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, Parere dell'AG Trstenjak, ECLI:EU:C:2008:467. Causa C-194/14 P, *AC-Treuhand AG v Commission*, Parere dell'AG Wahl, ECLI:EU:C:2015:350 [1]. Causa C-177/16, *Biedrība 'Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra –*

più completa nel recente parere dell'AG Rantos nel caso Servizio Elettrico Nazionale<sup>57</sup>. Nel frattempo, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha fatto riferimento al termine per la prima volta nella causa *Österreichische Postsparkasse*<sup>58</sup>, nel 2000, mentre la menzione più recente e chiara è stata fatta dall'AG Pitruzzella nelle sue conclusioni nel caso *SABAM*<sup>59</sup>.

Per contro in US è prevalente il *private enforcement* e le Corti americane allo stato hanno una giurisprudenza ancora conservatrice, anche se con alcune aperture all'*hipster antitrust*.

Un capitolo a parte della bozza delle *Horizontal Guidelines* (“HG”) sul Regolamento d’esonazione sugli accordi orizzontali (“HBERs”)<sup>61</sup> analizza la conformità degli accordi di sostenibilità con il diritto della concorrenza dell'UE, sottolineando così il ruolo crescente che tali accordi possono svolgere nel raggiungimento degli obiettivi europei del Green Deal<sup>62</sup>.

---

*Latvijas Autoru apvienība v Konkurences padome*, Parere dell’AG Wahl, ECLI:EU:C:2017:286 [101]. Causa C-724/17, *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy and Others*, Parere dell’AG Wahl, ECLI:EU:C:2019:100 [50]. Causa C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2017:1020 [61], [62], [64]. Vedi anche Causa C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. and Others*, Parere dell’AG Bobek, ECLI:EU:C:2019:678 [40]:

<sup>57</sup> Causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA, ENEL SpA and Enel Energia SpA v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Parere dell’AG Rantos, ECLI:EU:C:2021:998, 94–95.

<sup>58</sup> Cause riunite T-213/01 and T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG and Bank für Arbeit und Wirtschaft AG v Commission* [115].

<sup>59</sup> Causa C-372/19, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Weareone.World BVBA and Wecandance NV*, Parere dell’AG Pitruzzella, ECLI:EU:C:2020:598 [22], [27].

<sup>60</sup> A. KOMNINOS, *Consumer Welfare and the EU Courts: An Unexpected Refuge for a Persecuted Concept?*, in Oles Andriychuk (ed.), *'Antitrust and the Bounds of Power' – 25 Years On*, Hart Publishing, 2022, pp. 73–86.

<sup>61</sup> Bozza – Comunicazione della Commissione, Approvazione del contenuto di un progetto di regolamento della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi di specializzazione

<sup>62</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Il Green Deal europeo, COM/2019/640 final.

Tuttavia, la bozza prevede che l'analisi degli accordi tra concorrenti che perseguono uno o più obiettivi di sostenibilità sarà effettuata di volta in volta in linea con il capitolo pertinente dell'HG che si occupa specificamente del tipo di cooperazione in questione (ad esempio, scambio di informazioni, produzione in comune, ecc.). La Commissione non ha creato una metodologia separata per esaminare gli accordi di sostenibilità.

Inoltre, le HG confermano l'interpretazione storicamente rigorosa della Commissione dell'articolo 101(3) del TFUE, che stabilisce che gli accordi che *prima facie* limitano la concorrenza possono beneficiare di un'esenzione se (i) le restrizioni contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico; (ii) le restrizioni sono indispensabili per raggiungere gli obiettivi dell'accordo (iii) i consumatori ottengono una parte equa dei benefici risultanti. Entro i seguenti limiti, la sostenibilità può essere considerata uno scudo (iv) l'accordo non dà alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza.

Di conseguenza, pur abbandonando l'attenzione esclusiva per le efficienze, gli HG sembrano incentrati sulla disponibilità a pagare (*willingness to pay*) dei consumatori e non c'è quasi spazio per un *social welfare test* né per un più ampio test di resilienza sistemica.

Inoltre di recente, una conclusione simile sul ruolo chiave della sostenibilità è stata raggiunta con il nuovo Regolamento di esenzione per gli accordi verticali (VBER)<sup>63</sup> e le relative nuove Linee guida verticali<sup>64</sup>. In particolare, la sezione introduttiva di queste ultime ribadisce che gli accordi di sostenibilità non costituiscono una categoria distinta di accordi ai sensi del diritto della concorrenza dell'Ue, ma che il raggiungimento di obiettivi di sostenibilità può costituire un'efficienza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato.

---

<sup>63</sup> Regolamento (UE) 2022/720 della Commissione del 10 maggio 2022 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, C/2022/3015, GU L 134 dell' 11 maggio 2022.

<sup>64</sup> Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle restrizioni verticali, (2022/C 248/01).



Le sezioni successive forniscono poi esempi di tali efficienze, tra cui l'uso di criteri legati alla sostenibilità in un sistema di distribuzione selettiva e l'imposizione di obblighi di esclusiva per incentivare gli investimenti in impianti di energia verde.

#### 4. *L’Inflation Reduction Act e la minaccia alla concorrenza*

Nonostante l’evidenza delle sfide comuni, ci sono anche terreni in cui la politica industriale americana fa emergere rischi per la concorrenza nei mercati europei.

Questo è quanto sta emergendo nel dibattito sull’Inflation Reduction Act (IRA)<sup>65</sup>, il fondo da 369 miliardi di dollari con cui gli US mirano a ridurre il *deficit* per combattere l’inflazione, investire nella produzione energetica e manifatturiera nazionale e ridurre le emissioni di anidride carbonica di circa il 40% entro il 2030.

L’IRA ha innescato una serie di preoccupazioni esplicitate dalla stessa presidente della Commissione Europea, Ursula von der Leyen, concernenti la contendibilità dei mercati, la loro chiusura e la frammentazione delle stesse catene di valore. In quest’ottica sono state considerate tre componenti del rischio anticoncorrenziale, ossia primo, la logica del “*Buy American*” posto alla base dell’IRA; in secondo luogo le agevolazioni fiscali che potrebbero portare a discriminazioni; e terzo, gli aiuti alla produzione che potrebbero portare a una corsa ai sussidi.<sup>66</sup>

In tal contesto, la soluzione prospettata dall’Europa sembra quella di evitare una guerra commerciale con gli US e, piuttosto, di cogliere l’occasione per un adattamento delle normative europee in tema di aiuti di Stato<sup>67</sup>.

Al fine di una più efficace gestione delle preoccupazioni sollevate all’IRA, è stata prevista una specifica *task force UE-Usa* sull’ IRA che

<sup>65</sup> H.R.5376 - Inflation Reduction Act of 2022, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/5376/text>

<sup>66</sup> La Stampa, “*Inflation Reduction Act*”, von der Leyen: “*Può distorcere mercati. Europa risponderà in modo adeguato*”, 5 dicembre 2022, disponibile qui <https://finanza.lastampa.it/News/2022/12/05/-inflation-reduction-act-von-der-leyen-puo-distorcere-mercati-europa-rispondera-in-modo-adequato-/NDVfMjAyMi0xMi0wNV9UTEI>

<sup>67</sup> *Ibid.*

propone un coordinamento transatlantico per sostenere catene di approvvigionamento sostenibili e resilienti<sup>68</sup>.

Accanto le due soluzioni menzionate per fronteggiare l'IRA, è stato previsto anche il "Fondo per la sovranità europea", volto al sostegno della transizione *green* e digitale dell'industria europea<sup>69</sup>. Il fondo incentiverebbe la politica industriale europea comune con finanziamenti europei comuni, accompagnati, anche qui, da una maggiore flessibilità sugli aiuti di Stato in risposta all'IRA statunitense<sup>70</sup>.

Nell'ambito dei piani di investimenti UE in tema di sostenibilità e digitale emerge anche il Fondo per l'innovazione da 1,8 miliardi di euro per progetti in tecnologie pulite<sup>71</sup>.

Il Fondo per l'innovazione è volto a sovvenzionare tecnologie pionieristiche nei settori delle industrie ad alta intensità energetica, dell'idrogeno, delle energie rinnovabili, delle infrastrutture di cattura e stoccaggio del carbonio e della produzione di componenti chiave per lo stoccaggio dell'energia e le energie rinnovabili<sup>72</sup>.

Le proposte relative ad un riesame della normativa sugli aiuti di Stato come risposta all'IRA sono state avanzate anche nell'economia del Green Deal Industrial Plan, il quale si propone di definire un percorso che consenta all'Europa di diventare neutrale dal punto di vista

---

<sup>68</sup> Commissione Europea, Dichiarazione, *Launch of the US-EU Task Force on the Inflation Reduction Act*, 26 ottobre 2022.

<sup>69</sup> J. ALLENBACH-AMMANN, *Ursula von der Leyen: "Il Fondo per la sovranità europea sarà proposto in estate"*, euractiv.com, 15 dicembre 2022., disponibile qui <https://euractiv.it/section/capitali/news/ursula-von-der-leyen-il-fondo-per-la-sovranita-europea-sara-proposto-in-estate/>

<sup>70</sup> Redazione Ansa, *Michel, valutare la possibilità di un fondo di sovranità dell'U e- Intervento su Politico. Aiuti Stato più flessibili, non su misura*, 16 gennaio 2023, disponibile qui [https://www.ansa.it/europa/notizie/rubriche/altrenews/2023/01/16/michel-valutare-la-possibilita-di-un-fondo-di-sovranita-dellue\\_7e9064e5-fd8f-410a-92f7-ec074be8704d.html](https://www.ansa.it/europa/notizie/rubriche/altrenews/2023/01/16/michel-valutare-la-possibilita-di-un-fondo-di-sovranita-dellue_7e9064e5-fd8f-410a-92f7-ec074be8704d.html)

<sup>71</sup> Commissione Europea, Comunicato Stampa, *Fondo per l'innovazione: 1,8 miliardi di € dell'UE per progetti in tecnologie pulite*, 12 luglio 2022.

<sup>72</sup> *Ibid.*

climatico, di accelerare la trasformazione industriale e di rafforzare la competitività dell'industria europea a zero emissioni<sup>73</sup>.

Uno dei pilastri sui quali si fonda il Piano prevede una serie di investimenti e finanziamenti per il “*clean tech*” e comprende una proposta di adattamento mirato e limitato nel tempo delle norme europee sugli aiuti di Stato.

A tal fine, per accelerare e semplificare la concessione degli aiuti è stata prefissata la modifica del Temporary Crisis Framework in un nuovo Temporary Crisis and Transition Framework<sup>74</sup>, la revisione del Regolamento generale di esenzione per categoria (“GBER”)<sup>75</sup> alla luce del Green Deal, aumentando le soglie di notifica per il sostegno agli investimenti verdi, nonché una semplificazione dell’approvazione degli Important Projects of Common European Interest (“IPCEI”)<sup>76</sup>, strumento che nei tempi recenti è stato più volte richiamato a sostegno delle dinamiche concorrenziali<sup>77</sup>.

Più in generale, appare rilevante evidenziare come la normativa<sup>78</sup> e la giurisprudenza<sup>79</sup> europea in tema di aiuti di Stato abbia già previsto

---

<sup>73</sup> Commissione europea, Comunicato Stampa, *Aiuti di Stato: la Commissione consulta gli Stati membri in merito alla proposta di adottare un quadro temporaneo di crisi e transizione*, 1 Febbraio 2023.

<sup>74</sup> Comunicazione della Commissione, Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia a seguito dell’aggressione della Russia contro l’Ucraina (2022/C 131 I/01)

<sup>75</sup> Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato, GU L 187 del 26 Giugno 2014,

<sup>76</sup> Il riferimento normativo di questi strumenti è sancito nell’articolo 107, paragrafo 3, lettera b), de TFUE. Esso consente alla Commissione di autorizzare gli Stati membri a progettare e realizzare investimenti nazionali mirati a importanti fallimenti di mercato o sfide sociali che non potrebbero essere affrontate in altro modo, riunendo conoscenze, competenze, risorse finanziarie e attori economici in tutta l’UE.

<sup>77</sup> Commissione europea, Comunicato Stampa, *Il piano industriale del Green Deal: l’Europa assume la leadership industriale in materia di zero emissioni nette*, 1 Febbraio 2023.

<sup>78</sup> Si veda e.g., la Comunicazione della Commissione relativa alla Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia 2022, C/2022/481, GU C 80 del 18 Febbraio 2022

<sup>79</sup> Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sent. 22 Settembre 2020, *Repubblica d’Austria contro Commissione europea*, causa C-594/18 P, ECLI: ECLI:EU:C:2020:742

marginari di flessibilità per la previsione delle tutele propedeutiche alla transizione *green*. Questo risultato è stato raggiunto attraverso un processo integrativo dettato in larga parte dalla crescente attenzione riposta dai *policymaker*<sup>80</sup>, dagli Stati Membri, ma anche dagli stessi *stakeholder*<sup>81</sup>, sulle tematiche affini all'emergenza ecologica.

Questo emerge anche dalle percentuali di utilizzo: il quadro di valutazione degli aiuti di Stato del maggio del 2020, ha evidenziato come il 55% della spesa totale degli aiuti sia stata indirizzata agli obiettivi di protezione ambientale ed efficienza energetica. Da questo si può desumere che la tutela dell'ambiente ed il risparmio energetico costituiscano uno degli scopi principali degli aiuti di Stato per 20 Stati Membri<sup>82</sup>.

## 5. Conclusioni

La tensione tra politica industriale (*industrial politics*), altre *public policies* e politiche della concorrenza (*competition policies*), che ha caratterizzato le dinamiche economiche degli ultimi anni, imposto

---

<sup>80</sup>Tra le azioni e le politiche atte ad implementare e promuovere il Green Deal, sono state mobilitate anche una serie di riforme relative al diritto della concorrenza e, più nel dettaglio, alla normativa ed alle *policy* riferite agli aiuti di Stato. L'obiettivo della revisione delle norme sugli aiuti di Stato, e in particolare delle Linee guida in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia (le c.d. "EEAG", dopo la revisione del 2022, "CEEAG") e della General Block Exemption Regulation ("GBER") è quello di sostenere gli investimenti che incoraggiano l'innovazione e lo sviluppo di tecnologie rispettose del clima su scala di mercato e l'eliminazione graduale dei combustibili fossili

<sup>81</sup> Diverse consultazioni pubbliche svolte dalla Commissione Europea. (e.g. quelle relative alle "Horizontal Block Exemption Regulations" o alle "Horizontal Guidelines") hanno rilevato, basandosi sulle risposte degli *stakeholders*, che la questione di maggior interesse è quella del cambiamento climatico, insieme a quella parallela del raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità e ambiente. In tempi più recenti, nuove consultazioni hanno fatto riemergere le suddette problematiche, basando la loro specifica riflessione su come il diritto e le politiche della concorrenza potessero contribuire al Green Deal. Al riguardo, si sono espresse varie tipologie di *stakeholders*, come pubbliche amministrazioni, società, governi e la società civile, per un totale di più di 200 contributi.

<sup>82</sup> A. DRĂGOI, *Regulamentul GBER – Impactul asupra finanțării protecției mediului la nivelul UE*, EUROINFO, 4 (4), 2020, pp. 71 – 79.

anche dalla emersione della *digital e data driven economy*, è comune a Europa e Stati Uniti.

Le divergenze storiche nel fronteggiarla sembrano negli ultimi anni lasciare spazio a una maggiore convergenza, ancorché non sia ancora chiaro se questa possa portare a una vera e propria alleanza transatlantica.

Sul fronte della competitività e contendibilità dei mercati digitali, dominati dai GAFAM americani<sup>83</sup>, gli Stati Uniti, sinora meno sensibili all'approccio regolatorio, sembrano muoversi nella direzione di un maggiore allineamento con l'Europa.

Sul fronte della inserzione nel discorso sulla concorrenza di dottrine favorevoli a un *antitrust* più flessibile, le teorie progressiste europee stanno prendendo forma in alcune modifiche ancora una volta legislative, mentre quelle più estreme dell'*Hipster antitrust* stanno facendo i conti con la scarsa permeabilità alle medesime delle Corti americane, tradizionalmente al centro dell' *enforcement* delle regole di concorrenza.

Sul punto degli aiuti di Stato, cruciale in una economia di crisi, nelle ultime settimane, molti Stati membri hanno condiviso con la Commissione le loro riflessioni su queste sfide, convergendo su quattro messaggi chiave: in primo luogo, è vero che parte dell'IRA rappresenta una minaccia per la competitività di settori specifici che sono fondamentali per la transizione verde dell'industria europea; in secondo luogo, la risposta europea dovrà basarsi sui fatti e affrontare solo i problemi specifici innescati dalle misure statunitensi; in terzo luogo, qualsiasi azione intrapresa dovrà preservare l'integrità del mercato unico europeo; infine, è opinione comune quella di coltivare piuttosto che danneggiare le relazioni con gli Stati Uniti<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Si veda A. MINUTO RIZZO, R. SOMMELLA, *Ingovernabili. Grandi piattaforme, nuovi monopoli e la lotta per la concorrenza*, Luiss University Press, 2022.

<sup>84</sup> Commissione europea, Comunicato stampa, *State aid: Commission consults Member States on proposal for a Temporary Crisis and Transition Framework*, 1 febbraio 2023, disponibile qui [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_513](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_513)

Per ora, nonostante tutte queste variabili, è giustificato il cauto ottimismo Eleonor Fox, che ha affermato che "*Biden administration is much more likely to seek common ground*"<sup>85</sup> su una possibile alleanza transatlantica.

---

<sup>85</sup> J. MASON, *EU seeks collaboration with Biden administration on digital markets*, GCR, 3 dicembre 2020.

LO SPORT IN EUROPA TRA REGOLE DI CONCORRENZA E POLITICA  
INDUSTRIALE. SPUNTI DI RIFLESSIONE

DI STEFANO BASTIANON\*

1. Tutti gli appassionati di sport (e di diritto sportivo) sanno che attualmente davanti alla Corte di giustizia pendono tre questioni di straordinaria rilevanza sulle quali il responso del giudice europeo è atteso per il 2023. In due casi (un'impugnazione contro la sentenza del Tribunale<sup>1</sup> ed un rinvio pregiudiziale<sup>2</sup>) al centro del contendere si trova il potere monopolistico (secondo alcuni arbitrario) delle federazioni di organizzare gli eventi sportivi e di sanzionare gli atleti che partecipano ad eventi organizzati da terzi, ma non autorizzati dalla federazione di appartenenza; nel terzo caso, invece, viene in discussione la norma UEFA che impone alle squadre di calcio di avere nella propria rosa un certo numero di giocatori provenienti dal vivaio<sup>3</sup>.

Per contro, forse non tutti sanno che l'asserita incompatibilità di tale potere autorizzativo delle federazioni viene contestata sotto il profilo (anche) del diritto della concorrenza. Tanto nella vicenda *ISU*, quanto nel caso *Superlega*, infatti, ciò che viene contestato è il potere monopolistico, auto attribuitosi dalle federazioni attraverso l'esercizio del loro potere regolatorio, finalizzato essenzialmente ad impedire l'ingresso sul mercato dell'organizzazione di eventi sportivi di altri *competitors*, in un contesto nel quale le federazioni sportive, nel

---

\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Bergamo.

<sup>1</sup> *International Skating Union/ Commissione*, Causa C-124/21 P.

<sup>2</sup> *European Superleague Company*, Causa C-333/21.

<sup>3</sup> *UL, SA Royal Antwerp Football Club*, Causa C-680/21.

contempo organo regolatore ed operatore commerciale, si trovano in una situazione di evidente conflitto di interesse. Nel caso dei giocatori del vivaio, invece, si ritiene che la regola UEFA costituisca una decisione di associazione di imprese in contrasto con l'art. 101 TFUE.

Qualunque sarà l'esito dei giudizi, è innegabile che in entrambi i casi *ISU* e *Superlega* il discorso non investe soltanto le singole disposizioni contenute nei regolamenti e negli statuti delle federazioni sportive, ma abbraccia e pone al centro dell'attenzione tematiche ben più complesse strettamente collegate a nuove dinamiche concorrenziali, a nuove possibilità e modalità di finanziamento, a nuovi format di intrattenimento basati sullo sport e, in ultima analisi, alla necessità di prendere atto delle trasformazioni economiche, sociali e industriali in atto nel settore sportivo.

2. Quando si parla di evento sportivo, infatti, di regola si pensa al singolo incontro, alla singola competizione che soddisfa l'interesse e la passione del tifoso: un incontro di calcio, una partita di basket, una gara di Formula 1 e così via. L'evento sportivo, tuttavia, da diversi anni, è molto più di tutto ciò: è un prodotto (di intrattenimento, ma non solo) al centro di un'industria - l'industria sportiva, appunto - di rilevante importanza economica, in Italia e in Europa. Secondo uno studio condotto da Banca Ifis per la Commissione europea, in Italia, nel corso del 2021 lo sport ha generato più di 90 miliardi di euro di ricavi, una cifra equivalente al 3,6% del Pil del paese. Al di là dei numeri, tuttavia, ciò che merita di essere sottolineato è che l'industria sportiva abbraccia e comprende una pluralità di settori che va ben oltre quello dell'organizzazione degli eventi sportivi. Da un lato, infatti, troviamo il comparto che comprende le società del settore dei *media*, delle scommesse sportive e dei servizi collegati alla fruizione degli eventi sportivi (trasporti, *hospitality*, ristorazione, *shopping*); dall'altro lato, invece, il comparto che comprende i produttori di abbigliamento, attrezzature e veicoli sportivi. A tutto ciò, devono aggiungersi le c.d. esternalità positive generate dallo sport, la principale delle quali è rappresentata, in Italia e in Europa, dal risparmio per i sistemi sanitari nazionali delle spese per la cura di alcune patologie (infarto e disturbi



coronarici, cancro al seno, tumore del colon-retto, diabete di tipo 2, ecc)<sup>4</sup>.

Nell'industria sportiva, inoltre, è ormai riconosciuto che gli investimenti pubblici hanno una forza propulsiva particolarmente significativa, posto che lo sport è legato ad aspetti quali il benessere, la salute, l'intrattenimento che amplificano il valore economico generato dall'industria sportiva. Siccome, però, gli investimenti pubblici non possono prescindere dalle risorse private, risulta fondamentale elaborare un approccio di politica industriale all'interno della quale individuare le tipologie di investimenti pubblici più adatti all'industria sportiva e i principi che devono governare la ripartizione degli investimenti tra i vari attori del settore sportivo.

Sotto altro profilo si osserva che tutto ciò che riguarda lo sviluppo ed il potenziamento delle infrastrutture sportive come pure la gestione dei diritti televisivi sportivi, soprattutto quelli internazionali e l'interesse mostrato dai fondi di *private equity* per l'industria sportiva in genere impongono la definizione di una strategia di politica industriale europea in grado di porre l'industria sportiva nelle condizioni di competere su un mercato sempre più globale.

3. La rilevanza, soprattutto economica, dell'industria sportiva cresce in misura esponenziale se, all'interno di questo eterogeneo settore, si inserisce anche il comparto degli sport elettronici (c.d. videogiochi competitivi) con un bacino d'utenza mondiale di circa 3 miliardi di utenti/appassionati (di cui il 55% si trova nell'area Asia/Pacifico) ed un mercato globale stimato per il 2024 in oltre 218 miliardi di dollari<sup>5</sup>.

Tanto i casi attualmente al vaglio della Corte di giustizia, quanto gli sport elettronici sollevano delicatissimi problemi di natura concorrenziale. Nel primo caso, il potere monopolistico delle federazioni di organizzare gli eventi sportivi costituisce a tutti gli effetti

---

<sup>4</sup> Osservatorio sullo Sport System italiano, [https://www.bancaifis.it/app/uploads/2022/03/ebook-sportsystem\\_digital-version.pdf](https://www.bancaifis.it/app/uploads/2022/03/ebook-sportsystem_digital-version.pdf) (consultato il 27 novembre 2022).

<sup>5</sup> N. PAGANO, *Il 2021 del settore esports in cifre*, <https://www.pokerstarsnews.it/esports/il-2021-del-settore-esports-in-cifre/38661/> (consultato il 30 novembre 2022).

una palese e macroscopica distonia del mercato, e il discorso deve necessariamente spostarsi sugli obiettivi perseguiti e sull'inerenza e proporzionalità della misura.

Analogamente, gli sport elettronici rappresentano un terreno ancora da esplorare, in relazione al quale, tuttavia, alcune criticità sotto il profilo concorrenziale collegate al più vasto tema dei mercati digitali emergono anche a prima vista<sup>6</sup>:

- la definizione del mercato rilevante (tutti gli sport elettronici, tutti gli sport elettronici appartenenti ad un genere, il singolo sport elettronico);

- il fatto che nel settore degli sport elettronici i vari soggetti (sviluppatori, organizzatori di eventi, *broadcasters*, giocatori, squadre, spettatori, *sponsors*) possono ricoprire più ruoli contemporaneamente pone ulteriori problemi sotto il profilo concorrenziale giacchè le relazioni non sono sempre nettamente orizzontali o verticali;

- in quanto prodotto tipicamente digitale, il/i mercato/i degli sport elettronici presenta le caratteristiche proprie dei mercati a più parti (*multi-sided markets*) e spesso anche dei mercati *zero-price*. In simili contesti, la dottrina più attenta ha da tempo sottolineato le difficoltà e i limiti dell'approccio al tema della sostituibilità (dal lato della domanda e dell'offerta) insite nei test tradizionali quali lo SSNIP test;

- in quanto mercati altamente dinamici e fortemente influenzati dai diritti di privativa, la stessa valutazione del potere di mercato sotto il profilo concorrenziale necessita di appositi accorgimenti;

- la qualifica di alcuni sport elettronici come *gatekeepers* ai sensi del regolamento sui mercati digitali.

---

<sup>6</sup> Tra i molti, v. S. NAM, V. H.S.E. ROBERTSON, F. ZIERMANN, *eSports and antitrust law*, Graz Law Working Paper Series, Working paper no. 16-2022, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4252566](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4252566) (consultato il 30 novembre 2022); M. MIROFF, *Tiebreaker: an antitrust analysis of Esports*, in *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 2019, pp. 177 ss; V. H.S.E. ROBERTSON, *eSports and digital ecosystems: an antitrust perspective*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, Vol. 12, No. 8, pp. 591 ss.

Ad un esame meno che acritico, peraltro, al tema dei profili concorrenziali si affianca necessariamente a quello relativo ai profili di politica economica ed industriale.

Al di là di quello che sarà il responso della Corte di giustizia, è chiaro che il tema della Superlega (e soprattutto la ciclicità con cui tale tema si è sempre riproposto seppur con intensità diverse), pone al centro dell'attenzione la necessità, prima ancora che l'opportunità, di nuovi *format* sportivi e nuove fonti di finanziamento in grado di intercettare una domanda che non è più quella di 50 anni fa e di far fronte ad una situazione economica-finanziaria (nel caso di specie del calcio) che da tempo impone una riforma sostanziale.

Il mondo degli sport elettronici, con le sue peculiarità e soprattutto con la sua rilevanza economica, rende non più prorogabile una seria riflessione in termini di investimenti futuri nel contesto di una politica industriale tutta da delineare in termini di ecosostenibilità e digitalizzazione.

Nella recente risoluzione del Parlamento europeo del 10 novembre 2022 sugli sport elettronici e videogiochi<sup>7</sup> sono stati evidenziati i seguenti dati:

- il mercato europeo dei videogiochi e degli sport elettronici è stato stimato in 23,3 miliardi di euro;
- è uno dei pochi settori che ha conosciuto una costante crescita anche durante la pandemia;
- l'industria europea degli sport elettronici è costituita da piccole e medie imprese, ma a livello mondiale il settore è dominato da grandi attori extraeuropei.

In altre parole, l'attuale rilevanza economica dell'industria sportiva, il suo potenziale di crescita e il coinvolgimento, diretto o indiretto, di una pluralità di settori economici limitrofi rende necessario che le imprese che operano e competono in un mercato così vasto ed eterogeneo possano contare su una visione generale e complessiva sotto il profilo degli investimenti futuri, delle regole da applicare, degli

---

<sup>7</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 10 novembre 2022 su sport elettronici e videogiochi, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0388\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0388_IT.html) (consultato il 30 novembre 2022).

obiettivi da perseguire per promuovere lo sviluppo dell'industria sportiva complessivamente considerata.

Il diritto della concorrenza, con il suo armamentario di misure, può garantire un *level playing field*, ma non può (e non dovrebbe) sostituirsi al governo (nazionale ed europeo) nel definire le misure e le politiche in grado di promuovere l'industria sportiva.

Per valorizzare il settore sportivo e considerarlo alla stregua di un vero e proprio comparto industriale si rendono necessarie le seguenti misure:

- a) rafforzare la tutela del lavoratore sportivo;
- b) favorire il coordinamento tra l'industria sportiva e gli altri settori produttivi;
- c) promuovere la digitalizzazione del settore sportivo; sotto tale profilo, i recenti regolamenti UE sui mercati digitali (*Digital Markets Act*)<sup>8</sup> e sui servizi digitali (*Digital Services Act*)<sup>9</sup> rappresentano gli strumenti di base per lo sviluppo di una politica industriale sportiva, estesa anche e soprattutto al tema degli sport elettronici;
- d) promuovere uno sviluppo dell'industria sportiva nel segno della sostenibilità ecologica in linea con il Green Deal europeo; non è un caso che nel mese di marzo 2022 i Ministri responsabili per lo sport, sotto l'egida della Presidenza francese del Consiglio, si sono incontrati per parlare di un Piano verde e sostenibile per lo sport, indispensabile, da un lato, per rendere anche il settore sportivo responsabile sotto il profilo del cambiamento climatico e, dall'altro lato, per evitare l'impatto negativo che tale cambiamento climatico può avere sulla pratica di numerose discipline sportive<sup>10</sup>. Infatti:

- le conseguenze dei cambiamenti climatici, come l'innalzamento delle temperature, prolungati periodi di siccità e l'aumento delle inondazioni, pongono sempre più limiti agli spazi e al

---

<sup>8</sup> Regolamento (UE) 2022/1925 del parlamento europeo e del consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale, in GUUE, 12 ottobre 2022, L 265/1.

<sup>9</sup> Regolamento (UE) 2022/2065 del parlamento europeo e del consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali, in GUUE, 27 ottobre 2022, L 277/1.

<sup>10</sup> <https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/en/news/a-green-and-sustainable-deal-for-sport/> (consultato il 30 novembre 2022).

tempo a disposizione per la pratica sportiva, andando così a costituire fonte di gravi perturbazioni per il funzionamento e l'organizzazione dell'ecosistema sportivo globale, in particolare degli sport invernali all'aperto e di alcune attività nautiche;

- alla stregua di altre attività umane, certi aspetti dello sport e dell'organizzazione di eventi sportivi possono contribuire al degrado dell'ambiente e ai cambiamenti climatici, generando direttamente o indirettamente emissioni di gas a effetto serra e contribuendo a danneggiare i vari ambienti naturali in cui si svolgono gli sport, soprattutto gli ambienti marino, forestale e di montagna;

- taluni aspetti dello sport possono essere fonte di emissioni di gas a effetto serra, oltre ad avere un impatto negativo sull'ambiente: il turismo sportivo, la produzione e il consumo non sostenibili di attrezzature sportive o beni e servizi derivati, la diffusione delle microplastiche, impianti sportivi ad elevato consumo di risorse (energia e acqua in particolare), il crescente numero di eventi sportivi ad ogni livello (compresi allenamenti, grandi delegazioni e la costruzione di infrastrutture temporanee dedicate), come pure pratiche sportive libere in ambienti naturali<sup>11</sup>;

e) promuovere appositi strumenti a favore delle realtà cittadine con l'obiettivo di rendere le c.d. *smart cities* più attraenti e fruibili anche sotto il profilo dell'attività sportiva favorendone la trasformazione in vere e proprie *sports cities*.

4. Come è facile intuire, si tratta di sfide ed obiettivi che non possono prescindere dalla preliminare definizione di un chiaro quadro di riferimento in termini di politica industriale e di politica economica.

Inoltre, la stessa organizzazione di grandi eventi sportivi (Giochi olimpici, Campionati del mondo, ecc.) non può prescindere da un inquadramento generale che trascende la singola iniziativa, per quanto importante, per collocarsi all'interno di una visione di politica industriale più ampia e di lungo periodo al fine di poterne sfruttare

---

<sup>11</sup> Conclusioni del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio sul tema «Lo sport e l'attività fisica: strumenti promettenti per trasformare i comportamenti a favore di uno sviluppo sostenibile», in GUUE, 25 aprile 2022, C 170/1.

completamente gli effetti diretti ed indiretti con inevitabile ripercussione sull'intera filiera dell'economia.

Insomma: un'industria europea come quella sportiva, che non è solo un comparto economico specifico in quanto, con le sue esternalità positive, genera un impatto positivo anche su settori socio-culturali, che può svolgere un ruolo di primo piano nel contesto della duplice sfida – ecologica e digitale – che l'industria europea deve affrontare (senza dimenticare che lo sport, proprio grazie alla sua doppia anima economica e sociale, viene accreditato per contribuire al raggiungimento di tutti i 17 obiettivi di sviluppo sostenibile delineati dall'ONU<sup>12</sup>) non può prescindere da una forte sinergia tra le regole di concorrenza, indispensabili per tutelare la libertà di impresa ed il corretto funzionamento del mercato europeo, ed una forte politica industriale in grado di predisporre gli strumenti, finanziari ed infrastrutturali, indispensabili per consentire alle imprese europee di competere su mercati sempre più globali.

La digitalizzazione dell'industria europea non passa soltanto attraverso le sanzioni antitrust inflitte alle big tech straniere, ma anche, e soprattutto, attraverso la sfida di una piattaforma digitale europea. Analogamente, affinché l'industria sportiva possa agire quale promotore e facilitatore della transizione ecologica e dello sviluppo sostenibile occorre una politica industriale capace di delineare le linee strategiche e di fornire le risorse necessarie.

La rivoluzione ecologica e digitale rappresenta una sfida a livello mondiale, che trascende i confini del vecchio continente e pone l'industria europea al centro di una competizione che non riguarda più soltanto le imprese, ma anche gli Stati e i vari modelli industriali: ciò richiede una visione d'insieme nella quale regole di concorrenza e scelte di politica industriale operino in un rapporto di sinergia reciproca nel quale la tutela del mercato europeo proceda di pari passo con lo sviluppo dell'industria europea.

---

<sup>12</sup> Sport and the sustainable development goals. An overview outlining the contribution of sport to SDGs, <https://www.sport-for-development.com/imglib/downloads/unosdp2014-sport-and-the-sustainable-development-goals.pdf> (consultato il 30 novembre 2022).