



Evoluzione o involuzione del diritto della concorrenza nella sentenza *Superleague*?

Fabio Ferraro*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rapporto tra sport e concorrenza, tra conferme e novità. – 3. L’influenza dell’art. 106 TFUE nella valutazione degli artt. 101 e 102 TFUE. – 4. L’esclusione dell’eccezione *Wouters* nelle restrizioni della concorrenza per oggetto. – 5. Considerazioni finali sui passi avanti o indietro del diritto della concorrenza.

1. Premessa

Poco prima delle feste natalizie, la Corte di giustizia ha pronunciato tre sentenze sullo sport, due riguardano il calcio (*Superleague* e *Royal Antwerp Football Club*) e una il pattinaggio su ghiaccio (*International Skating Union*)¹. È chiaro che la sentenza *Superleague* ha avuto

* Professore ordinario di diritto dell’Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Corte giust. 21 dicembre 2023, C-333/21, *European Superleague Company* (d’ora in poi, *Superleague*); in pari data, C-680/21, *Royal Antwerp Football Club* e C-124/21 P, *International Skating Union/Commissione*. La sentenza *Royal Antwerp Football Club* riguarda la compatibilità delle regole UEFA e della Reale associazione calcistica belga (URBSFA) sul vivaio dei giovani delle squadre di calcio con gli artt. 45 e 101 TFUE (*Royal Antwerp Football Club*), mentre la sentenza sul pattinaggio su ghiaccio ha ad oggetto il potere dell’*International Skating Union* di autorizzare la partecipazione di atleti a competizioni sportive organizzate da terzi. Oltre a introdurre degli elementi di novità in merito alla compatibilità con il diritto dell’Unione delle norme arbitrali adottate dalle associazioni sportive, che prevedono l’obbligo di risolvere le controversie tramite il CAS di Losanna, quest’ultima sentenza presenta

maggior eco mediatica, in considerazione delle notevoli implicazioni che essa può comportare per lo sport sul piano giuridico, sociale, politico ed economico. Infatti, tale arresto è stato paragonato a una nuova sentenza *Bosman*², in quanto mette fortemente in discussione, con argomentazioni piuttosto articolate e complesse, norme e comportamenti delle federazioni sportive sull'organizzazione, sulla commercializzazione e sullo sfruttamento degli eventi calcistici.

La grande attenzione per questa pronuncia è dimostrata sia dall'elevato numero di Stati membri e di parti private intervenute nella causa pregiudiziale³, che non trova precedenti in altri giudizi dinanzi alla Corte di giustizia, sia dai numerosi commenti che essa ha suscitato⁴. Tale sentenza continuerà ad alimentare il vivace dibattito dottrinale anche negli anni a venire, poiché apre scenari finora inesplorati nel sistema calcistico europeo ed è difficile ipotizzare con precisione quali saranno le sue reali conseguenze per l'organizzazione sportiva.

Allo stesso tempo, occorre porre in risalto che l'importanza della sentenza *Superleague* discende anche dalle rilevanti affermazioni in essa contenute in tema di concorrenza, che non possono di certo passare in secondo piano. Nell'ambito dell'accesa discussione su questa sentenza, si ritiene che i profili esaminati dalla Corte di giustizia con specifico riferimento all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE meritino un'attenzione particolare e richiedano ulteriori approfondimenti. Invero, la Corte non solo riprende alcuni principi ormai sedimentati nella giurisprudenza dell'Unione, ma introduce anche taluni elementi di discontinuità, che sembrano fornire nuove chiavi interpretative del diritto della concorrenza. Sotto questo profilo, l'interesse per la sentenza è accentuato vuoi dal fatto che la Corte di

diversi elementi in comune con l'altra pronuncia sul calcio (*European Superleague Company*), in quanto entrambi gli arresti pongono in discussione il monopolio delle federazioni sportive.

² Corte giust. 15 dicembre 1995, C-415/93.

³ Sono intervenuti nel giudizio pregiudiziale 24 Stati.

⁴ I principali quotidiani nazionali ed europei hanno richiamato la sentenza della Corte di giustizia. In dottrina, tra i primi commenti, v. S. BASTIANON, *Le sentenze Superlega, ISU e SA Royal Antwerp FC: una prima lettura*, in *BlogDUE*, 14 gennaio 2024; G. BELLENGHI, M. CORREIA DE CARVALHO, *Final Whistle in Luxembourg? Royal Antwerp as yet Another Reminder of EU law's Demand for Better Sports Governance*, in *BlogDUE*, 14 gennaio 2024.

giustizia non ha accolto le argomentazioni in materia *antitrust* formulate dall'Avvocato generale Rantos, ribaltando completamente le sue conclusioni⁵, vuoi dall'efficacia di tale sentenza, che va ben oltre il caso esaminato e investe nozioni e concetti fondamentali del diritto della concorrenza.

Il presente contributo si colloca in una limitata prospettiva di indagine, in quanto intende formulare qualche riflessione sulle principali questioni di diritto della concorrenza affrontate dalla sentenza *Superleague*, senza alcuna pretesa di completezza ed esaminando soltanto incidentalmente la complessa problematica della compatibilità delle organizzazioni sportive con il diritto dell'Unione⁶. L'obiettivo è anche, e soprattutto, quello di rispondere all'interrogativo se il *decisum* della Corte di giustizia rappresenti un'evoluzione o un'involuzione del diritto della concorrenza.

2. Il rapporto tra sport e concorrenza, tra conferme e novità

Nelle considerazioni preliminari della Corte di giustizia non sollevano particolari perplessità le affermazioni secondo cui le attività sportive di natura economica sono riconducibili alla nozione di impresa e, parallelamente, le federazioni sportive a quella di associazione di imprese⁷. È ben noto, infatti, che la nozione di impresa è piuttosto ampia e non coincide con le diverse qualificazioni nazionali, giacché comprende qualsiasi ente «che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento»⁸, con la conseguenza che gli organismi sportivi, le

⁵ Conclusioni del 15 dicembre 2022, con commento di D. BACH, F. ZIERMANN, *Empowering Monopolists? The Super League Opinion of AG Rantos*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 22 December 2022.

⁶ Sul rapporto tra diritto dell'Unione europea e sport, v., *ex multis*, S. WEATHERILL, *European sport law*, Collect papers, The Hague, 2007; M. COLUCCI, R. BLANPAIN, F. HENDRICKX, *The Future of Sport in the European Union* (eds.), The Hague, 2008; E. GREPPI, M. VELLANO (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Torino, 2010; B. NASCIBENE, S. BASTIANON, *Diritto europeo dello sport*, 2011, Torino; J. TOGNON, *Diritto e politiche dello sport nell'Unione europea*, Padova, 2016; R. PARRISH, *Sports law and policy in the European Union*, Manchester, 2018.

⁷ *Superleague*, sopra citata, punto 82 ss.

⁸ Corte giust. 28 giugno 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, punto 112; 10 gennaio 2006,

società sportive, gli agenti o altri soggetti attivi nel settore sportivo rientrano in questa nozione se svolgono attività consistenti nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato⁹.

La trama argomentativa si colloca nel solco della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, che spesso utilizza una propria terminologia superando gli ostacoli derivanti da rigidi schemi formali o ristrette qualificazioni giuridiche nazionali. In tal senso, infatti, le sentenze della Corte hanno definito una nozione autonoma di impresa, con l'obiettivo di evitare che le norme interne escludano unilateralmente persone, enti e organi dalla sfera di applicazione del diritto della concorrenza¹⁰.

Semmai, qualche elemento di novità può ravvisarsi nella reintroduzione della nozione di regole puramente sportive, adottate esclusivamente per motivi non economici e che riguardano lo sport in quanto tale, come quelle concernenti l'esclusione dei giocatori stranieri dalla composizione delle squadre partecipanti alle competizioni tra squadre rappresentative del loro Paese. Da un punto di vista formale, si ritorna alla giurisprudenza precedente all'arresto *Meca-Medina*¹¹, ma rimane sostanzialmente invariata l'impossibilità di concedere una generale sport *exemption*¹². Di fatti, l'eccezione valida per le regole

C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e a.*, punto 107; 11 luglio 2006, C-205/03 P, *FENIN/Commissione*, punto 25; 11 dicembre 2007, C-280/06, *ETI e a.*, punto 38; 14 marzo 2019, C-724/17, *Skanska Industrial Solutions e a.*, punto 36.

⁹ Al riguardo, sia consentito rinviare a R. MASTROIANNI, F. FERRARO, *Ordinamento sportivo e Diritto dell'Unione europea*, in P. DEL VECCHIO, L. GIACOMARDO, M. SFERRAZZA, R. STINCARDINI (a cura di), *La giustizia nello sport*, Napoli, 2022, p. 76.

¹⁰ V., per tutti, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, vol. II, Napoli, I ed., 2021, p. 202 ss.

¹¹ Corte giust. 18 luglio 2006, C-519/04 P, *David Meca-Medina e Igor Majcen/Commissione*. Sul punto, v. le affermazioni dell'allora direttore dell'Ufficio legale, oggi presidente della UEFA, Gianni Infantino, che descrisse la sentenza *Meca-Medina* come «un passo indietro per il modello sportivo europeo e la specificità dello sport» (così il titolo del contributo presente in editorial.uefa.com, pubblicato il 2 ottobre 2006). In base a questa sentenza, una norma puramente sportiva non implica che essa sia esclusa *ipso facto* dalla sfera di applicazione del diritto dell'Unione. V. anche S. BASTIANON, *Da Cassis de Dijon a Meca Medina: la specificità dello sport tra divieti e deroghe nel diritto dell'Unione europea*, in *DUE*, n. 3, 2017, p. 417 ss.; J. ZYLBERSTEIN, *Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina*, in *Cahiers de droit européen*, 2007, p. 213.

¹² Come noto, la sentenza *Meca-Medina*, nel confrontarsi con le normative antidoping delle federazioni sportive, ha modificato la distinzione tradizionale ricavabile dalla precedente giurisprudenza tra regole puramente sportive (sottratte al diritto

puramente sportive deve essere limitata al suo scopo e non può essere invocata per escludere l'intera attività sportiva dalla sfera di applicazione del diritto dell'Unione. Vero è che le norme e i comportamenti della FIFA e della UEFA che sono stati portati all'attenzione della Corte di giustizia, concernenti l'organizzazione e la commercializzazione delle competizioni sportive, così come lo sfruttamento dei diritti connessi, non hanno nulla a che vedere con le regole puramente sportive.

Tuttavia, l'elemento di maggiore novità contenuto nelle considerazioni preliminari della Corte di giustizia è costituito dall'aver evidenziato che le competenze dell'Unione in materia di sport derivanti dagli artt. 165 TFUE e 6, lett. e) TFUE consentono il perseguimento di un'azione piuttosto che di una politica nel settore dello sport. Questa affermazione di principio si lega alla considerazione che l'art. 165 TFUE non attribuisce valore costituzionale al modello europeo di sport¹³, visto che tale articolo non è una disposizione trasversale di portata generale né una disposizione speciale che esenta lo sport dall'applicazione del diritto dell'Unione¹⁴.

L'Avvocato generale era pervenuto a conclusioni diametralmente opposte, poiché aveva messo in risalto che l'articolo 165 TFUE manifesta il riconoscimento «costituzionale» del «modello sportivo europeo», caratterizzato da una serie di elementi, che si snodano attraverso tre linee direttrici: in primo luogo, una struttura piramidale con alla base lo sport dilettantistico e al vertice lo sport professionistico; in secondo luogo, l'obiettivo principale di promuovere competizioni aperte, accessibili a tutti in virtù di un sistema trasparente nel quale la promozione e la retrocessione mantengono un equilibrio competitivo e privilegiano il merito sportivo; infine, un regime di solidarietà

dell'Unione) e regole economiche (assoggettabili invece al diritto dell'Unione), nella parte in cui ha affermato che nel diritto dell'Unione il fatto che una norma sia puramente sportiva non implica che essa sia esclusa ipso facto dalla sfera di applicazione del diritto dell'Unione.

¹³ v. S. BASTIANON, *Is the Superleague Dead? Not yet*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, vol. XIX, 2023, p. 19.

¹⁴ Cfr. A. CIRCOLO, *Gli Statuti di FIFA e UEFA al banco di prova del diritto della concorrenza (a proposito della possibilità di una Superlega)*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2, 2021, p. 458.

finanziaria, che consente di ridistribuire e di reinvestire i ricavi generati dagli eventi e dalle attività, dal vertice ai livelli inferiori dello sport¹⁵.

Muovendo da tali premesse, l'Avvocato generale sostiene con una certa enfasi che l'articolo 165 TFUE possa fungere da norma nell'interpretazione e nell'applicazione delle disposizioni del diritto della concorrenza, segnatamente di quelle contenute negli artt. 101 e 102 TFUE. In altre parole, l'Avvocato generale colloca sullo stesso piano l'articolo 165 TFUE, da una parte, e le norme sulla concorrenza, dall'altra, non riconoscendo agli artt. 101 e 102 TFUE un'applicazione esclusiva o prevalente rispetto alle altre disposizioni, dato che i loro rapporti sono retti dal principio di specialità¹⁶.

Come detto, la Corte di giustizia non condivide questo orientamento e attribuisce all'art. 165 TFUE, in combinato disposto con l'art. 6, lett. e), TFUE, una portata limitata e un'efficacia del tutto marginale, in considerazione delle competenze deboli (*rectius*, complementari) devolute all'Unione in materia di sport, rafforzando così l'*enforcement* delle regole del diritto della concorrenza, che rientrano invece nelle competenze esclusive dell'Unione, se necessarie al funzionamento del mercato interno¹⁷. Non a caso la Corte richiama l'art. 165, par. 4, TFUE, il quale riproduce in relazione allo sport la previsione che è valida per tutte le competenze complementari (art. 2, par. 5, comma 2, TFUE) ed esclude qualsiasi armonizzazione da parte dell'Unione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

Pertanto, a trattati invariati, lo sport non beneficia di un trattamento speciale rispetto ad altri settori, senza che possano incidere, al riguardo, l'autonomia giuridica riconosciuta alle federazioni sportive

¹⁵ Conclusioni Rantos alla causa *Superleague*, cit., par. 30. Sul punto, v. J. ZGLINSKI, *Constitutionalising the European Sports Model: The opinion of Advocate General Rantos in the European Super League case*, in *London School of Economics Blog* (blogs.lse.ac.uk), 16 December 2022.

¹⁶ *Ivi*, par. 33 ss.

¹⁷ In giurisprudenza, tra le tante, v. Corte giust. 6 novembre 1984, 182/83, *Fearon*, punto 7; 2 febbraio 1989, 186/87, *Cowan*, punto 19; 1° giugno 1999, C-302/97, *Konle*, punto 38; 13 dicembre 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, punto 29; 13 aprile 2010, C-73/08, *Bressol*, punto 28; 11 dicembre 2017, C-438/05, *Viking*, punto 40; 13 novembre 2018, C-247/17, *Raugevicius*, punto 45; 26 febbraio 2019, C-202/18 e C-238/18, *Rimšēvičs*, punto 57. In dottrina, v. P. DE PASQUALE, *Competenze proprie degli Stati e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in *DPCE*, n. 2, 2019, pp. VIII e IX.

nell'emanare norme concernenti l'organizzazione dello sport e le iniziative adottate da alcune istituzioni dell'Unione per evidenziare l'importanza dello sport al di là della sua dimensione economica¹⁸.

3. *L'influenza dell'art. 106 TFUE nella valutazione degli artt. 101 e 102 TFUE*

Nell'ottica del diritto *antitrust* appare particolarmente rilevante la successiva parte motiva della sentenza *Superleague* riguardante l'estensione dei principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia con riferimento all'art. 106 TFUE nel differente ambito degli artt. 101 e 102 TFUE¹⁹.

Si riscontra questa influenza dell'art. 106 TFUE nella valutazione degli articoli 101 e 102 TFUE²⁰, nella misura in cui il giudice dell'Unione riconosce che le federazioni sportive, con funzioni di regolamentazione o quasi-regolamentazione, sono tenute a rispettare gli obblighi che si applicano agli Stati membri ai sensi dell'articolo 106 TFUE²¹. In particolare, la Corte del Lussemburgo mette sotto la lente di ingrandimento tali organizzazioni, imponendo loro di stabilire un quadro di regole (relative, ad esempio, all'approvazione preventiva, alla partecipazione e alle sanzioni), che preveda criteri sostanziali e norme procedurali dettagliate idonee a garantire che siano trasparenti, oggettive, non discriminatorie e proporzionate²².

In questa prospettiva, si menziona la sentenza *MOTOE* proprio per mettere in risalto la situazione di conflitto di interesse delle federazioni

¹⁸ Cfr. ad es., risoluzione del Parlamento europeo, del 23 novembre 2021, sulla politica dell'UE in materia di sport: valutazione e possibili vie da seguire, 2021/2058(INI).

¹⁹ V. il punto 132 ss. della sentenza *Superleague*, sopra citata; in relazione a tale giurisprudenza, v. Corte giust. 19 marzo 1991, C-202/88, *Francia/Commissione* (Terminali di telecomunicazione), punto 51; 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner e Elser*, punto 29; 18 giugno 1991, C-260/89, *ERT*, punto 37; 5 ottobre 1994, C-323/93, *Centre d'insémination de la Crespelle*, punto 18; 12 febbraio 1998, C-163/96, *Raso e a.*, punti 28 e 29; 1° luglio 2008, C-49/07, *MOTOE*, punti 38 e 51 ss.

²⁰ Sull'applicazione dell'art. 106 TFUE in combinazione con l'art. 102 TFUE, v. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Milano, 2010, in part. p. 481.

²¹ V. T. LICHTENBERG, *International Skating Union, European Super League and Royal Antwerp: The beautiful game and skating before the CJEU*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 8 January 2024.

²² *Superleague*, sopra citata, punti 135 e 136; cfr. Corte giust. 28 febbraio 2013, C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, punti da 84 a 99.

sportive, che risultano essere al tempo stesso arbitri e giocatori; di talché esse si trovano in evidente vantaggio rispetto ai loro concorrenti, potendo negare loro l'ingresso nel mercato interessato o favorire la propria attività²³. Ricordiamo che in tale pronuncia il giudice dell'Unione aveva censurato, sulla base del combinato disposto degli artt. 102 e 106 TFUE, la normativa nazionale che conferiva ad una persona giuridica il potere di emettere un parere conforme sulle domande di autorizzazione presentate ai fini dell'organizzazione di tali gare, senza fissare limiti, obblighi e controlli all'esercizio di tale potere²⁴.

Analoghe considerazioni sul duplice potere delle federazioni sportive, tanto di organizzare e commercializzare gli eventi sportivi quanto di sfruttare i diritti connessi, vengono formulate ora nella pronuncia *Superleague*. Nondimeno, in ossequio a un consolidato orientamento di stampo sostanzialista, la Corte non utilizza formalmente l'art. 106 TFUE, né richiede l'intervento di una misura statale, che costituisce una condizione fondamentale per l'applicabilità di tale articolo, giacché ritiene che gli artt. 101 e 102 TFUE siano sufficienti per contrastare i comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da UEFA e FIFA. La sentenza *ISU* chiarisce ulteriormente che gli obblighi desumibili dall'art. 106 TFUE sussistono non solo qualora lo Stato abbia concesso diritti esclusivi o speciali a un'impresa mediante misure legislative o regolamentari, bensì anche quando il potere regolamentare di un'impresa trae origine da un comportamento autonomo, ossia dall'acquisizione di una posizione dominante su un mercato che consente all'impresa di impedirne l'accesso ai concorrenti²⁵.

A bene vedere, l'Avvocato generale Rantos ha minimizzato la pericolosità del conflitto di interesse delle federazioni sportive, posto che esse sono legittimate a esercitare il loro potere autorizzatorio e

²³ *Superleague*, sopra citata, spec. punto 133.

²⁴ *MOTOE*, sopra citata, spec. punti 51 e 52. Si trattava dell'ELPA, l'Automobile e Touring Club di Grecia, che organizzava eventi motociclistici e li sfruttava commercialmente, e, allo stesso tempo, era titolare del potere autorizzativo per l'organizzazione di ulteriori gare da parte di terzi concorrenti.

²⁵ *International Skating Union/Commissione*, sopra citata, punto 126. In questi termini, T. LICHTENBERG, *op. cit.*

sanzionatorio soltanto nelle ipotesi in cui le società di calcio intendano rimanere affiliate alla Uefa e partecipare anche a una competizione alternativa²⁶.

A giudizio della Corte di giustizia, invece, non rileva la c.d. “doppia appartenenza” e il potere delle federazioni sportive deve essere soggetto a restrizioni, obblighi e controlli idonei ad eliminare il rischio di abuso di posizione dominante, in modo da non dar luogo ad una violazione dell’articolo 102 TFUE. Anzi, tali requisiti sono ritenuti ancor più necessari quando, come nel caso di specie, l’impresa in posizione dominante, con il proprio comportamento e non in virtù del riconoscimento di diritti esclusivi o speciali da parte di uno Stato membro, si pone in una situazione in cui può negare ad imprese potenzialmente concorrenti l’accesso ad un determinato mercato²⁷, disponendo di poteri di regolamentazione, di controllo e sanzionatori.

Nel configurare questa sorta di parallelismo tra le regole di concorrenza applicabile agli Stati e le regole applicabili alle imprese, sembra che la Corte si spinga al punto di applicare alle federazioni sportive la regola dell’abuso inevitabile, in virtù della quale l’impresa in posizione dominante è indotta, con il semplice esercizio del diritto esclusivo, a sfruttare il suo potere in modo abusivo²⁸, in assenza di restrizioni, obblighi e controlli nei confronti di tale impresa. In tal senso, l’espresso ancoraggio del caso in oggetto alla pertinente giurisprudenza dell’art. 106 TFUE e alle argomentazioni inerenti al rapporto tra Stati e imprese titolari di diritti esclusivi o speciali appare sintomatico dell’intenzione di utilizzare la dottrina dell’abuso inevitabile²⁹. L’obiettivo è quello di evidenziare che, pur non essendo vietata di per sé la titolarità di diritti esclusivi o speciali su un mercato, una situazione del genere non deve mettere tale impresa nella posizione di poter abusare della posizione dominante che ne deriva, ad esempio esercitando i diritti in questione in modo tale da impedire l’ingresso di

²⁶ Conclusioni Rantos alla causa *Superleague*, cit., in part. Parr. 74-78.

²⁷ V., in tal senso, *GB-Inno-BM*, sopra citata, punto 20.

²⁸ V. *Höfner e Elser*, sopra citata, punto 27.

²⁹ *Superleague*, sopra citata, spec, punti 133 e 137.

imprese potenzialmente concorrenti nel mercato interessato o in mercati collegati o contigui³⁰.

Si noti altresì che la Corte di giustizia focalizza la sua attenzione sulla giurisprudenza concernente l'art. 106, par. 1, TFUE, che è direttamente rivolto agli Stati membri, al fine di estenderne le argomentazioni nel differente contesto delle regole di concorrenza applicabili alle imprese. Il giudice dell'Unione non si sofferma, invece, sulle imprese che svolgono un servizio di interesse economico generale e sulla relativa deroga di cui all'art. 106, par. 2 TFUE, sebbene talune valutazioni generalmente effettuate dalla Corte in merito all'interpretazione di questa disposizione siano riprese, nella sostanza, nell'ambito dell'esenzione dell'art. 101, par. 3, TFUE e delle giustificazioni obiettive all'abuso di posizione dominante.

4. *L'esclusione dell'eccezione Wouters nelle restrizioni della concorrenza per oggetto*

Un ulteriore elemento di discontinuità rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte può rinvenirsi nelle statuizioni del giudice dell'Unione che escludono la giurisprudenza *Wouters*³¹ in presenza di comportamenti della concorrenza restrittivi per oggetto³².

La sentenza *Superleague* sembra rappresentare un ritorno al passato se si considera che dalla seconda metà degli anni '90, a fronte di critiche sempre più diffuse, si impose alla Commissione la necessità di un ripensamento delle modalità di applicazione del divieto di intese

³⁰ Corte giust. 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova/Siderurgica Gabrielli*, punto 14, su cui v. F. MACARIO, *Autoproduzione di servizi e tramonto dei monopoli fra normativa comunitaria e disciplina "antitrust": la vicenda delle compagnie portuali*, in *FI*, IV, 1992, Col. 229-237; 13 dicembre 1991, C-18/88, *GB-Inno-BM*, punti da 17 a 19, 24 e 25.

³¹ Corte giust. 19 febbraio 2002, C-309/99, *Wouters e a.*; v., per considerazioni più ampie, I. FORRESTER, *Where Law Meets Competition: is Wouters like Cassis de Dijon or a Platypus?*, in C.D. EHLERMANN, I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2004: The Relationship between Competition Law and the (Liberal) Professions*, Oxford, 2006, p. 271 ss.; P. MANZINI, *I Parafernali del giudizio antitrust: regola della ragionevolezza, restrizioni accessorie, divieto "per sé"*, in *GCOM*, 2003, p. 285 ss.; B. NASCIBENE, S. BASTIANON, *Avvocati, diritto comunitario e diritto nazionale: recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *CG*, 2002 p. 602 ss.

³² *Superleague*, sopra citata, punto 183.

restrittive della concorrenza, abbandonando un approccio formale, prevalentemente giuridico, per introdurre una più ampia analisi economica, che deve essere condotta in modo concreto e circostanziato. Questa lettura più economica della condotta delle imprese sul mercato è stata ulteriormente valorizzata nella successiva giurisprudenza della Corte di giustizia³³. Il mutamento di orientamento nella sentenza *Superleague* conduce ora a rivalutare l'approccio formale e, conseguentemente, a indebolire l'analisi economica nel giudizio delle restrizioni della concorrenza per oggetto.

Per la precisione, la sentenza *Superleague* cambia sensibilmente l'orientamento della giurisprudenza, nella misura in cui afferma che l'eccezione *Wouters* non si applica alle restrizioni della concorrenza per oggetto, che violano per la loro stessa natura gli artt. 101 e 102 TFUE, indipendentemente dal fatto che tali restrizioni provengano o meno da un'associazione di imprese e dagli obiettivi di interesse pubblico perseguiti.

È utile ricordare che la sentenza *Wouters* aveva consentito di escludere dall'art. 101 TFUE alcune regolamentazioni adottate dagli Ordini professionali, che consistevano nel divieto di collaborazione integrata tra avvocati e revisori dei conti, in quanto necessarie per il corretto esercizio della professione, conformemente alle modalità organizzative dello Stato membro interessato³⁴. Questo divieto sembra riconducibile alle restrizioni per oggetto, poiché è in grado di limitare, per la sua stessa natura, la produzione e lo sviluppo tecnico ai sensi dell'art. 101, n. 1, lett. b), TFUE, a prescindere dalle dimensioni degli studi di avvocati e di revisori dei conti interessati. Eppure, in questo caso la Corte aveva formulato delle argomentazioni differenti rispetto a quelle contenute nella sentenza *Superleague*, si era focalizzato anche sugli effetti prodotti dal divieto di collaborazioni tra professionisti e aveva escluso l'applicazione delle regole di concorrenza.

Peraltro, la declinazione dell'eccezione *Wouters* nell'ambito dello sport aveva condotto la Corte a precisare nella sentenza *Meca-Medina*

³³ Cfr., ad esempio, Corte giust. 11 settembre 2014, C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB)/Commissione europea*.

³⁴ Per un sunto sulle condizioni dell'eccezione, v. comunicazione della Commissione, del 9 febbraio 2004, Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali, COM(2004) 83 definitivo, pp. 18 e 19.

che un comportamento può sfuggire al divieto previsto dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE purché soddisfi le seguenti condizioni: il comportamento deve perseguire un obiettivo legittimo di interesse pubblico, il comportamento specifico deve essere effettivamente necessario per perseguire l'obiettivo e gli effetti restrittivi della concorrenza del comportamento non devono eliminare ogni concorrenza³⁵. In particolare, tale giurisprudenza si applica agli accordi o decisioni che assumono la forma di norme adottate da un'associazione di imprese, come un'associazione professionale o sportiva, al fine di realizzare determinati obiettivi etici o di principio e, più in generale, di disciplinare l'esercizio di un'attività professionale o sportiva se l'associazione interessata dimostra che le predette condizioni sono soddisfatte.

Le valutazioni dell'Avvocato generale Rantos nella causa *Superleague* coincidono solo parzialmente con l'approccio seguito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Wouters*, ma pervengono comunque a un giudizio sostanzialmente positivo dei comportamenti esaminati sotto il profilo concorrenziale. In realtà, l'Avvocato generale recepisce l'interpretazione di una parte della dottrina che riconduce l'eccezione *Wouters* nell'ambito della nozione di «restrizione accessoria»³⁶, da intendere come qualsiasi restrizione che è direttamente collegata e necessaria alla realizzazione di un'operazione principale e non riveste, di per sé, un carattere anticoncorrenziale. Sulla scorta di tale nozione, l'Avvocato generale perviene alla conclusione che il mancato riconoscimento da parte della FIFA e della UEFA di una competizione sostanzialmente chiusa, quale l'ESL, può essere considerato inerente al perseguimento di taluni obiettivi legittimi³⁷, in quanto mira a mantenere i principi della partecipazione basata sui

³⁵ *David Meca-Medina e Igor Majcen/Commissione*, sopra citata, punti 42-48; *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, sopra citata, punti 93-100; *International Skating Union/Commissione*, sopra citata, punto 111.

³⁶ Cfr. S. WEATHERILL, *A judicial coronation of the European model of sport? The conclusions of Advocate General Rantos in the Superleague case*, in *concurrences.com*, 13 January 2023.

³⁷ Conclusioni Rantos, sopra citate, par. 85 ss. (con riguardo all'art. 101 TFUE) e 131 (rispetto all'art. 102 TFUE).

risultati sportivi, delle pari opportunità e di solidarietà sui quali si fonda la struttura piramidale del calcio europeo³⁸.

Invece, la Corte di giustizia si è distaccata notevolmente tanto dalla precedente giurisprudenza *Wouters* quanto dalle conclusioni dell'Avvocato generale, con un ragionamento che può apparire non del tutto chiaro e lineare. Per la precisione, si richiamano motivazioni di coerenza tra gli artt. 101 e 102 TFUE per escludere l'eccezione *Wouters*, ritornando così a un'analisi puramente formale degli accordi restrittivi della concorrenza per oggetto³⁹. In base a tale orientamento, le intese che hanno oggetto anticoncorrenziale rientrano nella sfera di applicazione del divieto dell'art. 101 TFUE senza che sia necessario esaminare gli effetti reali o potenziali né, quindi, gli obiettivi legittimi perseguiti dalle imprese o dalle associazioni di imprese. Da ciò consegue un cambiamento significativo se si considera che l'analisi da effettuare è diversa a seconda che la condotta in questione abbia per "oggetto" o per "effetto" di impedire, restringere o falsare la concorrenza, essendo ciascuna di tali nozioni soggetta a regole giuridiche e probatorie sensibilmente differenti⁴⁰.

Senonché, la sentenza sul calcio menziona tra le *hardcore restrictions* proprio le limitazioni alla capacità produttiva, venute in rilievo nella precedente sentenza *Wouters*, oltre le intese orizzontali che portano alla fissazione dei prezzi e alla ripartizione dei clienti. Al tempo stesso, la Corte di giustizia sottolinea che possono rientrare nell'ambito delle restrizioni per oggetto vietate dall'art. 101, par. 1, TFUE alcuni tipi di accordi orizzontali diversi dai cartelli, come quelli che comportano l'esclusione delle imprese concorrenti dal mercato⁴¹ o talune tipologie di decisioni di associazioni di imprese⁴².

Al fine di determinare se l'intesa, per sua stessa natura, abbia oggetto anticoncorrenziale, si evidenzia poi la necessità, costantemente

³⁸ Cfr. P. IBÁÑEZ COLOMO, *Competition Law and Sports Governance: Disentangling a Complex Relationship*, in *World Competition*, n. 3, 2022, vol. 45, p. 337.

³⁹ *Superleague*, sopra citata, punto 186.

⁴⁰ *Ivi*, punto 160.

⁴¹ Cfr. Corte giust. 30 gennaio 2020, C-307/18, *Generics (UK) e a.*, punti 76, 77, da 83 a 87 e 101; 25 marzo 2021, C-591/16 P, *Lundbeck/Commissione*, punti 113 e 114.

⁴² V., in tal senso, Corte giust. 27 gennaio 1987, 45/85, *Verband der Sachversicherer/Commissione*, punto 41.

ribadita dalla giurisprudenza della Corte⁴³, di esaminare il contenuto dell'intesa, il contesto economico e giudico in cui si inserisce e i suoi obiettivi.

Per rendersi conto di questo diverso approccio, basta confrontare la sentenza in oggetto con quella *Super Bock*⁴⁴, dove la Corte ha statuito che l'esistenza di effetti favorevoli alla concorrenza può far sorgere ragionevoli dubbi sul fatto che un accordo abbia causato un danno alla concorrenza sufficiente per essere classificato come una restrizione "per oggetto". Per contro, la sentenza *Superleague* si colloca in una prospettiva formale e per questo ritiene che l'esistenza di effetti favorevoli alla concorrenza e, più in generale, l'eccezione *Wouters* non possano incidere sulla qualificazione delle restrizioni per oggetto.

Ad ogni modo, le intese restrittive della concorrenza o gli abusi di posizione dominante restrittivi della concorrenza per oggetto possono beneficiare, rispettivamente, di un'esenzione ex art. 101, par. 3, TFUE o di una giustificazione obiettiva, se sono soddisfatte determinate condizioni. Da un lato, vengono in rilievo le quattro condizioni cumulative dell'art. 101, par. 3, TFUE, che consistono nel i) contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico; ii) riservare agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva; iii) non imporre restrizioni della concorrenza non indispensabili al raggiungimento di tali obiettivi; e iv) non essere suscettibile di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale del mercato rilevante. Dall'altro lato, il comportamento dell'impresa in posizione dominante può essere giustificato se oggettivamente necessario e se l'effetto escludente prodotto sia controbilanciato dai vantaggi in termini di efficienza anche a favore del consumatore⁴⁵.

⁴³ v., Corte giust. 11 settembre 2014, C-67/13 P, *CB/Commissione*, punto 53; 23 gennaio 2018, C-179/16, *F. Hoffmann - La Roche e a.*, punto 79.

⁴⁴ Corte giust. 29 giugno 2023, C-211/22, *Super Bock Bebidas*. In merito all'approccio sostanziale della Corte, cfr. P. IBÁÑEZ COLOMO, *Case C-211/22, Super Bock: the Binon (formalistic) era is over, and vertical price-fixing is no longer the odd one out*, in *Chillin' Competition*, 3 July 2023. Stesso dicasi per il caso *Slovak Telekom/Commissione*: Corte giust. 25 marzo 2021, C-165/19 P.

⁴⁵ Per la precisione, spetta all'impresa dominante dimostrare, in primo luogo, che il suo comportamento può consentire di realizzare incrementi di efficienza dimostrando l'effettiva esistenza e la portata di tali incrementi; in secondo luogo, che tali incrementi di efficienza contrastano i probabili effetti dannosi di tale comportamento

A ben vedere, siffatte condizioni consentono comunque una valutazione degli effetti, ma si inscrivono in un quadro di regole ormai ben definito e risultano più rigorose di quelle della giurisprudenza *Wouters*, ai fini dell'esenzione dai divieti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE anziché di un'esclusione dalla sfera di applicazione di queste disposizioni sulla concorrenza.

5. Considerazioni finali sui passi avanti o indietro del diritto della concorrenza

In conclusione, la sentenza della Corte di giustizia va ben oltre la *querelle* della disciplina dell'organizzazione, della commercializzazione e dello sfruttamento dello sport, in quanto comporta rilevanti conseguenze sul piano *antitrust* da un triplice punto di vista.

Per un verso, il conflitto tra la competenza dell'Unione in materia di sport derivante dall'art. 165 TFUE e quella nel settore della concorrenza viene risolta dalla Corte di giustizia in favore di quest'ultima. Per altro verso, il giudice dell'Unione estende l'ambito di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE nella misura in cui riprende e adatta le considerazioni formulate nella giurisprudenza in relazione alle regole di concorrenza applicabili agli Stati, segnatamente quelle elaborate con specifico riferimento all'art. 106, par. 1, TFUE. Per altro verso ancora, ridimensiona l'analisi economica degli effetti della concorrenza a vantaggio di una valutazione formalistica degli artt. 101 e 102 TFUE, con l'obiettivo di ricalibrare e limitare la portata dell'eccezione *Wouters*.

Le novità introdotte dalla sentenza *Superleague* possono rappresentare un passo avanti o indietro, e conseguentemente essere giudicate positivamente o negativamente, a seconda dei punti di vista e dei risultati concreti che saranno in grado di produrre anche nei

sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori nel mercato o nei mercati interessati; in terzo luogo, che tale comportamento è necessario per il conseguimento di tali guadagni di efficienza; e, in quarto luogo, che non elimina la concorrenza effettiva, eliminando tutte o la maggior parte delle fonti esistenti di concorrenza reale o potenziale: v., in tal senso, Corte giust. 27 marzo 2012, C-209/10, *Post Danmark*, punto 42.

confronti dei consumatori. La Commissione e le autorità nazionali di concorrenza non possono che valutare positivamente queste novità che rafforzano sul piano giuridico le regole *antitrust* e circoscrivono l'analisi economica, la quale generalmente richiede da parte loro un'attività piuttosto complessa e onerosa. Il giudizio cambia, *ça va sans dire*, per le imprese chiamate a difendersi nei procedimenti *antitrust*, che troveranno maggiori difficoltà nel far valere le proprie argomentazioni di carattere economico per giustificare i loro comportamenti formalmente restrittivi della concorrenza.

È il caso poi di rilevare che appare condivisibile l'affermazione della Corte di giustizia in ordine al rapporto tra sport e concorrenza, poiché le caratteristiche proprie dello sport non possono escludere l'applicazione del diritto *antitrust*. Peraltro, questo e altri passaggi della sentenza rappresentano un monito per le federazioni sportive a rispettare, nell'esercizio della loro autonomia, i principi di diritto dell'Unione, posto che i comportamenti finora adottati difettano di trasparenza e non garantiscono un *level playing field* tra le imprese.

A prescindere dall'infondata rivendicazione della specialità dello sport rispetto ad altri settori e lasciando in disparte le legittime preoccupazioni derivanti dalla nascita di una competizione riservata alle società sportive con maggiori disponibilità economiche e finanziarie, un osservatore attento delle dinamiche evolutive della giurisprudenza della Corte di giustizia non può fare a meno di rilevare che sorge l'esigenza sia di chiarire meglio la portata delle novità introdotte, sia di trovare un giusto equilibrio tra l'*enforcement* delle regole di concorrenza e la valutazione concreta degli effetti che i comportamenti delle imprese/associazioni di imprese producono sul mercato. Si riscontra, infatti, un comportamento altalenante della Corte di giustizia, che utilizza un approccio sostanzialistico nel recepimento delle argomentazioni proprie dell'art. 106 TFUE, pur in assenza di un intervento statale, mentre si avvale di un'analisi formale nell'esclusione dell'eccezione *Wouters* in presenza di restrizioni per oggetto della concorrenza.

Pertanto, anche se è indubbio un rafforzamento delle autorità *antitrust*, dell'Unione e nazionali, nel contrastare i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e delle associazioni di imprese, nonché un conseguente indebolimento delle possibili giustificazioni, allo stato

appare ancora prematuro un giudizio definitivo sulle effettive conseguenze derivanti dalla sentenza *Superleague*. Soltanto la prassi decisionale della Commissione e la giurisprudenza della Corte di giustizia potranno fornire i necessari chiarimenti e consentire una risposta più accurata e completa all'interrogativo iniziale in merito all'evoluzione o involuzione del diritto della concorrenza.

ABSTRACT (ITA)

Il presente contributo intende soffermarsi sulla recente sentenza della Corte di giustizia resa nel caso *Superleague*, ma collocandosi in una limitata prospettiva di indagine, in quanto intende formulare talune riflessioni su tre principali questioni di diritto della concorrenza da essa affrontate nella pronuncia, vale a dire il “conflitto” tra la competenza dell’Unione in materia di sport (art. 165 TFUE) e quella nel settore *antitrust*, l’influenza dell’art. 106 TFUE nella valutazione degli artt. 101 e 102 TFUE e l’esclusione dell’eccezione *Wouters* nelle restrizioni della concorrenza per oggetto. L’obiettivo è anche, e soprattutto, quello di rispondere all’interrogativo se il *decisum* della Corte di giustizia rappresenti un’evoluzione o un’involuzione del diritto della concorrenza dell’Unione europea.

ABSTRACT (ENG)

The paper aims to focus on the recent judgment of the Court of Justice in the *Superleague* case, but with a limited investigative perspective. It intends to propose reflections on three main competition law issues addressed in the ruling, namely the ‘conflict’ between the EU competence in sports matters (Article 165 TFEU) and the one in the antitrust, the influence of Article 106 TFEU in assessing Articles 101 and 102 TFEU, and the exclusion of the *Wouters* exception in restrictions of competition by object. The goal is also, and above all, to answer the question of whether the Court’s *decisum* represents an evolution or an involution of EU competition law.