

Enel: la Corte di giustizia conferma l'abuso di posizione dominante

Benedetta Minucci (Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”) – 15 giugno 2022

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La “atipicità” del caso in esame. – 3. Il ruolo del benessere dei consumatori nell'accertare una violazione dell'art. 102 TFUE. – 4. La rilevanza degli “effetti effettivi”. – 5. L'elemento intenzionale dell'impresa. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Con pronuncia resa lo scorso 12 maggio nella [causa C-377/20](#), la Corte di giustizia torna ancora una volta sulla nozione di abuso di posizione dominante, chiarendo le condizioni in presenza delle quali la condotta di un'impresa, alla luce dei suoi effetti anticoncorrenziali, possa dirsi in violazione dell'art. 102 TFUE.

In particolare, la sentenza che qui si commenta appare meritevole di segnalazione poiché la Corte, lungi dal fornire linee-guida applicabili a tutte le pratiche potenzialmente abusive, sembra aver adattato la sua analisi alle specifiche del caso, e l'esito cui essa giunge è supportato da un quadro analitico che intanto funziona, in quanto calato nel contesto in esame.

Invero, la controversia nella causa principale si inserisce nel contesto della graduale liberalizzazione del mercato della vendita di energia elettrica in Italia. Più precisamente, la Enel S.p.A., l'impresa verticalmente integrata monopolista della produzione di energia elettrica e operante nella distribuzione di quest'ultima, è stata assoggettata ad un procedimento di separazione, al fine di garantire condizioni di accesso trasparenti e non discriminatorie alle altre infrastrutture. Al termine di tale procedura, le diverse fasi del processo di distribuzione sono state attribuite a società figlie distinte, vale a dire al Servizio Elettrico Nazionale (d'ora in avanti SEN) e alla Enel Energia S.p.A. (d'ora in avanti EE).

Tuttavia, sulla base di diverse segnalazioni di singoli consumatori che denunciavano l'utilizzo illecito, da parte degli operatori che appartenevano al gruppo Enel, di informazioni commercialmente sensibili, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha avviato un procedimento istruttorio. E, all'esito di tale istruttoria, ha adottato una decisione con la quale ha constatato che il SEN e la EE, con il coordinamento della loro società

madre ENEL, avevano posto in essere, dal gennaio 2012 e fino al maggio 2017, un abuso di posizione dominante e, di conseguenza, ha comminato loro, in solido, una sanzione pecuniaria, il cui importo è stato successivamente ridotto alla somma di EUR 27,5 milioni circa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio. La condotta contestata è consistita nell'attuazione di una strategia escludente volta a trasferire la clientela del SEN, in quanto gestore storico del mercato tutelato, alla EE, fornitore di energia elettrica nel mercato libero, per scongiurare il rischio di un passaggio in massa dei clienti del SEN verso nuovi fornitori al momento della successiva apertura del mercato in questione alla concorrenza.

2. In via preliminare, preme rimarcare come il comportamento in questione sia stato giustamente descritto come “atipico”, in quanto non si adatta perfettamente a un quadro giuridico riconosciuto in materia di concorrenza, come la compressione dei margini o il rifiuto di trattare. Ciò è importante, in quanto le Autorità Garanti della Concorrenza sono generalmente riluttanti ad indagare su pratiche che non possono facilmente classificare in una categoria nota, anche se l'elenco delle pratiche abusive di cui all'articolo 102 TFUE non è esaustivo (cfr. D. KATSIFIS, *The judgment of the Court of Justice in Servizio*, in *The Platform Law Blog*, 23 May 2022).

In particolare, il comportamento in questione riguarda l'uso asseritamente abusivo di una banca dati e soprattutto l'uso discriminatorio degli elenchi dei clienti, acquisiti durante il monopolio legale. In altri termini, ai clienti di SEN è stato chiesto separatamente se desiderassero ricevere offerte commerciali da società del gruppo ENEL, da un lato, e da altri fornitori, dall'altro. L'elenco dei clienti che desideravano ricevere offerte dal gruppo ENEL è stato poi fornito a EE, che è stata, quindi, in grado di utilizzarlo per pubblicità commerciale mirata. Ciò vale a dire che si è posto in essere lo sfruttamento di risorse o di mezzi di cui l'impresa dispone, in forza del suo precedente monopolio e che, pertanto, non sono disponibili ai suoi concorrenti, al preminente fine di conservare una posizione dominante sul mercato liberalizzato, con modalità che esulano dai suoi stessi meriti.

Come sottolineato dal giudice dell'Unione, una simile strategia è preclusa ad un ipotetico concorrente il quale, benché altrettanto efficiente, non detiene una posizione dominante sul mercato di cui trattasi, non gode di tali risorse e è materialmente o razionalmente impossibilitato ad imitare la pratica in questione, con evidente pregiudizio alla sua capacità di competere e di contendere quote di mercato (punto 78).

3. Ciò premesso, la pronuncia ha offerto alla Corte l'opportunità di affrontare alcune questioni fondamentali relative al nucleo normativo dell'abuso di posizione dominante.

In primo luogo, la Corte di giustizia ha risolto la questione se la funzione dell'art. 102 TFUE 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.

A tal riguardo, vale la pena ricordare come, secondo una costante giurisprudenza, la “nozione di sfruttamento abusivo di posizione dominante”, ai sensi dell’art. 102 TFUE, sia una nozione oggettiva che riguarda i comportamenti di un’impresa in posizione dominante che, su un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera tale impresa, il grado di concorrenza è già sminuito, abbiano l’effetto di ostacolarla ulteriormente, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia il livello competitivo tra prodotti o servizi. In tal senso, l’obiettivo è di 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 (v. sentenza del 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics*, punto 148).

Per contro, detta disposizione non osta a che, in virtù di una concorrenza necessariamente basata sui meriti, scompaiano o siano comunque emarginati sul mercato in questione concorrenti meno efficienti e, dunque, meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell’innovazione (v. sentenza del 6 settembre 2017, causa C-413/14, *Intel c. Commissione*, punto 134).

Alla luce di quanto enunciato nelle sentenze appena richiamate, la nuova pronuncia del giudice dell’Unione non ha sollevato, relativamente a tale profilo, alcuna novità, presentandosi come una mera convalida dell’approccio già precedentemente delineato.

Infatti, per rispondere a quanto richiesto, il giudice dell’Unione ribadisce 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. Pertanto, un’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato assolve l’onere della prova a suo carico se dimostra che una pratica di un’impresa in posizione dominante sia idonea a pregiudicare una struttura di effettiva concorrenza, senza che sia necessario dimostrare che tale pratica ha, in aggiunta, la capacità di arrecare un danno diretto ai consumatori. Nondimeno, l’impresa dominante in questione può sottrarsi al divieto di cui all’art. 102 TFUE, dimostrando che gli effetti anticoncorrenziali che possono derivare dalla pratica siano controbilanciati, se non addirittura superati, da effetti positivi per i consumatori, in particolare in termini di qualità e di innovazione (punti 46-48).

Pertanto, le osservazioni della Corte paiono essere meno radicali di quanto potrebbero sembrare, e l’obiettivo del benessere dei consumatori assurge a elemento chiarificatore del rapporto tra la classificazione di un determinato comportamento come abusivo e la possibilità di poterlo giustificare in maniera oggettiva (cfr. J. LINDEBOOM, *Towards a Unified Judicial Philosophy of Article 102 TFEU? Servizio Elettrico Nazionale SpA*, in *eulawlive.com*, 6 June 2022).

4. La seconda e fondamentale questione pregiudiziale concerne la necessità (o meno) da parte dell'impresa dominante di provare che, nonostante l'astratta idoneità dell'effetto restrittivo, la condotta sia risultata priva di concreta offensività; e in caso affermativo, se l'AGCM sia tenuta a esaminare approfonditamente e dettagliatamente gli elementi di prova prodotti dall'impresa.

Anzitutto, occorre rilevare che, la Corte, cristallizzando la giurisprudenza esistente sul punto, ha ribadito che il carattere abusivo di un comportamento presuppone che esso abbia avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre effetti di esclusione dal mercato (v., in tal senso, sentenza del 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera Sverige*; sentenza del 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics*, punto 154), e precisa che tale valutazione debba essere effettuata alla luce di tutte le circostanze di fatto che accompagnano detto comportamento.

Di talché, nel caso in cui, nel corso del procedimento amministrativo, un'impresa dominante sostenga, sulla base di elementi di prova, che il suo comportamento non abbia avuto la capacità di restringere la concorrenza, l'AGCM è tenuta a verificare, in modo accurato e imparziale, se, nelle circostanze del caso di specie, la condotta in questione potesse avere invece una tale attitudine. Così, conformemente al diritto di essere ascoltato, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione e che trova applicazione ogni qualvolta un'amministrazione si proponga di adottare un atto idoneo ad arrecare pregiudizio, le Autorità hanno l'obbligo di ascoltare l'impresa interessata e prestare l'attenzione necessaria alle osservazioni presentate da quest'ultima; non potendo, in caso contrario, procedere all'adozione di una decisione di infrazione.

Ciò detto, occorre ricordare che la qualificazione di una pratica di un'impresa in posizione dominante come abusiva non impone di dimostrare che il suo risultato escludente sia stato raggiunto, mirando più semplicemente a sanzionare lo sfruttamento irregolare di una o più imprese e ciò indipendentemente dall'eventuale esito fruttuoso di un simile comportamento. Come ha osservato l'avvocato generale Rantos, nelle sue conclusioni presentate lo scorso 9 dicembre, ciò è in linea con il fatto che l'analisi di cui all'art. 102 TFUE è di natura prospettica e preventiva e non attende che si concretizzino effetti anticoncorrenziali.

Alcuni riferimenti tratti dalla giurisprudenza recente della Corte possono essere indicativi al riguardo. Nella sentenza *TeliaSonera*, precedentemente citata, ad esempio, la Corte ha precisato espressamente che la circostanza che il risultato perseguito, cioè l'esclusione dei concorrenti, non venga raggiunto non può certo escludere la qualificazione di abuso; nella sentenza *Tomra* (causa C-549/10), la Corte ha poi dichiarato che, "per accertare un abuso di posizione dominante (...), è sufficiente dimostrare che il comportamento dell'impresa mira a restringere la concorrenza o che è tale da avere o da poter avere un simile effetto". Seguendo la stessa logica, per quanto riguarda comportamenti relativi ad un sistema di sconti, nella sentenza *Post Danmark*

II (causa C-23/14), la Corte ha indicato che la valutazione della capacità di un sistema di sconti di restringere la concorrenza mira a determinare se il comportamento dell'impresa porti all'esclusione anche solo probabile dei concorrenti a danno della concorrenza e, di conseguenza, degli interessi dei consumatori.

Pertanto, l'eventuale prova addotta da un'impresa circa l'assenza di effetti escludenti concreti non può essere considerata sufficiente, di per sé, ad escludere l'applicazione dell'art. 102 TFUE (punto 55).

Nella presente causa, la circostanza su cui le società di cui trattasi si basano per contestare l'esistenza effettiva di un abuso, vale a dire che la EE abbia ottenuto – mediante l'utilizzo delle liste SEN – solo lo 0,002% dei clienti del mercato tutelato, non vale a esonerare le stesse dalla asserita violazione dell'art. 102 TFUE. Nondimeno, tale elemento può costituire un indizio dell'incapacità della condotta in questione di produrre effetti anticoncorrenziali, che, tuttavia, dovrà essere integrato da ulteriori elementi rilevanti, esplicativi di tale inidoneità (per un commento cfr. P. I. COLOMO, *On Case C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale: as efficient competitor principle and effects*, in *chillingcompetition.com*, 28 May 2022).

Nel complesso, quindi, tale approccio può essere considerato come uno sforzo della Corte volto a trovare un equilibrio. Da un lato, un'impresa in posizione dominante non può sottrarsi alla responsabilità, deducendo la mera assenza di effetti concreti sul mercato. D'altro canto, l'AGCM non può da parte sua ignorare tali prove.

5. La sentenza si è soffermata anche sulla rilevanza dell'intenzione dell'impresa dominante, per valutare l'abusività di un comportamento. A tal riguardo, la Corte ha sottolineato, a più riprese, la nozione oggettiva dello sfruttamento abusivo di una posizione dominante, sussistente perciò anche in assenza di colpa. Vale a dire che, salvo casi eccezionali, per constatare l'avvenuta violazione dell'art. 102 TFUE, un'AGCM non è affatto tenuta a dimostrare l'esistenza di un intento anticoncorrenziale che anima l'impresa in posizione dominante. Ne consegue che il movente soggettivo non figura fra gli elementi costitutivi dell'abuso.

Nondimeno, la prova di una simile intenzione, pur non essendo sufficiente di per sé sola, costituisce una circostanza di fatto che può, senza dubbio, essere presa in considerazione. Infatti, la Corte ha dichiarato che la Commissione, nell'ambito del suo esame e ai fini dell'identificazione di un eventuale abuso, è tenuta a considerare tutte le circostanze pertinenti e che tale esercizio include parimenti una valutazione della strategia commerciale perseguita. In tale contesto, appare normale evocare fattori di natura soggettiva, ossia i motivi che sono sottesi al comportamento in esame. A tal proposito, la Commissione ha indicato che le prove dirette di una strategia escludente costituiscono uno degli elementi generalmente adottati per valutare non solo se sia probabile che un presunto comportamento abusivo determini una preclusione anticoncorrenziale, ma anche per interpretare il comportamento dell'impresa dominante. Trattandosi, dunque, di una delle tante circostanze di fatto che

possono essere prese in considerazione ai fini della determinazione di un abuso, spetta alla sola Autorità stabilire il valore probatorio della stessa.

6. Ciò detto, è oramai noto come il concetto di abuso di posizione dominante sia piuttosto labile, risultando la sua definizione possibile soltanto facendo riferimento alle sue diverse manifestazioni empiriche. Non a caso, la sottile linea che funge da discriminante tra condotta legittima e condotta abusiva viene spesso tracciata in relazione al caso concreto e quale risultante di un'attenta disamina dei profili fattuali, come – nel caso di specie – l'uso di informazioni non acquisite nel merito e un mercato recentemente liberalizzato in cui la concorrenza è giocoforza più fragile.

Nondimeno, i principi specificati nella pronuncia in esame non potranno non essere applicati anche ad altre fattispecie, molte delle quali già costituendo regole generali affermate nella giurisprudenza della Corte. Ad esempio, occorre ribadire, che la non necessità dell'elemento intenzionale costituisce un principio da tempo consolidato nella giurisprudenza sulle *predatory pricing* (v., in tal senso, le conclusioni dell'avvocato generale Mazak, del 25 settembre 2008, causa C-202/07, *France Télécom SA c. Commissione* e la più risalente sentenza del 3 luglio 1991, causa C-62/86, *Akzo c. Commissione*, punto 65).

Ragion per cui si tratta di una pronuncia di notevole importanza non soltanto per il settore dell'energia elettrica, in considerazione delle conseguenze di sistema che interesseranno le dinamiche interne al mercato della vendita della stessa, ma anche per il settore della concorrenza, avendo la Corte individuato analiticamente le condizioni in presenza delle quali si possa ritenere sussistente uno sfruttamento abusivo di posizione dominante da parte di gruppi societari *ex monopolisti*.