



L'avvocato generale Rantos precisa i criteri per qualificare come abusivo uno sfruttamento di posizione dominante in materia di pratiche di esclusione

Un operatore storico può mettere in atto pratiche intese a mantenere la propria clientela, anche nell'ambito di un processo di liberalizzazione, ma non deve tenere comportamenti che, sfruttando i vantaggi risultanti dal monopolio legale, possano avere l'effetto di escludere i nuovi concorrenti considerati altrettanto efficienti

La causa si inserisce nel contesto del processo di liberalizzazione del mercato della fornitura al dettaglio dell'energia elettrica in Italia. La Enel S.p.A. (Enel), l'impresa verticalmente integrata monopolista della produzione di energia elettrica in Italia e attiva nella sua distribuzione, è stata assoggettata ad un procedimento di separazione (*unbundling*), al fine di garantire condizioni di accesso trasparenti e non discriminatorie alle infrastrutture essenziali di produzione e di distribuzione. A seguito di tale procedimento, le varie fasi del processo di distribuzione sono state attribuite a imprese distinte.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha avviato un procedimento istruttorio sull'asserita strategia attuata dalle tre società del gruppo Enel diretta, in sostanza, a rendere più difficile l'ingresso dei concorrenti nel mercato liberalizzato. Al termine di tale istruttoria, l'AGCM ha adottato una decisione che ha constatato che tali società si erano rese colpevoli di un abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 102 TFUE. Più precisamente, coordinati dalla società madre Enel, il Servizio Elettrico Nazionale S.p.A. (SEN), gestore del «servizio di maggior tutela», ossia del mercato tutelato di fornitura ai clienti cosiddetti «vincolati», composti dai clienti domestici e dalle piccole imprese, e la Enel Energia S.p.A. (EE), fornitore di energia elettrica nel mercato libero, avrebbero attuato una strategia di esclusione dal libero mercato consistente nell'utilizzazione discriminatoria di dati relativi alla clientela del mercato tutelato che, prima della liberalizzazione, erano in possesso del SEN, consentendo così di lanciare offerte commerciali presso tale clientela al fine di farla «transitare» all'interno del gruppo, ossia dal SEN verso la EE.

Di conseguenza, l'AGCM ha comminato alle summenzionate società, in solido tra loro, un'ammenda, il cui importo è stato successivamente ridotto alla somma di EUR 27 529 786,46 dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia).

Adito dalle società del gruppo Enel, il Consiglio di Stato (Italia) ha sottoposto alla Corte una serie di questioni relative all'interpretazione e all'applicazione dell'**articolo 102 TFUE** in materia di pratiche di esclusione.

Nelle sue conclusioni presentate in data odierna, l'avvocato generale Athanasios Rantos rileva, anzitutto, che la presente causa offre alla Corte l'occasione di affrontare una problematica più ampia dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE ai mercati liberalizzati, quella di un comportamento abusivo poggiante su un vantaggio concorrenziale che un operatore storico ha legittimamente «ereditato» dal suo monopolio legale, come la clientela. Egli osserva poi che la Corte potrà cristallizzare la giurisprudenza scaturita dalle sentenze *TeliaSonera*¹, *Post Danmark I*² e *II*³,

¹ Sentenza del 17 febbraio 2011, *TeliaSonera Sverige*, [C-52/09](#).

² Sentenza del 27 marzo 2012, *Post Danmark*, [C-209/10](#).

³ Sentenza del 6 ottobre 2015, *Post Danmark*, [C-23/14](#).

Intel ⁴ e Generics (UK) ⁵, nelle quali essa si è mostrata aperta ad un approccio meno formale nella valutazione del carattere abusivo di un comportamento. Infine, ritiene che le indicazioni apportate potranno rivelarsi utili per valutare i comportamenti connessi all'uso di dati sotto il profilo dell'articolo 102 TFUE.

Per quanto riguarda la nozione di «**sfruttamento abusivo**», l'avvocato generale sottolinea, anzitutto, che essa è fondata sulla valutazione oggettiva della capacità di un comportamento di restringere la concorrenza, senza che la qualificazione giuridica di tale comportamento in altre branche del diritto sia decisiva. Pertanto, la legittimità del comportamento di cui al procedimento principale sotto il profilo del diritto civile e della disciplina normativa del trattamento dei dati personali non può escludere la qualificazione del comportamento come «abusivo» ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

Egli osserva poi che, nell'ambito di pratiche escludenti, il comportamento sanzionato dall'articolo 102 TFUE è quello che osta alla conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o allo sviluppo della medesima. Ne consegue che la capacità di produrre un effetto restrittivo nel mercato, come un effetto preclusivo anticoncorrenziale, costituisce l'elemento essenziale per la qualificazione di un comportamento come abusivo. Tuttavia, un effetto preclusivo non pregiudica necessariamente il gioco della concorrenza, nella misura in cui, per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti. Pertanto, affinché un comportamento sia qualificato come abusivo, è necessario che esso sia capace di produrre un effetto restrittivo nel mercato di riferimento. A tal riguardo, l'avvocato generale Rantos constata che la dimostrazione che un'impresa dominante abbia fatto ricorso a mezzi diversi da quelli rientranti in una concorrenza «normale» non si riferisce a un «quid pluris di antiggiuridicità» rispetto all'obbligo di dimostrare un effetto preclusivo anticoncorrenziale. Infatti, a suo avviso, questi due requisiti si iscrivono nell'ambito di una sola e medesima analisi.

Rispondendo alla richiesta del giudice del rinvio di tracciare una linea di demarcazione fra le pratiche che rientrano in una concorrenza «normale» (alla quale deve essere attribuito lo stesso significato della «concorrenza basata sui meriti») e quelle che non vi rientrano, l'avvocato generale fa presente che la nozione di «concorrenza basata sui meriti» non si ricollega ad una forma precisa di pratiche e non può essere definita in modo da consentire di determinare, a monte, se un comportamento la integri o meno. Pertanto, una pratica descritta come «atipica», come quella di cui al procedimento principale, la quale non si ricollega ad una pratica elencata all'articolo 102 TFUE, può costituire anch'essa una pratica abusiva. Infatti, la questione se una pratica di esclusione rientri nei mezzi conformi ad una concorrenza basata sui meriti è strettamente connessa al contesto fattuale, giuridico ed economico di tale pratica. Tuttavia, elementi comuni possono essere ricavati dalla giurisprudenza della Corte. In primo luogo, la «concorrenza basata sui meriti» deve essere interpretata in stretta correlazione con il principio secondo il quale l'impresa in posizione dominante è «tenuta in modo particolare» a non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva. A tal riguardo, l'avvocato generale sottolinea che tale «responsabilità particolare» si applica a tutte le imprese dominanti, inclusi gli operatori storici precedentemente detentori di un monopolio, come l'Enel. In secondo luogo, un comportamento che si discosti manifestamente dalle pratiche abituali del mercato potrebbe essere considerato un elemento fattuale rilevante ai fini della valutazione del carattere abusivo. In terzo luogo, senza pretese di esaustività, egli osserva che i comportamenti che non rientrano nella nozione di «concorrenza basata sui meriti» sono caratterizzati generalmente dal fatto di non fondarsi su ragioni economiche evidenti o obiettive. In quarto luogo, tale nozione riguarda, in generale, una situazione di concorrenza nella quale i consumatori traggono beneficio grazie a prezzi inferiori, migliore qualità e più ampia scelta di beni e servizi nuovi o più funzionali.

Infine, l'avvocato generale ritiene che, nella specie, gli operatori storici, allorché sono soggetti alla libera concorrenza, debbano anch'essi poter ottimizzare i loro profitti. L'Enel è allora sicuramente autorizzata a porre in essere (anzi, è supposta porre in essere) pratiche dirette a mantenere la sua clientela, tuttavia, a causa della sua «responsabilità particolare», non deve tenere comportamenti

⁴ Sentenza del 6 settembre 2017, Intel/Commissione, [C-413/14 P](#) (v. [CS n. 90/17](#)).

⁵ Sentenza del 30 gennaio 2020, Generics (UK) e a., [C-307/18](#) (v. [CS n. 8/20](#)).

che, sfruttando i vantaggi risultanti dal monopolio legale, possano avere l'effetto di escludere i nuovi concorrenti considerati altrettanto efficienti. È dunque rilevante valutare, secondo l'avvocato generale, la capacità dei concorrenti di imitare i comportamenti dell'impresa dominante e, segnatamente, verificare se, sulla base delle informazioni presunte note all'Enel, i concorrenti avrebbero potuto avere accesso, in maniera economicamente redditizia, a dati comparabili, quanto ad utilità, ai dati relativi alla clientela del mercato tutelato dell'Enel. Tale esame può essere rivelatore dell'idoneità potenziale del comportamento dell'Enel a produrre o meno effetti di compartimentazione e, pertanto, della sua conformità ad una concorrenza basata sui meriti.

Per quanto riguarda l'**interesse protetto** dall'articolo 102 TFUE, l'avvocato generale indica che l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso mira a vietare non solo le pratiche di esclusione che possono causare un danno immediato ai consumatori, il che costituisce lo scopo ultimo di tale disposizione, ma anche i comportamenti che possono arrecare loro pregiudizio indirettamente, per il fatto di incidere sulla struttura del mercato. Incombe alle autorità garanti della concorrenza dimostrare che una siffatta pratica escludente arreca pregiudizio alla struttura di effettiva concorrenza, verificando al contempo che essa sia parimenti idonea a causare un danno attuale o potenziale a tali consumatori.

Per quanto riguarda l'**accertamento dell'esistenza di una violazione** dell'articolo 102 TFUE, l'avvocato generale ritiene che un'autorità garante della concorrenza sia tenuta a dimostrare, avuto riguardo a tutte le circostanze rilevanti e tenuto conto in particolare degli elementi di prova invocati dall'impresa in posizione dominante, che il comportamento di tale impresa avesse la capacità di restringere la concorrenza. A tal riguardo, sarebbe contrario alla logica inerente a tale disposizione, che è di natura anche preventiva, dover attendere che gli effetti anticoncorrenziali si producano nel mercato per poter constatare legalmente l'abuso. Pertanto, prove prodotte ex post da un'impresa al fine di dimostrare l'assenza di effetti anticoncorrenziali non possono avere una funzione esoneratoria né trasferire l'onere della prova in capo all'autorità garante della concorrenza, in modo che sia tenuta a dimostrare la concreta materializzazione di un danno derivante dal comportamento contestato. Nondimeno, sotto il profilo procedurale, questo tipo di prove deve essere preso in considerazione da un'autorità garante della concorrenza. Quanto al loro valore probatorio, esso varia a seconda che la teoria del pregiudizio sia fondata su un rischio di esclusione dal mercato avente effetti attuali o effetti potenziali, in quanto l'assenza di effetti reali sulla concorrenza è meno rilevante nella seconda fattispecie. Peraltro, l'assenza di effetti reali è idonea a corroborare un argomento secondo il quale la pratica in questione non era in grado, neanche teoricamente, di nuocere ai concorrenti, cosicché la teoria del pregiudizio si rivela meramente ipotetica, in particolare quando il comportamento in questione è risalente e cessa prima dell'istruttoria.

L'avvocato generale ricorda poi che lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante è una nozione oggettiva, anche in assenza di colpa, e che, ai fini della sua applicazione, non è affatto necessario dimostrare l'esistenza di un **intento anticoncorrenziale** in capo all'impresa in posizione dominante. A suo avviso, per qualificare come abusiva una pratica escludente di un'impresa in posizione dominante, non occorre dimostrare l'intento soggettivo di tale impresa di escludere i concorrenti. Tale intento può nondimeno essere preso in considerazione, quale circostanza fattuale, segnatamente per dimostrare che il comportamento attuato è in grado di restringere la concorrenza. Se le autorità garanti della concorrenza possono utilizzare questo tipo di prove al fine di corroborare l'esistenza di un abuso, le imprese interessate devono anch'esse poter utilizzare la documentazione interna a sostegno dell'assenza di un intento escludente. Orbene, una siffatta prova, di natura negativa, è evidentemente difficile da apportare e, ammesso che venga fornita, non può, da sola, dimostrare l'assenza di un abuso.

Infine, per quanto riguarda l'imputabilità della **responsabilità del comportamento di una controllata alla controllante**, l'avvocato generale ricorda che l'appartenenza di una società madre ad un gruppo di società composto segnatamente da controllate detenute al 100 % che hanno partecipato direttamente ad un comportamento abusivo ai sensi dell'articolo 102 TFUE è sufficiente per presumere che essa abbia esercitato un'influenza determinante sulla politica di tali controllate, cosicché un'autorità garante della concorrenza potrebbe imputarle la responsabilità di tale comportamento senza dover apportare la prova di un suo concorso nella pratica abusiva.

L'onere di rovesciare tale presunzione relativa, tramite la produzione di prove che dimostrino che le controllate si sono comportate in maniera autonoma sul mercato, incombe alla stessa società madre. In un caso del genere, un'autorità garante della concorrenza ha l'obbligo di esporre in maniera adeguata le ragioni per le quali ritiene che gli elementi prodotti non siano sufficienti a rovesciare detta presunzione, sempre che non li consideri manifestamente fuor di luogo, privi di significato o chiaramente secondari.

NOTA: Le conclusioni dell'avvocato generale non vincolano la Corte di giustizia. Il compito dell'avvocato generale consiste nel proporre alla Corte, in piena indipendenza, una soluzione giuridica nella causa per la quale è stato designato. I giudici della Corte cominciano adesso a deliberare in questa causa. La sentenza sarà pronunciata in una data successiva.

NOTA: Il rinvio pregiudiziale consente ai giudici degli Stati membri, nell'ambito di una controversia della quale sono investiti, di interpellare la Corte in merito all'interpretazione del diritto dell'Unione o alla validità di un atto dell'Unione. La Corte non risolve la controversia nazionale. Spetta al giudice nazionale risolvere la causa conformemente alla decisione della Corte. Tale decisione vincola egualmente gli altri giudici nazionali ai quali venga sottoposto un problema simile.

Documento non ufficiale ad uso degli organi d'informazione che non impegna la Corte di giustizia.

Il [testo integrale](#) della sentenza è pubblicato sul sito CURIA il giorno della pronuncia

Contatto stampa: Cristina Marzagalli ☎ (+352) 4303 8575