



## **Abuso di posizione dominante e interesse dei consumatori: conferme giurisprudenziali ed ambiguità applicative**

DI ANDREA MANENTI\*

Sommario: 1.1. Introduzione: la fattispecie nel caso Enel. – 1.2. L’apertura alla concorrenza nell’industria dell’energia elettrica in Italia: il quadro normativo. – 1.3. Diffusione e commercializzazione di dati sensibili e posizione dominante. – 2.1. Condotta “abusiva” e onere probatorio. – 2.2. Elemento psicologico, sanzioni e imputabilità all’interno di un gruppo di imprese – 2.3. Articolo 102 TFUE e pratiche incidenti sul benessere di consumatori. – 3. Prova di un illecito anticoncorrenziale: basta la mera potenzialità? – 4. Considerazioni conclusive.

### **1.1. Introduzione: la fattispecie nel caso Enel**

Con la sentenza del 12 maggio 2022<sup>1</sup>, la quinta sezione della Corte di giustizia ha affrontato alcune questioni inerenti al diritto della concorrenza dell’Unione europea nel mercato dell’energia elettrica in Italia. In particolare, la Corte ha confermato taluni propri orientamenti giurisprudenziali in materia di abuso di posizione dominante e ha colto l’occasione per trattare in modo più specifico alcuni aspetti relativi agli effetti di queste pratiche anticoncorrenziali sulla struttura del mercato e sull’interesse dei consumatori.

La causa trae origine dalla presentazione di un esposto all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in prosieguito, AGCM) da parte dell’Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader (AIGET) e da alcune segnalazioni provenienti da singoli consumatori per illecito utilizzo di informazioni commercialmente sensibili da parte di operatori nel settore dell’energia elettrica legati al gruppo ENEL. A seguito di istruttoria, l’AGCM ha adottato il 20 dicembre 2018 la controversa decisione con la quale ha accertato che

---

\* Dottore in giurisprudenza presso l’Università degli Studi dell’Insubria.

<sup>1</sup> Corte giust., 12 maggio 2022, 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.

ENEL Energia SpA (d'ora in poi EE), avente ruolo di fornitura sul mercato libero, e Servizio Elettrico Nazionale SpA (in prosieguo SEN), gestore del servizio di fornitura all'interno del mercato tutelato, con il coordinamento della capo-gruppo ENEL, avevano realizzato un abuso di posizione dominante in un periodo di tempo tra il 2012 ed il 2017, motivo per il quale l'AGCM ha inflitto alle società predette una sanzione pecuniaria di € 93.084.790,50. In particolare, la condotta contestata sarebbe consistita nel trasferimento della clientela del SEN alla EE, al fine di ridurre al minimo le probabili fughe di clienti verso fornitori terzi. A tal fine, SEN avrebbe raccolto i consensi dei propri clienti a ricevere offerte commerciali relative al mercato libero mediante moduli differenti per le società ENEL e le società terze, inducendo i propri clienti «a ritenere che il rilascio di un simile consenso fosse necessario al mantenimento del loro approvvigionamento di elettricità, e a negare, invece, il loro consenso ad altri operatori»<sup>2</sup>.

Le società hanno impugnato separatamente la decisione dinnanzi al TAR Lazio. Quest'ultimo ha rigettato le argomentazioni di ENEL, ma ha accolto in parte i ricorsi presentati dalle restanti società circa la durata dell'abuso ed i criteri di determinazione della sanzione, motivo per il quale o la sanzione è stata ridotta a € 27.529.786,46. Avverso le sentenze del TAR le società hanno promosso separati procedimenti in appello, adducendo come argomentazioni principali l'assenza di prove sufficienti a dimostrare la sussistenza – anche meramente potenziale – di un abuso di posizione dominante<sup>3</sup>. Il Consiglio di Stato, in qualità di giudice del rinvio, ha pertanto riunito i tre ricorsi, sospeso il processo e sottoposto all'attenzione della Corte di giustizia cinque questioni pregiudiziali.

Una prima questione era orientata a 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.

Ulteriori questioni hanno interessato la problematica attinente alle condotte poste in essere da una qualsiasi società in posizione dominante, o meglio, se tali comportamenti debbano essere considerati “abusivi” unicamente in ragione del loro effetto potenzialmente restrittivo della concorrenza ovvero se tale effetto debba essere ingenerato mediante l'utilizzo di metodi concorrenziali c.d. “diversi” rispetto ai quali è stato richiesto di chiarire quali siano i criteri per poter stabilire il confine tra metodi “normali” di concorrenza e non.

Sul medesimo piano si collocavano due ulteriori domande pregiudiziali. Anzitutto, si è chiesto alla Corte di giustizia di precisare se la valutazione attinente ai richiamati comportamenti abusivi debba essere compiuta tenendo conto dei soli effetti (anche solo potenziali) che questi producono sul mercato, senza alcun riguardo a ragioni di tipo soggettivo quali la volontà di ridurre i *competitors*, ovvero se queste ultime possano essere parte integrante del giudizio valutativo circa l'abusività del comportamento; oppure ancora se la dimostrazione dell'elemento soggettivo valga soltanto a invertire l'*onus probandi* in capo all'impresa.

Diversa problematica atteneva alla facoltà di riconoscere in capo all'impresa dominante la possibilità di provare che, nonostante la potenziale idoneità della pratica abusiva a ledere la concorrenza nel mercato di riferimento, la condotta era risultata priva di concreta offensività e,

---

<sup>2</sup> Corte giust., 12 maggio 2022, causa C-377/20, *cit.*, par. 11; B. MINUCCI, *Enel: la Corte di giustizia conferma l'abuso di posizione dominante*, in *Eurojus*, 2022.

<sup>3</sup> Corte giust., 12 maggio 2022, causa C-377/20, *cit.*, par. 17-25.

in caso affermativo, se fosse onere delle Autorità nazionali garanti della concorrenza (d'ora in poi ANC) effettuare un esame puntuale delle eventuali prove fornite dagli interessati circa la capacità lesiva concreta della propria condotta oggetto di indagine.

Infine, precisate le finalità e le regole probatorie inerenti alle condotte, il Consiglio di Stato ha richiesto una precisazione circa i c.d. gruppi societari, in particolare se l'appartenenza al predetto gruppo sia sufficiente per presumere che tutti i suoi membri abbiano concorso all'abuso ovvero se occorra fornire la prova, anche indiretta, della sussistenza di un coordinamento tra le varie imprese onde fornire, con maggior precisione, la prova della dimostrazione del coinvolgimento della *holding*.

## **1.2. L'apertura alla concorrenza nell'industria dell'energia elettrica in Italia: il quadro normativo**

Per comprendere meglio la vicenda è necessario ricordare che in Italia – in particolare dal 2007<sup>4</sup> – si assiste ad una progressiva liberalizzazione ed apertura del mercato dell'energia elettrica. Il mercato elettrico italiano è disciplinato da due corpi normativi<sup>5</sup>: la L. 481/1995<sup>6</sup> inerente ai poteri dell'Autorità predisposta «alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza» che ricomprende «tutte le attività della relativa filiera»<sup>7</sup> e meglio nota, ad oggi, come Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente<sup>8</sup> (d'ora in poi ARERA), e il D.lgs. 79/1999<sup>9</sup> costituente il primo nucleo di liberalizzazione del mercato dell'energia. Quest'ultimo costituisce la normativa di attuazione della direttiva 96/92/CE<sup>10</sup>, volta a introdurre norme comuni circa la generazione, trasmissione e distribuzione dell'energia elettrica al fine di creare

---

<sup>4</sup> A seguito dell'entrata in vigore della Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, in *GUCE* L 176 del 15/07/2003, p. 37-56.

<sup>5</sup> G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 2226 ss.

<sup>6</sup> L. 14 novembre 1995, n. 481, recante “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”, in *GU* n. 270 del 18/11/1995 – Suppl. Ordinario nr. 136.

<sup>7</sup> Art. 2, co. 5, L. 481/1995.

<sup>8</sup> L'Autorità era stata inizialmente denominata “Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas” (AEEG). Successivamente, il nominativo è mutato in “Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico” (AEEGSI) per mezzo della L. 214/2011, recante “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*, (in *GU* n. 300 del 27/12/2011 – Suppl. Ordinario n. 276) e l'attribuzione di competenze in materia di servizi idrici alla predetta Autorità. L'attuale denominazione “Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente” (ARERA) è stata introdotta mediante la Legge di bilancio di previsione 2018, del 27 dicembre 2017, n. 205, recante “*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*”, in *GU* n. 302 del 29/12/2017 – Suppl. Ordinario n. 62.

<sup>9</sup> D.lgs. 16 marzo 1999, nr. 79, *Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*, in *GU* n. 75 del 31/03/1999, e successive modificazioni, ultima delle quali apportata mediante la L. 5 agosto 2022, nr. 118, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, in *GU* n. 188 del 12/08/2022.

<sup>10</sup> Direttiva 96/92/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, in *GUCE* L 27/20 del 30 gennaio 1997, p. 20-29. Per una ricostruzione della politica energetica europea si rinvia a R. CISCOGNETTI, *La disciplina dell'energia nel diritto dell'Unione Europea: concorrenza, aiuti di stato e ambiente*, in *De Iustitia*, 2021, ([http://www.deiustitia.it/cms/cms\\_files/20210709014841\\_dnwp.pdf](http://www.deiustitia.it/cms/cms_files/20210709014841_dnwp.pdf) - ultima visita 01/01/2023); P. SCARONI, *Unione Europea: una politica energetica a dir poco confusa*, in *Energia*, Milano, 2014 e F. BASTIANELLI, *La politica energetica dell'Unione Europea e la situazione dell'Italia*, in *La Comunità Internazionale*, 2006, p. 443 ss.

un mercato comune europeo in tale ambito energetico. A tale scopo, l'Italia ha provveduto a liberalizzare il sistema di produzione, importazione, esportazione e vendita, sottoponendo il predetto ambito di mercato ai principi di libero mercato e di concorrenza europei. Tale apertura è stata «parziale e graduale»<sup>11</sup>. Infatti, in un primo momento, è stata prevista una distinzione tra due categorie di consumatori: da un lato, i clienti ammessi a scegliere un fornitore sul mercato libero; dall'altro, i clienti del mercato tutelato, composto da utenti sottoposti ad un regime di tutela all'interno del quale l'odierna AREERA<sup>12</sup> provvedeva alla definizione delle condizioni di vendita. La previsione di tale categoria di consumatori tutelati è stata voluta in quanto questi ultimi venivano considerati non in grado di negoziare in autonomia i propri contratti di fornitura per carenza di una reale consapevolezza o di forza negoziale.

Negli anni successivi, la normativa europea in materia di energia elettrica è stata oggetto di ulteriori evoluzioni, in particolare mediante l'emanazione della direttiva 2003/54/CE<sup>13</sup>, volta ad accelerare il processo di liberalizzazione, oggetto di trasposizione mediante il successivo d.lg. nr. 73/2007<sup>14</sup> con il quale il Governo italiano ha provveduto a definire termini temporali entro cui il mercato elettrico doveva pervenire ad un sistema pienamente liberalizzato.

Ulteriormente, la direttiva 2009/72/CE<sup>15</sup> del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica abrogava la precedente direttiva del 2003. Essa introduceva importanti modifiche volte a garantire una piena efficienza del mercato dell'energia elettrica garantendo una piena concorrenza in tale ambito<sup>16</sup>.

Con il Trattato di Lisbona la politica energetica ha trovato all'interno del TFUE un inequivocabile riconoscimento quale bene tutelato da parte dell'Unione europea<sup>17</sup>. In particolare, il Capitolo XXI della Parte III del TFUE, composto dal solo articolo 194, prevede le finalità e gli obiettivi di una politica comune europea in ambito energetico e basata su «uno spirito di solidarietà tra Stati membri». Al Parlamento europeo ed al Consiglio sono attribuiti i poteri di stabilire norme in grado di perseguire gli obiettivi richiamati dall'art. 194, par. 1, mediante la procedura legislativa ordinaria.

---

<sup>11</sup> G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 2227.

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 2237 ss. e a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti in materia di poteri e facoltà dell'Autorità nazionale in materia di mercato dell'energia elettrica, nonché ai numerosi riferimenti bibliografici ivi richiamati.

<sup>13</sup> Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE - Dichiarazioni riguardanti lo smantellamento di impianti e le attività di gestione dei rifiuti, in *GUCE* L 176, 15/7/2003, p. 37-56.

<sup>14</sup> D.lg. del 18 giugno 2007, n. 73, inerente "Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia", in *GU* n. 139 del 18/06/2007, convertito con modificazioni dalla L. 3 agosto 2007, n. 125 (in *G.U.* 14/08/2007, n. 188).

<sup>15</sup> Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, in *GUCE* L 211, 14/8/2009, p. 55-93. La direttiva è stata oggetto di trasposizione in Italia con il D. lgs. del 1° giugno 2011, n. 93, recante "Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE", in *GU* n. 148 del 28/06/2011 - S.O. 157 L.

<sup>16</sup> Art. 37, par. 1, lett. j) e k); par. 4, lett. b) della direttiva 2009/72/CE.

<sup>17</sup> R. CISCOGNETTI, *La disciplina dell'energia nel diritto dell'Unione Europea: concorrenza, aiuti di stato e ambiente*, in *De Iustitia*, 2021, p. 13 ss. (consultabile online su [http://www.deiustitia.it/cms/cms\\_files/20210709014841\\_dnwp.pdf](http://www.deiustitia.it/cms/cms_files/20210709014841_dnwp.pdf) - ultima visita 01/01/2023).

Nonostante tale evoluzione dal punto di vista sostanziale della materia, la successiva evoluzione della normativa nazionale<sup>18</sup>, è stata caratterizzata da continui e reiterati rinvii circa l'entrata in vigore della piena liberalizzazione del mercato, prevedendo il passaggio al libero mercato per le PMI a partire dal 1° gennaio 2021, per le microimprese dal 1° gennaio 2023 e per le utenze domestiche dal 10 gennaio 2024.

Dati tali mutamenti in materia di mercato dell'energia, ENEL è stata sottoposta nel corso degli anni ad una procedura di separazione delle attività di distribuzione e di vendita, a seguito della quale sono nate: “*E-Distribuzione*”, società operante nel servizio di distribuzione, EE e SEN, delle cui attività si è detto precedentemente.

### **1.3. Diffusione e commercializzazione di dati sensibili e posizione dominante**

La pratica contestata alle società dall'AGCM si caratterizza per il fatto che, a partire dal 2012, SEN avrebbe raccolto i consensi dei propri clienti a ricevere offerte commerciali, secondo modalità differenti e discriminatorie, da ENEL e da terzi. Tali consensi sarebbero poi stati raccolti in svariate “liste” che, successivamente, venivano acquistate dalla EE mediante contratti di noleggio. A tale acquisto seguiva il lancio da parte di quest'ultima società, alla luce dei dati sensibili degli utenti, di «specifiche offerte esclusivamente dedicate»<sup>19</sup> per convincerli a passare al mercato libero, stipulando un contratto con EE medesima.

Tale condotta sarebbe stata perpetrata allo scopo di evitare il rischio di perdita di clienti della SEN, a seguito del passaggio dei consumatori rientranti nel mercato tutelato, al mercato libero.

A tale contestata infrazione delle regole di concorrenza, le società convenute asserivano che l'inserimento di un nominativo all'interno di una lista di *marketing* non comportasse una lesione né della concorrenza né del consumatore sulla base del fatto che tale inserimento non determinava l'insorgere di alcun vincolo o obbligo in capo a quest'ultimo<sup>20</sup>. Le difese, inoltre, affermavano che l'utilizzo delle citate liste fosse inidoneo a produrre i contestati effetti lesivi della concorrenza poiché, al termine dell'offerta principale oggetto di contestazione<sup>21</sup>, EE aveva acquisito, mediante l'uso delle liste, 478 clienti, «pari allo 0,002% degli utenti SEN e lo 0,001% delle utenze elettriche»<sup>22</sup>.

Non è la prima volta che la Corte di giustizia viene chiamata a decidere rispetto a cause attinenti all'utilizzo improprio di dati personali a fini anticoncorrenziali<sup>23</sup>: si tratta di condotte

---

<sup>18</sup> V. Art. 1, comma 60, L. 4 agosto 2017, n. 124, e successive modifiche; da ultimo, v. L. 29 dicembre 2021, n. 233, in *GU* n. 310 del 31.12.2021 – Suppl. Ordinario n. 48.

<sup>19</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza del 20 luglio 2020, par. 2.

<sup>20</sup> *Ibidem*, par. 5.

<sup>21</sup> Denominata “*Sempre con Te*”, riconosciuta dal TAR Lazio (Sentenze nr. 11951 e 11954 del 2019) come unica offerta della EE dedicata agli utenti in servizio di maggior tutela e lanciata nel periodo tra settembre 2015 e maggio 2017.

<sup>22</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza del 20 luglio 2020, par. 5.

<sup>23</sup> Ci riferiamo ai recenti casi che hanno interessato i colossi come Google e Facebook, accusati di utilizzare i dati dei propri clienti a scopi anticoncorrenziali. In dottrina: P. R. CAFARI, *Concorrenza, benessere del consumatore e programmi di compliance. Nuove tendenze*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauo*, Vol. 2, Napoli, 2014, p. 1473 ss. il quale ripercorre uno dei primi casi di intreccio tra problematiche di privacy e concorrenza: la fusione Google-DoubleClick del 2007; A. BUTTÀ, *Google Search (Shopping): An Overview of the European Commission's Antitrust Case*, in *Ital. Antitrust Rev.*, 2018, p. 45 ss.; A. MASSOLO, *Bundeskartellamt vs Facebook: Time to Refresh «CDPR's WALL»?*, in *Ital. Antitrust Rev.*, p. 77 ss. G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale e Diritto della Concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quad. Cost.*, 2019, p. 608 ss.



rientranti nella categoria dei c.d. abusi di sfruttamento e che non riguardano «soltanto le pratiche che possano causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che recano loro pregiudizio, modificando un regime di concorrenza effettiva»<sup>24</sup>.

Principio consolidato in giurisprudenza – ed affrontato dalla sentenza *ENEL SpA* – vede sussistere in capo alle ANC e alla Commissione l'onere di provare l'idoneità di tali condotte a produrre effetti anticoncorrenziali. Tale capacità lesiva deve essere oggetto di una valutazione basata sulla idoneità della pratica posta in essere di produrre effetti anticoncorrenziali. Tale onere può essere adempiuto solo mediante la dimostrazione che la condotta «poteva rendere più difficile la penetrazione o il mantenimento dei concorrenti nel mercato di cui trattasi, e, così facendo, che detta pratica poteva incidere sulla struttura del mercato»<sup>25</sup> e che la stessa fosse basata sull'utilizzo di mezzi diversi da quelli utilizzati nell'ambito di una concorrenza basata sui meriti<sup>26</sup>.

Questa concezione deriva dalla dottrina ordoliberal tedesca<sup>27</sup>, in particolare dal concetto di *Leistungswettbewerb* («concorrenza di prestazione»<sup>28</sup>), derivante a sua volta dal concetto più generale di *Wirtschaftsverfassungspolitik* («politica economica costituzionale»). In sostanza, l'economia deve e può essere migliorata soltanto mediante un intervento sui meccanismi alla base del mercato, creando le condizioni affinché ogni attore del mercato sia in grado di perseguire non solo il proprio interesse individuale, ma anche quello comune<sup>29</sup>.

Come osservato da parte della dottrina<sup>30</sup>, il concetto di concorrenza di prestazione contiene in sé un nucleo capace di escludere tutte quelle condotte poste in essere al fine di escludere dal mercato di riferimento i concorrenti esistenti e potenziali, ovvero la stipulazione di accordi, nella maggior parte dei casi segreti e in forma orale<sup>31</sup>.

Solo mediante lo sviluppo di tale concetto e l'individuazione di criteri di identificazione di condotte illecite anticompetitive, anche attraverso l'utilizzo di modelli di analisi economica, la normativa europea può garantire uno sviluppo dell'economia in grado di assicurare il beneficio dei consumatori e degli altri attori del mercato.

## 2.1. Condotta “abusiva” e onere probatorio

---

<sup>24</sup> Corte giust., 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company c. Commissione*, ECLI:EU:C:1973:22, par. 26.

<sup>25</sup> Corte giust., 12 maggio 2022, causa C-377/20, *cit.*, par. 61.

<sup>26</sup> V. Corte giust., 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie c. Commissione*, ECLI:EU:C:1991:286, par. 70; 6 dicembre 2012, causa C-457/10 P, *AstraZeneca c. Commissione*, ECLI:EU:C:2012:172; Trib., 8 marzo 2007, causa T-339/05, *France Télécom SA c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:172, par. 106. In dottrina: P. MANZINI, *Le mobili frontiere*, *cit.*, Bari, 2019, p. 55.

<sup>27</sup> Ci riferiamo in particolare a Walter Eucken e Franz Böhm, di tali autori si veda in: V. J. VANBERG, *The Constitution of Markets: Essays in Political Economy*, Londra, 2001, p. 37 ss.

<sup>28</sup> M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali*, III, Milano, 2010, p. 195 ss.

<sup>29</sup> V. J. VANBERG, *The Constitution*, *cit.*, p. 40 ss.

<sup>30</sup> M. LIBERTINI, *Concorrenza*, *cit.*, p. 241.

<sup>31</sup> Tra gli accordi aventi natura orale rientrano particolari sono i c.d. *gentlemen's agreement*, figure di accordo o intesa, differenti per la propria natura dal *contract*, caratterizzata dall'aver valore sul piano meramente morale ma, non per questo, di valore meno intenso di quello giuridico, poiché la stipulazione di *agreement* di tal genere viene intrapresa all'interno di ambienti o categorie di soggetti particolari, all'interno dei quali una violazione della parola data genera la squalifica, l'ignominia nei confronti del trasgressore ed altre tipologie di sanzioni. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile. Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, Padova, 2010, II ed., p. 293, nota 34.a.

Il caso *ENEL* ha consentito alla Corte di giustizia di confermare alcuni suoi ormai consolidati orientamenti in tema di abuso di posizione dominante e di tutela dei consumatori.

Tra le questioni confermate rileva in modo particolare la definizione di «carattere abusivo»<sup>32</sup>. Nello specifico, una pratica viene definita “abusiva” quando capace, mediante mezzi diversi da quelli utilizzati dalla normale concorrenza, di restringere la competitività tra imprese e produrre effetti escludenti<sup>33</sup>. Tale consolidata definizione<sup>34</sup> risulta di vitale importanza affinché si possano individuare pratiche nuove o atipiche<sup>35</sup> – anche solo potenziali, ma ritenute sensibili<sup>36</sup> – a carattere abusivo.

Anche in ordine all’onere della prova, la Corte ha riconfermato che le ANC possono limitarsi a dimostrare che la condotta abusiva contestata all’impresa sia di per sé idonea a falsare o limitare la concorrenza ovvero possa essere causa di un danno – anche indiretto<sup>37</sup> – per i consumatori. D’altronde, ricollegando tale orientamento giurisprudenziale alla definizione di “pratica abusiva”, l’art. 102 TFUE si caratterizza per essere una «nozione oggettiva»<sup>38</sup> all’interno della quale rientra qualsiasi comportamento che possa compromettere in modo sensibile il tessuto economico-sociale europeo.

La Corte di giustizia ha chiarito<sup>39</sup> che tale idoneità non deve essere puramente ipotetica. Infatti, le ANC devono fornire prove in grado di dimostrare l’oggettiva violazione dei doveri incombenti in capo ad una società in posizione dominante, sulla base di elementi probatori adeguati, quali ad esempio, studi empirici o comportamentali. Questa indicazione è stata ulteriormente specificata nella più recente sentenza *Unilever Italia Mkt. Operations*<sup>40</sup>. In relazione all’onere probatorio gravante sulle ANC per violazione dell’art. 102 TFUE, la Corte ha evidenziato come, oltre alle prove raccolte mediante l’espletamento dell’attività istruttoria<sup>41</sup>,

---

<sup>32</sup> *Ivi*, par. 50 ss.

<sup>33</sup> *Ivi*, par. 50 ss. e 68.

<sup>34</sup> Corte giust., 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman-La Roche c. Commissione*, ECLI:EU:C:1979:36, par. 91; 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Denmark*, ECLI:EU:C:2012:172, par. 24 ss.; 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics (UK) e a.*, ECLI:EU:C:2020:52, par. 154. In dottrina v. P. MANZINI, *Le mobili frontiere dell’abuso di posizione dominante*, in C. Fratea (a cura di), *Stato dell’arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, Bari, 2019, p. 50 ss.

<sup>35</sup> B. MINUCCI, *Enel: la Corte di giustizia conferma l’abuso di posizione dominante*, in *Eurojus*, 2022, par. 2, la quale riconduce il comportamento perpetrato da ENEL.

<sup>36</sup> Corte giust., 10 luglio 1980, causa C-99/79, *Lancôme e Cosparfrance Nederland*, ECLI:EU:C:1980:193, par. 23; Tribunale, 15 dicembre 1999, causa T-22/97, *Kesko c. Commissione*, ECLI:EU:T:1999:327, par. 102; Corte giust., 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways c. Commissione*, ECLI:EU:C:2007:166, par. 106; 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, par. 24.

<sup>37</sup> Corte giust., 12 maggio 2022, causa C-377/20, *cit.*, par. 44 e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>38</sup> Corte giust., 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *cit.*, par. 148 e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>39</sup> Corte giust., 12 maggio 2022, causa C-377/20, *cit.*, par. 98.

<sup>40</sup> Corte giust., 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations c. AGCM*, ECLI:EU:C:2023:33, par. 44. La causa trae origine dalla decisione del 31 ottobre 2017 con cui l’AGCM ha ritenuto che la *Unilever* avesse abusato della propria posizione dominante sul mercato della commercializzazione di gelati. In particolare, la strategia anticoncorrenziale si sarebbe basata sull’imposizione di clausole di esclusiva da parte dei distributori della predetta società ai gestori dei punti vendita, obbligandoli di fatto a rifornirsi unicamente da *Unilever*. Cfr. Corte giust., 12 maggio 2022, causa C-377/20, *cit.*, par. 98.

<sup>41</sup> A tale fine, ogni ANC può ricorrere ai poteri istruttori riconosciuti dal Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in *GUCE* L 1, 4.1.2003, p. 1-25 e soprattutto dalla Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2018, *che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno*, in *GUUE* L 11, 14.1.2019, p. 3-33.

le ANC possono basare le proprie decisioni sulla base delle circostanze fattuali messe in evidenza dagli elementi probatori dedotti dall'impresa in posizione dominante<sup>42</sup>. La dimostrazione della sussistenza di una pratica anticoncorrenziale deve in ogni caso fondarsi su elementi di prova tangibili, in grado di dimostrare, oltre la mera ipotesi, la capacità lesiva della concorrenza della condotta vagliata dall'Autorità<sup>43</sup>.

Nel caso *ENEL*, l'AGCM, per assolvere al proprio onere, doveva dimostrare mediante elementi probatori idonei che, senza tener conto delle eventuali società terze presumibilmente desiderose di svilupparsi sul mercato libero e di accedere a propria volta alle informazioni in questione, la società SEN avesse proposto ai propri clienti di ricevere offerte differenti da parte di ENEL e delle altre società; nonché provare che il procedimento utilizzato per la raccolta dei consensi era idoneo e strumentale a favorire le liste già previamente indirizzate ad essere cedute alla società EE.

Nel chiarimento della portata dell'onere della prova in capo alle AGCM, è interessante notare che il Consiglio di Stato, nella definizione della controversia<sup>44</sup>, ha ritenuto che l'AGCM non avesse ottemperato all'*onus probandi* nei termini finora richiamati. Infatti, non era stato chiarito come la raccolta del consenso *privacy* da parte di SEN fosse discriminatoria nei confronti di società terze, avvantaggiando la società EE. Infatti, la sola circostanza di richiedere consensi "separati" non poteva di per sé sola non poteva fondare una declaratoria di infrazione del diritto *antitrust*, specie in assenza di elementi probatori idonei a chiarire le modalità con cui questi consensi venivano sottoposti all'attenzione della clientela.

All'ampiezza dell'*onus probandi* delle ANC fa da contraltare la facoltà delle imprese, confermata nella sentenza in esame e già riconosciuta in precedenza dalla Corte<sup>45</sup> e dalla Commissione<sup>46</sup>, di poter dimostrare, mediante l'esercizio del loro diritto ad essere ascoltate da parte degli organi preposti ai procedimenti amministrativi in materia di concorrenza<sup>47</sup>, che gli effetti della pratica siano controbilanciati, se non superati, da vantaggi tali da neutralizzare i potenziali effetti negativi per il mercato e i suoi operatori<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> *Ivi*, par. 40.

<sup>43</sup> *Ivi*, par. 42 e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>44</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza nr. 10571/2022 pubblicata il 01.12.2022, disponibile online su [www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnpr?p\\_p\\_id=GaSearch\\_INSTANCE\\_2NDgCF3zWBwk&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_GaSearch\\_INSTANCE\\_2NDgCF3zWBwk\\_javax.portlet.action=searchProvvedimenti&p\\_auth=FfS5JiJ8&p\\_p\\_lifecycle=0](http://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnpr?p_p_id=GaSearch_INSTANCE_2NDgCF3zWBwk&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_GaSearch_INSTANCE_2NDgCF3zWBwk_javax.portlet.action=searchProvvedimenti&p_auth=FfS5JiJ8&p_p_lifecycle=0) (ultima visita 03.01.2023).

<sup>45</sup> Corte giust., 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *cit.*, par. 51 ss. Cfr. Corte giust., 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *cit.*; 27 marzo 2012, causa C-109/10, *cit.*; 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *Intel c. Commissione*, ECLI:EU:C:2017:632. In dottrina v. P. MANZINI, *Le mobili frontiere*, *cit.*, Bari, 2019, p. 57 ss.

<sup>46</sup> Comunicazione della Commissione – *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in *GUUE* C 45, 24 febbraio 2009, p. 7-20.

<sup>47</sup> V. art. 27, Regolamento (CE) n. 1/2003. In dottrina: G. BIAGIONI, S. GOBBATO, *Art. 27 – Audizione delle parti, dei ricorrenti e degli altri terzi*, in Adinolfi A. e a. (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza: commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, p. 333 ss.

<sup>48</sup> Corte giust., 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *cit.*, par. 46; 27 marzo 2012, causa C-209/10, *cit.*, par. 40-42.



## 2.2. Elemento psicologico, sanzioni e imputabilità all'interno di un gruppo di imprese.

Il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte se l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che, laddove vi sia lo sfruttamento di una posizione dominante da parte di una o più società figlie, in virtù dell'unità economica, anche la società madre debba risponderne oggettivamente o se sia necessaria la prova di una partecipazione diretta della stessa.

Secondo giurisprudenza costante, laddove sussista una condotta anticoncorrenziale, la responsabilità dovrà attribuirsi alla *holding* in virtù del fatto che, sussistendo vincoli economici e giuridici fondanti l'unità economica, mediante il proprio comportamento, essa ha consentito alla controllata di porre in essere il comportamento illecito<sup>49</sup>. Nel diritto della concorrenza dell'Unione europea la responsabilità è oggettiva e l'elemento soggettivo-psicologico può subentrare ai fini del giudizio solo al momento dell'irrogazione della sanzione amministrativa o civile<sup>50</sup>. In particolare, si fa riferimento all'"intenzionalità" e alla "negligenza". La prima sussiste quando l'agente volontariamente o, almeno, consapevolmente<sup>51</sup> pone in essere la pratica anticoncorrenziale. La "negligenza", differentemente, è presente se l'impresa opera sul mercato senza avere una reale consapevolezza degli effetti che la propria condotta può creare. Tuttavia, la mancanza di conoscenza non costituisce una causa di esclusione di responsabilità<sup>52</sup>.

Nel caso dell'irrogazione di una sanzione di tipo puramente amministrativo<sup>53</sup>, si deve comunque tenere conto che la stessa assume anche una funzione punitiva.

La Commissione gode in tale ambito di un'ampia discrezionalità sia nell'irrogazione che nella quantificazione delle ammende, motivo per il quale la stessa Istituzione europea è intervenuta pubblicando differenti Comunicazioni volte a rendere più chiare e fruibili le modalità di applicazione degli artt. 23 e 24 del Regolamento n. 1/2003<sup>54</sup>. Più precisamente

---

<sup>49</sup> L. DE SANCTIS, *L'imputabilità della responsabilità delle violazioni antitrust e i gruppi di società*, in L.F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Milano, 2013, p. 211 ss.

<sup>50</sup> *Ivi*, p. 215 ss.; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la direttiva 2014/104*, Milano, 2015, p. 90 ss.

<sup>51</sup> Corte giust., 18 settembre 2003, causa C-338/00, *Volkswagen c. Commissione*, ECLI:EU:C:2003:473, par. 94; Trib., 21 ottobre 2003, T-368/00, *General Motors Nederland e Opel Nederland c. Commissione*, ECLI:EU:T:2003:275, par. 198.

<sup>52</sup> Corte giust., 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione*, ECLI:EU:C:1978:22, par. 207. In dottrina, E. BOTTI, A. ZANAZZO, *Le decisioni della Commissione, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento, e la relativa politica sanzionatoria*, in L.F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 204 ss.

<sup>53</sup> Art. 23, par. 5 del Regolamento n. 1/2003.

<sup>54</sup> V. *Comunicazione sugli Orientamenti per il calcolo della ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lett. a) del Reg. n. 1/2003*, in GU n. C 210, 1.9.2006; *Comunicazione sulla non imposizione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione delle ammende nei casi di cartelli tra imprese*, in GU n. C 45, 19.2.2002. Tuttavia, come osservato da parte della dottrina, questa garanzia non si traduce in una certezza circa la prevedibilità del calcolo finale, ma la limitazione si giustifica come ulteriore elemento deterrente rispetto alle potenziali condotte anticoncorrenziali. In tal senso: E. BOTTI, A. ZANAZZO, *Le decisioni*, cit., p. 205 ss.; B. VERONESE, *European Public and Private Antitrust Enforcement: It Takes Two to Tango*, in *J.E.C.L. & Pract.*, 2014, p. 563-567; F. AMATO, *I nuovi orientamenti della Commissione in materia di ammende per violazioni del diritto della concorrenza*, in *DUE*, 2007, p. 239 ss.

l'importo della sanzione<sup>55</sup> viene adeguato, in base alla sussistenza dei citati elementi soggettivi, attraverso l'utilizzo di circostanze aggravanti<sup>56</sup> o attenuanti<sup>57</sup>.

Anche alle ANC, alla luce dell'entrata in vigore della Direttiva 1/2019, al fine di garantire una efficace ed omogenea applicazione delle regole *antitrust* europee, è stato riconosciuto «*il potere di irrogare ammende efficaci, proporzionate e dissuasive*»<sup>58</sup>.

In Italia, mediante il D.lgs. 185/2021<sup>59</sup>, sono state apportate alcune modifiche in materia di sanzioni irrogate dall'AGCM precisando, attraverso la modifica dell'art. 15, L. 287/1990<sup>60</sup>, i poteri riconosciuti a tale istituzione. Anche in tale ambito, come già specificato in precedenza dalla medesima AGCM<sup>61</sup>, l'importo base dell'ammenda subisce una variazione in aumento o in riduzione a seconda della sussistenza di una o più circostanze aggravanti o attenuanti<sup>62</sup>.

Dal punto di vista civilistico, differentemente, la Corte di giustizia ha riconosciuto<sup>63</sup>, sulla base della propria giurisprudenza<sup>64</sup>, il diritto in capo a chiunque di poter richiedere il risarcimento del danno riconoscendovi esplicitamente una funzione compensativa<sup>65</sup>. Nondimeno, la stessa Corte ha statuito che il risarcimento possa assumere la natura del c.d. "danno punitivo". Tale tipologia di rifusione del danno non può essere ritenuta contraria *a priori* al diritto dell'Unione europea, ma può trovare applicazione solo mediante l'emanazione di norme nazionali – sulla base dell'autonomia riconosciuta ai Governi degli Stati membri – in

---

<sup>55</sup> *Comunicazione sugli Orientamenti per il calcolo delle ammende*, cit., p. 24. In dottrina: E. BOTTI, A. ZANAZZO, *Le decisioni*, cit., p. 206; C. SCHEPISI, "Art. 23 – Ammende" e "Art. 24 – Penalità di mora", in Adinolfi A. et al. (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza: commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, p. 267 ss.; F. AMATO, *I nuovi orientamenti*, cit., 2007, p. 239 ss.

<sup>56</sup> *Ex multis*, la recidiva per la medesima infrazione; l'istigazione ed il ruolo assunto nella condotta illecita; l'importo elevato degli utili conseguiti mediante la violazione delle norme europee.

<sup>57</sup> *Ex multis*, il comportamento meramente passivo dell'impresa; la negligenza; l'aver posto in essere rimedi comportamentali o strutturali già prima dell'irrogazione della sanzione.

<sup>58</sup> *Ivi*, considerando n. 40 e artt. 13, 14 e 15. Si deve notare come il Legislatore europeo mediante il capo V della Dir. 1/2019 ha conservato la tradizionale riconducibilità delle sanzioni *antitrust* all'ambito amministrativo. E. Latorre, *La Direttiva n. 1/2019 e il suo impatto sulla disciplina antitrust dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2019, p. 248 ss. a cui si rinvia per l'analisi degli ordinamenti europei aventi una impostazione penalistica della materia *antitrust*, tra tutte la Francia; nonché la dottrina *ivi* richiamata.

<sup>59</sup> D.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, recante "Attuazione della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficaci e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno", in *GU* n.284 del 29.11.2021 - Suppl. Ord. n. 40.

<sup>60</sup> L. 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, in *GU* n. 240 del 13.10.1990.

<sup>61</sup> Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n.25152 - *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*, reperibile online <https://www.agcm.it/chiamo/normativa/dettaglio?id=cbb9e335-a9ca-4efb-97ac-71dbd831c491&parent=Concorrenza&parentUrl=/chiamo/normativa/index> (ultima visita il 03.01.2023), par. 19 ss.

<sup>62</sup> *Ivi*, par. 21 ss.

<sup>63</sup> Corte giust., 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04, 296/04, 297/04, 298/04, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* e *Nicolò Tricarico (C-297/04)* e *Pasqualina Murgolo (C-298/04) c. Assitalia SpA*, ECLI:EU:C:2006:461

<sup>64</sup> Corte giust., 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri*, ECLI:EU:C:2001:465.

<sup>65</sup> Sancito in seguito dall'art. 3 della Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, in *GUUE* L 349, 5/12/2014, p. 1-19.

grado di precisare le modalità di esercizio del diritto richiamato, la definizione del nesso causale, del termine di prescrizione, nonché del riparto di competenze collegate a tale diritto<sup>66</sup>.

Alla luce di tale autonomia, non deve sorprendere come, a livello comparatistico, il risarcimento del danno assuma differenti finalità<sup>67</sup>, derivandone che, solo nei casi di esplicito riconoscimento da parte della disciplina nazionale, il danneggiato potrà aspirare ad un *quid pluris* rispetto al danno patito ed insito all'interno della fattispecie "punitiva", ove non è da escludere una valutazione in merito all'elemento soggettivo emergente dalla condotta anticoncorrenziale.

Tenuto conto della funzione dell'elemento psicologico in ambito sanzionatorio, si comprende come questo assuma un ulteriore livello di complessità all'interno delle violazioni poste in essere da gruppi di società, in modo particolare nell'ambito della prova della dolosità della condotta, caratterizzata – nella maggior parte dei casi – dalla segretezza.

Anzitutto, la sussistenza di un "gruppo" deve essere dimostrata tenendo conto del fatto che non deve sussistere, in capo alle società figlie, un potere di autodeterminazione<sup>68</sup>. A tal fine, la giurisprudenza europea ha introdotto la possibilità di ricorrere a presunzioni<sup>69</sup>, tra le quali la detenzione di quote azionarie superiori al 95%<sup>70</sup>, ovvero la detenzione da parte di una *holding* del 100% del capitale di una società interposta, che possiede a sua volta la totalità del capitale di una controllata del gruppo<sup>71</sup>. Nondimeno, sulla base dell'unità economica tra le società oggetto di istruttoria *antitrust*, come affermato dalla medesima giurisprudenza, si può accordare una responsabilità ad una società "consorella" che, seppur priva di quote di capitale dell'impresa che ha infranto le norme sulla concorrenza, detiene una influenza decisiva su quest'ultima in virtù dei vincoli sussistenti tra loro<sup>72</sup>.

Come osservato da parte della dottrina<sup>73</sup>, la capacità da parte di una società-madre di determinare il comportamento della controllata può essere provato attraverso una valutazione

---

<sup>66</sup> Tuttavia, si deve comunque mettere in luce il fatto che l'argomentazione avallata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Manfredi* si pone in contrasto con il precedente caso *Courage*, ove i giudici europei avevano argomentato circa l'ingiustificabilità di un eventuale ingiusto arricchimento da parte del terzo del tutto privo di causa. V. Corte giust. 20 settembre 2001, causa C-453/99, cit., par. 30 e giurisprudenza *ivi* richiamata.

<sup>67</sup> O. PALLOTTA, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi*, in *DUE*, 2007, p. 321. In Germania, l'avversione al "danno punitivo" è stata affermata dalla giurisprudenza del Tribunale federale e dalla Corte costituzionale che ne hanno statuito la sua contrarietà con i principi dell'ordinamento tedesco. V. BGH 4 giugno, 1992, 13 ZIP 1256 (1992), 45 [NJW] 3096 (1992), BGHZ 118, 312. Differentemente, in Italia, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 5 luglio 2017, n. 16601, hanno statuito, in una controversia circa la delibazione di una sentenza statunitense, che nel nostro ordinamento può essere riconosciuta al risarcimento del danno una funzione non solo compensativa, ma anche deterrente e sanzionatoria circa il responsabile civile. Tuttavia, la Corte ha precisato che, in assenza di una chiara disposizione normativa che introduca la figura del "danno punitivo", il riconoscimento ad un *quid pluris* è subordinato a ipotesi che, sulla base della normativa vigente, garantiscano «la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico» (Cass., Sezioni Unite, 5 luglio 2017, n. 16601, punto 8).

<sup>68</sup> Corte giust., 27 gennaio 2021, causa C-595/18P, *The Goldman Sachs Group c. Commissione*, ECLI:EU:C:2021:73, par. 35.

<sup>69</sup> F. AMATO, *Commento all'art.101 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 1019 ss.

<sup>70</sup> Corte giust., 8 maggio 2013, causa C-508/11P, *ENI S.p.a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2013:289, par. 49; e 10 settembre 2009, causa C-97/08P, *Akzo Nobel c. Commissione*, ECLI:EU:C:2009:536, par. 62-64.

<sup>71</sup> Corte giust., 20 gennaio 2011, causa C-90/09P, *General Química e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2011:21.

<sup>72</sup> Corte giust., 1° luglio 2010, causa C-407/08P, *Knauf Gips KG c. Commissione*, ECLI:EU:C:2010:389. L. DE SANCTIS, *L'imputabilità della responsabilità*, cit., 2013, p. 211 ss.

<sup>73</sup> L. DE SANCTIS, *L'imputabilità della responsabilità*, cit., 2013, p. 214-215.

complessiva dei vincoli economici, giuridici e organizzativi tra queste; pertanto, l'approccio mediante il quale le ANC dimostrano la sussistenza di un "gruppo" variano caso per caso, prescindendo dalla sola dipendenza economica della controllata rispetto alla società-madre<sup>74</sup>.

Si deve in aggiunta evidenziare che una modifica della società sul piano giuridico e/o organizzativo, così come una modifica dell'organo di gestione<sup>75</sup>, non rileva ai fini dell'assenza di responsabilità per violazione delle norme sulla concorrenza. Più precisamente, secondo un consolidato orientamento della Corte di giustizia<sup>76</sup>, la responsabilità opera secondo un principio di c.d. "continuità economica", secondo la quale la stessa ricade in capo non solo a colui che genera l'infrazione ma anche a coloro che la perseguono, anche in caso di mutamenti di qualsivoglia genere.

In virtù dell'applicazione dei principi del giusto processo e di difesa, le imprese hanno il diritto di confutare le prove a loro carico mediante la presentazione di elementi idonei a dimostrare la completa autonomia di gestione dell'impresa responsabile dei comportamenti anticoncorrenziali.

Nel caso di specie, ENEL ha contestato ogni responsabilità in merito alla vicenda sostenendo che il processo di ristrutturazione operato all'interno della società dal 2014 era volto, decentrando i processi decisionali, a consentire la valorizzazione di specifiche attività del Gruppo Enel nei diversi paesi ove la società è presente. In tale riassetto, la funzione svolta dalla società madre sarebbe stata, secondo le difese, di mediatrice tra le varie differenti società operative al fine di promuovere obiettivi comuni e *best practices*, dismettendo completamente il ruolo decisionale<sup>77</sup>.

### **2.3. Articolo 102 TFUE e pratiche incidenti sul benessere dei consumatori**

Particolare importanza assume nella causa in esame l'interpretazione dell'art. 102 TFUE, per quanto attiene all'onere probatorio sussistente in capo alle ANC. In particolare, la questione riguarda il livello minimo che una pratica anticoncorrenziale deve assumere per essere considerata pregiudizievole, e in particolare se essa possa limitarsi ad un danno circa la struttura effettiva della concorrenza ovvero se debba esser tale da ledere il benessere dei consumatori.

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»<sup>78</sup>. In tale direzione si muove la giurisprudenza secondo la quale «non soltanto le pratiche che possono provocare un danno diretto ai consumatori, ma anche quelle che li

---

<sup>74</sup> Corte giust. 12 luglio 1979, causa riunite 32/78, 36/78 e 82/78, *BMW Belgium SA ed a c. Commissione*, ECLI:EU:C:1979:191.

<sup>75</sup> Corte giust., 16 novembre 2000, causa C-279/98P, *Cascades c. Commissione*, ECLI:EU:C:2000:626, par. 78; Trib. 8 settembre 2010, causa T-29/05, *Deltafina c. Commissione*, ECLI:EU:T:2010:355, par. 140. In dottrina si veda: P. IANNUCELLI, *La responsabilità*, cit., 2015, p. 90 ss.

<sup>76</sup> Corte giust., 11 dicembre 2007, causa C-280/06, *ETI e a. c. AGCM*, ECLI:EU:C:2007:775, par. 42; 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2004:6, par. 59; 28 marzo 1984, causa riunite 29/83 e 30/83, *Compagnie royale asturienne des mines SA e Rheinzink GmbH c. Commissione*, ECLI:EU:C:1984:130, par. 9.

<sup>77</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza del 20 luglio 2020, par. 5.

<sup>78</sup> In tal senso, Corte giust., 13 febbraio 1979, causa 85/76, *cit.*, par. 91; 27 marzo 2012, causa C-209/10, *cit.*, par. 24 ss.; 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *cit.*, par. 148.

danneggiano indirettamente pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza»<sup>79</sup> rilevano dal punto di vista del riconoscimento della sussistenza di una condotta illecita.

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 non lo sono<sup>80</sup>.

Da tale affermazione è derivato, più chiaramente a partire dalla sentenza *Post Danmark I*<sup>81</sup>, l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale «un'impresa [...] può provare che una pratica escludente non incorre nel divieto di cui all'articolo 102 TFUE, [...] dimostrando che gli effetti che tale pratica può produrre sono controbilanciati, se non superati, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori»<sup>82</sup>.

Sulla base di tale interpretazione, alle ANC spetterebbe il compito di dimostrare la sussistenza di una posizione dominante ed il carattere abusivo delle condotte poste in essere; tuttavia, tali prove possono essere confutate dalle imprese convenute, sulla base di elementi idonei ad attestare la sussistenza di validi motivi di natura oggettiva ovvero tali da generare una maggiore efficienza sul mercato.

Come analizzato da parte della dottrina<sup>83</sup>, l'interpretazione effettuata dalla giurisprudenza riconosce l'esistenza di eccezioni che possono essere suddivise in: «giustificazioni obiettive» e «giustificazioni in termini di efficienza economica»<sup>84</sup>. Tuttavia, alla luce dei limiti ora richiamati al riconoscimento circa la sussistenza di una responsabilità per violazione dell'art. 102 TFUE, si deve evidenziare come tali giustificazioni possano inglobare condotte di qualsivoglia genere, indeterminabili *a priori* e pertanto ad un'ampia discrezionalità circa il loro riconoscimento in sede di giudizio circa l'idoneità di una condotta a danneggiare la struttura concorrenziale e il benessere dei consumatori.

Minori problemi si pongono rispetto alle «giustificazioni obiettive», le quali, per natura, possono avere uno scopo oggettivamente dimostrabile e giustificabile, come la necessaria reazione a tutela del proprio interesse ad operare sul mercato, laddove una impresa sia oggetto di una concorrenza aggressiva da parte di un qualsiasi *competitor*<sup>85</sup>.

Appaiono caratterizzati da una maggiore complessità sia l'identificazione che il susseguente giudizio di liceità della condotta laddove si parli di «giustificazioni in termini di efficienza economica». Il principale rischio di una simile categoria di eccezioni consiste, oltre che nella vasta discrezionalità nel determinare quali condotte possano essere «*efficaci economicamente*» a tal punto da giustificare un abuso, nella difficoltà di determinare *ex ante* quando una condotta possa effettivamente considerarsi abusiva o meno.

---

<sup>79</sup> Corte giust., 12 maggio 2022, causa C-377/20, *cit.*, par. 111.

<sup>80</sup> Corte giust., 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *cit.*, par. 134 e giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>81</sup> Corte giust., 27 marzo 2012, causa C-209/10, *cit.*, par. 40-41; v. giurisprudenza successiva: 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *cit.*, parr. 134-140; 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *cit.*, par. 165. In dottrina: G. BRUZZONE, *L'abuso di posizione dominante*, in L. F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 102 ss.; P. MANZINI, *Le mobili frontiere*, *cit.*, Bari, 2019, p. 54 ss.

<sup>82</sup> Corte giust., 12 maggio 2022, causa C-377/20, *cit.*, par. 46.

<sup>83</sup> P. MANZINI, *Le mobili frontiere*, *cit.*, Bari, 2019, p. 56.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> Corte giust., 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands c. Commissione*, ECLI:EU:C:1978:22.



A ciò si aggiunga che l'indeterminatezza generata da queste ultime scusanti potrebbe determinare l'elusione dell'art. 102 TFUE o comunque aggravare il compito delle Autorità europee e nazionali preposte al contrasto delle pratiche anticoncorrenziali determinando una difficoltà in capo alle stesse circa la dimostrazione di quali pratiche possano essere considerate "efficienti".

### **3. Prova di un illecito anticoncorrenziale: basta la mera potenzialità?**

Altro tema affrontato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 12 maggio 2022 riguarda il riconoscimento del carattere abusivo rispetto ad una determinata condotta, laddove un'impresa abbia presentato elementi idonei a sostenere che «nonostante l'astratta idoneità di tale condotta a produrre effetti restrittivi, questa non ha concretamente prodotto effetti di tal genere»<sup>86</sup>.

Un presupposto necessario alla risposta è dato dal fatto che grava in capo alle Autorità procedenti il dovere di ascoltare le imprese convenute e di vagliare, con imparzialità e diligenza, tutti gli elementi forniti dalle stesse. Allo stesso tempo, l'Autorità procedente «deve verificare se, nelle circostanze del caso di specie, la condotta in questione avesse una [...] capacità [di restringere la concorrenza]»<sup>87</sup>. Ciò detto risulta logica conseguenza – anche alla luce del divieto assoluto di abuso di posizione dominante – che l'Autorità debba sanzionare ogni condotta che possa considerarsi lesiva della concorrenza, indipendentemente dell'esito fruttuoso della stessa.

D'altronde, l'inefficacia della pratica posta in essere non consente di escludere la potenziale dannosità iniziale della stessa, la quale, tuttavia, deve essere *sensibile*. Rispetto a tale necessario connotato, la Commissione ha statuito che la c.d. *incidenza sensibile* debba essere valutata alla luce del singolo caso, tenendo conto della natura della violazione, di quella dei prodotti e della posizione che le imprese coinvolte hanno nel mercato. Da tale ultima caratteristica, ossia la maggior forza commerciale delle imprese coinvolte, consegue un aumento determinante della sensibilità dell'accordo sulla concorrenza.

Nel caso di specie, la contestazione avanzata dalle società in causa secondo la quale EE avrebbe ottenuto soltanto 478 clienti, pari allo 0,002% dei clienti del mercato tutelato, non può essere considerata sufficiente a confutare la decisione dell'AGCM circa la sussistenza di una pratica anticoncorrenziale.

L'impresa che voglia dimostrare che l'impossibilità di una condotta ad assurgere alla categoria dell'abuso dovrà necessariamente provare che la sussistenza *ab origine* di qualsiasi circostanza idonea a determinare, *a priori*, l'incapacità della condotta di poter danneggiare la struttura concorrenziale del mercato di riferimento.

### **4. Considerazioni conclusive**

Come si è tentato di mettere in luce, la sentenza della Corte di giustizia in esame conferma precedenti orientamenti giurisprudenziali circa il significato da attribuire al termine "abuso", quale sia la ripartizione dell'onere probatorio in capo alle parti in causa, ovvero gli elementi di prova necessari al fine di dimostrare la sussistenza di una commistione tra imprese tale da attribuire la responsabilità di determinate condotte in capo ad un gruppo di imprese e, in

---

<sup>86</sup> Corte giust., 12 maggio 2022, causa C-377/20, *cit.*, par. 49.

<sup>87</sup> Corte giust., 12 maggio 2022, causa C-377/20, *cit.*, par. 51.

particolare, alla società-madre dello stesso, precisando la portata di tale coinvolgimento e la gravità di tale partecipazione anche ai fini del calcolo delle sanzioni conseguenti.

Problematiche rilevanti, al contrario, sorgono con riguardo alle giustificazioni che si sono affermate nella recente giurisprudenza europea e sui cui potenziali effetti distorsivi sembra sia necessario soffermarsi, non solo dal punto di vista meramente giuridico, ma anche economico e sociale.

Se la politica economica europea vuole garantire efficienza economica, benessere dei consumatori e sostenibilità<sup>88</sup> nei processi industriali e commerciali, allora ci si deve chiedere se una scelta giurisprudenziale orientata alla giustificazione dell'uso del potere di dominio, con una considerevole attenuazione – nei termini precedentemente illustrati<sup>89</sup> – della speciale responsabilità di cui all'art. 102 TFUE, possa essere realmente una modalità efficace di approccio alle problematiche odierne del mercato e dei consumatori.

In particolare, si vuole evidenziare l'incertezza che il riconoscimento di “facoltà di giustificazione” da parte della Corte di giustizia può ingenerare nel sistema di mercato nel medio-lungo termine. L'affermazione secondo cui un maggior ed immediato beneficio dei consumatori può giustificare una violazione del diritto della concorrenza attraverso lo sfruttamento di una posizione dominante, senza una pregressa ed approfondita analisi economica del mercato di riferimento, cela potenziali elementi di crisi in grado di aggravare le condizioni di concorrenza all'interno del mercato nel medio-lungo termine.

Se il criterio di giustificazione di una pratica abusiva si basa sulla generazione di effetti positivi in grado di neutralizzare o superare le conseguenze negative nel breve termine in cui la pratica viene posta in essere, il rischio sottostante consiste nella potenziale erosione della struttura del mercato sul medio-lungo termine attraverso il rafforzamento sul piano economico-sociale della posizione dell'impresa in posizione dominante. In sostanza, l'effetto generato da un incremento delle condizioni dei consumatori e della concorrenza nel breve termine, consentendo l'esplicitarsi di numerosi vantaggi in termini economici, potrebbe non garantire i medesimi positivi risultati in un lasso temporale di più ampia estensione poiché l'impresa beneficiaria dell'eccezione, in forza del vantaggio acquisito in precedenza – tra cui l'eliminazione di parte della concorrenza non efficiente – potrebbe operare sul mercato sulla base di un regime minimo dal punto di vista tecnologico, disinvestendo nella ricerca e aumentando i prezzi dei propri prodotti in forza delle condizioni a lei maggiormente favorevoli<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Consiglio delle Regioni – *Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide*, del 18 novembre 2021, COM(2021) 713, p. 12 ss. In dottrina si segnala in particolare K. STYLIANOU, M.C. IACOVIDES, *The Goals of EU Competition Law – A Comprehensive Empirical Investigation*, in *J. Leg. Stud.*, 2022, p. 620-648, consultabile online su <https://www.cambridge.org/core/journals/legal-studies/article/goals-of-eu-competition-law-a-comprehensive-empirical-investigation/4D18A299D5CC9B005F8DFD8F7489047C> (ultima visita 4/1/2023), tale studio evidenzia, illustrando la metodologia di lavoro e della copiosa documentazione analizzata, come il diritto della concorrenza dell'Unione europea persegua – seppur sotto l'influenza della linea politica delle varie Commissioni – una serie di obiettivi differenti, *in primis* la struttura del mercato ed il suo processo competitivo nella consapevolezza che il loro perseguimento possa garantire il raggiungimento di ulteriori finalità più strettamente sociali quali l'integrazione europea e i più moderni obiettivi circa i diritti dei lavoratori, la *privacy* ed il rispetto dell'ambiente.

<sup>89</sup> V. *supra* 2.3.

<sup>90</sup> In tali termini si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott del 23 febbraio 2006, ECLI:EU:C:2006:133. In dottrina: G. GHIDINI, E. AREZZO, *La prospettiva costituzionale della tutela della*

Mentre la causa in esame si è conclusa con la pronuncia del Consiglio di Stato precedentemente citata<sup>91</sup>, con la quale gli appelli principali sono stati accolti con conseguente annullamento del provvedimento impugnato e gli appelli incidentali proposti dall'AGCM sono stati dichiarati improcedibili, il confronto sull'orientamento giurisprudenziale europeo che ammette forme di “*giustificazione*” rispetto alle pratiche sanzionate dall'art. 102 TFUE e le sue conseguenze in termini economici e giuridici rimane aperto.

Appare evidente che una analisi circa tali scelte giurisprudenziali, impattanti sull'economia, non possa in ogni caso prescindere dal contributo di esperti in materie economiche nell'ottica di individuare scelte che possano tutelare non solo la struttura del mercato e della concorrenza nell'immediato e nel medio-lungo termine, ma anche il benessere e, nondimeno, la libertà dei consumatori all'interno di un sistema pienamente concorrenziale ed efficiente.

---

*concorrenza*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 866 ss. in cui gli autori sottolineano come scopo dell'art. 102 TFUE sia quello di «*intervenire prima che la struttura del mercato sia seriamente, e definitivamente, compromessa*» e che non si possa operare in una ottica di mero *consumer welfare*.

<sup>91</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza nr. 10571/2022 pubblicata il 01.12.2022, *cit.*