

La Corte di giustizia dell'Unione Europea risponde ad alcuni quesiti formulati dal Consiglio di Stato sulla nozione di abuso di posizione dominante, ritenendo che, con riferimento all'art. 102 TFUE: al fine di accertare se una pratica costituisca uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, è sufficiente che un'autorità garante della concorrenza dimostri che tale pratica è idonea a pregiudicare la struttura di effettiva concorrenza sul mercato rilevante, a meno che l'impresa dominante in questione non dimostri che gli effetti anticoncorrenziali che possono derivare da detta pratica sono controbilanciati, se non superati, da effetti positivi per i consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità e di innovazione; al fine di escludere il carattere abusivo di una condotta di un'impresa in posizione dominante, deve essere considerata non sufficiente, di per sé, la prova, addotta dall'impresa in questione, che tale condotta non ha prodotto effetti restrittivi concreti; l'esistenza di una pratica escludente abusiva da parte di un'impresa in posizione dominante deve essere valutata sulla base della capacità di tale pratica di produrre effetti anticoncorrenziali; una pratica lecita al di fuori del diritto della concorrenza può, qualora sia attuata da un'impresa in posizione dominante, essere qualificata come «abusiva», ai sensi di tale disposizione, se può produrre un effetto escludente e se si basa sull'utilizzo di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti; quando una posizione dominante è sfruttata in modo abusivo da una o più società figlie appartenenti a un'unità economica, l'esistenza di tale unità è sufficiente per ritenere che la società madre sia anch'essa responsabile di tale abuso.

[Corte di giustizia dell'Unione Europea, sezione V, 12 maggio 2022, C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale SpA e altri](#)

### **Concorrenza – Abuso di posizione dominante – Nozione**

*La Corte di giustizia dell'Unione Europea dichiara:*

- 1) L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di accertare se una pratica costituisca uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, è sufficiente che un'autorità garante della concorrenza dimostri che tale pratica è idonea a pregiudicare la struttura di effettiva concorrenza sul mercato rilevante, a meno che l'impresa dominante in questione non dimostri che gli effetti anticoncorrenziali che possono derivare da detta pratica sono controbilanciati, se non superati, da effetti positivi per i consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità e di innovazione.*
- 2) L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di escludere il carattere abusivo di una condotta di un'impresa in posizione dominante, deve essere considerata non sufficiente, di per sé, la prova, addotta dall'impresa in questione, che tale condotta non ha prodotto effetti restrittivi concreti. Tale elemento può costituire un indizio dell'incapacità della condotta in questione di produrre effetti anticoncorrenziali, il quale, tuttavia, dovrà essere integrato da altri elementi di prova volti a dimostrare tale incapacità.*
- 3) L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che l'esistenza di una pratica escludente abusiva da parte di un'impresa in posizione dominante deve essere valutata sulla base della capacità di tale pratica di produrre effetti anticoncorrenziali. Un'autorità garante della concorrenza non è tenuta a dimostrare l'intento dell'impresa in questione di escludere i propri concorrenti ricorrendo a mezzi o risorse diversi da quelli su cui*

si impernia una concorrenza basata sui meriti. La prova di un simile intento costituisce nondimeno una circostanza di fatto che può essere presa in considerazione ai fini della determinazione di un abuso di posizione dominante.

4) L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che una pratica lecita al di fuori del diritto della concorrenza può, qualora sia attuata da un'impresa in posizione dominante, essere qualificata come «abusiva», ai sensi di tale disposizione, se può produrre un effetto escludente e se si basa sull'utilizzo di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti. Qualora queste due condizioni siano soddisfatte, l'impresa in posizione dominante interessata può nondimeno sottrarsi al divieto di cui all'articolo 102 TFUE dimostrando che la pratica in questione era obiettivamente giustificata e proporzionata a tale giustificazione oppure controbilanciata, se non superata, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori.

5) L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, quando una posizione dominante è sfruttata in modo abusivo da una o più società figlie appartenenti a un'unità economica, l'esistenza di tale unità è sufficiente per ritenere che la società madre sia anch'essa responsabile di tale abuso. L'esistenza di una simile unità deve essere presunta qualora, all'epoca dei fatti, almeno la quasi totalità del capitale di tali società figlie fosse detenuta, direttamente o indirettamente, dalla società madre. L'autorità garante della concorrenza non è tenuta a fornire alcuna prova aggiuntiva, a meno che la società madre non dimostri che essa non aveva il potere di definire i comportamenti delle società figlie, le quali agivano autonomamente (1).

(1) I. – Con la sentenza in rassegna la Corte di giustizia dell'Unione Europea, in relazione ai quesiti proposti da [Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2020, n. 4646](#) (oggetto della [News US, n. 127 del 7 dicembre 2020](#), sulla quale si veda *infra* § f) ha fornito alcuni chiarimenti relativi alla nozione di abuso di posizione dominante.

II. – La Corte, dopo aver descritto le vicende processuali e le argomentazioni delle parti e della sezione rimettente, ha osservato quanto segue:

- a) con riferimento alla questione pregiudiziale con cui viene richiesto se l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che, al fine di accertare se una pratica costituisca uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, è sufficiente che un'autorità garante della concorrenza dimostri che tale pratica è idonea a pregiudicare una struttura di effettiva concorrenza sul mercato rilevante oppure se occorra altresì, o alternativamente, dimostrare che la stessa pratica può incidere sul benessere dei consumatori;
  - a1) l'art. 102 TFUE fa parte di un insieme di regole che, avendo l'obiettivo di evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuiscono a garantire il benessere all'interno dell'Unione europea;
  - a2) la disposizione è espressione dello scopo generale assegnato dall'art. 3, par. 1, lett. b), TFUE all'azione dell'Unione ossia l'instaurazione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno;
  - a3) il carattere fondamentale delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza risulta anche dal protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza, il quale, a norma dell'art. 51 TUE, costituisce parte integrante dei trattati, e ai sensi del quale

il mercato interno comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata;

- a4) lo scopo più specificamente assegnato all'articolo 102 TFUE è, secondo una costante giurisprudenza, quello di evitare che i comportamenti di un'impresa che detiene una posizione dominante abbiano l'effetto, a danno dei consumatori, di ostacolare, ricorrendo a mezzi o a risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale, la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza;
  - a5) detta disposizione non osta a che, in virtù di una concorrenza basata sui meriti, scompaiano o siano emarginati sul mercato in questione concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, il cui benessere 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;
  - a6) *“un'autorità garante della concorrenza assolve l'onere della prova a suo carico se dimostra che una pratica di un'impresa in posizione dominante è idonea a pregiudicare, ricorrendo a risorse o a mezzi diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale, una struttura di effettiva concorrenza, senza che sia necessario che la medesima dimostri che detta pratica ha, in aggiunta, la capacità di arrecare un danno diretto ai consumatori. L'impresa dominante in questione può nondimeno sottrarsi al divieto di cui all'articolo 102 TFUE dimostrando che l'effetto escludente che può derivare dalla pratica di cui trattasi è controbilanciato, se non superato, da effetti positivi per i consumatori”*;
- b) con riferimento alla questione pregiudiziale con cui viene richiesto di chiarire se l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che, al fine di accertare il carattere abusivo di una condotta di un'impresa in posizione dominante, devono essere considerati rilevanti gli elementi prodotti da tale impresa diretti a dimostrare che, nonostante l'astratta idoneità di tale condotta a produrre effetti restrittivi, questa non ha concretamente prodotto effetti di tal genere e, in caso affermativo, se l'autorità garante della concorrenza sia tenuta a esaminare tali elementi in modo approfondito;
- b1) per quanto riguarda le pratiche escludenti la giurisprudenza eurounitaria ha ritenuto che il carattere abusivo di simile pratiche presuppone che esse abbiano la capacità di restringere la concorrenza;
  - b2) pertanto, nel caso in cui, nel corso del procedimento amministrativo, un'impresa dominante sostenga che la sua condotta non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza, l'autorità garante della concorrenza deve verificare se, nel caso di specie, la condotta avesse una tale capacità;
  - b3) la qualificazione di una pratica di un'impresa in posizione dominante come abusiva non impone di dimostrare, in caso di pratica escludente, che il suo risultato sia stato raggiunto e, dunque, di dimostrare un concreto effetto escludente sul mercato;

- b4) pertanto, la prova addotta da un'impresa in posizione dominante dell'assenza di effetti escludenti concreti non può essere considerata sufficiente, di per sé, a escludere l'applicazione dell'art. 102 TFUE, circostanza che può tuttavia costituire un indizio del fatto che la condotta in questione non fosse idonea a produrre gli effetti escludenti dedotti. Tale principio di prova deve essere integrato dall'impresa con elementi volti a dimostrare che tale assenza di effetti concreti era effettivamente la conseguenza dell'incapacità di detta condotta a produrre simili effetti;
- c) con riferimento alla questione pregiudiziale con cui viene richiesto di chiarire se l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che l'esistenza di una pratica escludente abusiva da parte di un'impresa che detiene una posizione dominante deve essere valutata unicamente sulla base della capacità di tale pratica di produrre effetti anticoncorrenziali oppure se occorra tener conto dell'intento dell'impresa in questione di restringere la concorrenza;
- c1) lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante è una nozione oggettiva;
- c2) la qualificazione di una pratica come escludente dipende dagli effetti escludenti che essa è capace di produrre. Pertanto, per accertare il carattere abusivo di una pratica escludente, un'autorità garante della concorrenza deve dimostrare che, da un lato, tale pratica aveva la capacità, quando è stata attuata, di produrre un tale effetto escludente, nel senso che essa poteva rendere più difficile la penetrazione o il mantenimento dei concorrenti nel mercato e, così facendo, che detta pratica poteva incidere sulla struttura del mercato e, dall'altro, che la stessa pratica si basava sullo sfruttamento di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti. Nessuna di tali condizioni richiede la prova di un elemento intenzionale;
- c3) pertanto, per constatare lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, un'autorità garante della concorrenza non è tenuta a dimostrare l'esistenza di un intento anticoncorrenziale in capo all'impresa in posizione dominante;
- c4) nondimeno, sebbene, ai fini dell'applicazione dell'art. 102 TFUE, non sia necessario dimostrare l'esistenza di un intento anticoncorrenziale in capo all'impresa in posizione dominante, la prova di un simile intento, pur non essendo sufficiente di per sé sola, costituisce una circostanza di fatto che può essere presa in considerazione ai fini della determinazione di un abuso di posizione dominante;
- d) con riferimento alla questione pregiudiziale con cui viene richiesto di chiarire se l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che una pratica, pur lecita al di fuori del diritto della concorrenza, può, qualora sia attuata da un'impresa in posizione dominante, essere qualificata come «abusiva», ai sensi di tale disposizione, unicamente sulla base dei suoi effetti potenzialmente anticoncorrenziali o se una qualificazione del genere richieda inoltre che tale pratica sia attuata con mezzi o risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale. In questa seconda ipotesi, lo stesso giudice si interroga sui

criteri che consentono di differenziare i mezzi o le risorse propri di una concorrenza normale rispetto a quelli propri di una concorrenza falsata;

- d1) l'art. 102 TFUE dichiara incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo;
- d2) la nozione di sfruttamento abusivo è fondata su una valutazione oggettiva del comportamento ed è indipendente dalla qualificazione di tale comportamento in altri rami del diritto;
- d3) in concreto, tale nozione designa qualsiasi pratica che possa pregiudicare, mediante risorse diverse da quelle su cui si impernia una concorrenza normale, una struttura di effettiva concorrenza, essendo diretta a sanzionare i comportamenti di un'impresa in posizione dominante i quali, in un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera l'impresa in questione, il grado di concorrenza è già indebolito, abbiano l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza;
- d4) il carattere abusivo di una pratica presuppone che essa abbia avuto la capacità di produrre gli effetti escludenti sulla base dei quali si fonda la decisione controversa. Tali effetti non devono essere puramente ipotetici, di conseguenza: la pratica non può essere qualificata come abusiva se è rimasta allo stadio di progetto senza essere stata attuata; un'autorità garante della concorrenza non può basarsi sugli effetti che tale pratica potrebbe o avrebbe potuto produrre se talune circostanze particolari, che non erano quelle esistenti sul mercato al momento della sua attuazione e la cui realizzazione risultava improbabile, si fossero realizzate o si realizzino;
- d5) per essere qualificata come tale, è sufficiente che tale pratica abbia avuto, nel periodo durante il quale è stata attuata, la capacità di produrre un effetto escludente nei confronti di concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante;
- d6) poiché il carattere abusivo di una pratica non dipende dalla forma che essa assume o assumeva, ma presuppone che detta pratica abbia o la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre, al momento della sua attuazione, gli effetti escludenti contestati, tale condizione deve essere valutata alla luce di tutte le circostanze di fatto pertinenti;
- d7) ciò premesso l'art. 102 TFUE non ha lo scopo di impedire a un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, una posizione dominante su un mercato, né di garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti di un'impresa che detiene una posizione del genere. Non tutti gli effetti escludenti pregiudicano necessariamente la concorrenza, poiché, per definizione, la concorrenza basata sui

meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione;

- d8) tuttavia, alle imprese in posizione dominante incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il loro comportamento, una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato interno;
- d9) pertanto, le imprese in posizione dominante possono difendersi dai loro concorrenti, ma devono farlo ricorrendo ai mezzi propri di una concorrenza normale, cioè basata sui meriti;
- d10) tali imprese non possono invece rendere più difficile la penetrazione o il mantenimento sul mercato in questione di concorrenti altrettanto efficienti ricorrendo a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti e, in particolare, devono astenersi dall'utilizzare la loro posizione dominante per estendersi in un altro mercato se non attraverso mezzi propri di una concorrenza basata sui meriti;
- d11) deve essere considerata come un mezzo diverso da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti qualsiasi pratica per l'attuazione della quale un'impresa dominante non ha alcun interesse economico se non quello di eliminare i suoi concorrenti per poter poi rialzare i propri prezzi traendo profitto dalla sua situazione di monopolio;
- d12) le medesime conclusioni valgono anche per una pratica che non può essere adottata da un ipotetico concorrente il quale, anche se altrettanto efficiente, non detenga una posizione dominante sul mercato di cui si tratta, poiché tale pratica si basa sullo sfruttamento di risorse o di mezzi propri di una tale posizione;
- d13) la rilevanza dell'impossibilità, materiale o razionale, per un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, ma non in posizione dominante, di imitare la pratica in questione, al fine di stabilire se quest'ultima si basi su mezzi propri di una concorrenza basata sui meriti, emerge dalla giurisprudenza relativa alle pratiche sia tariffarie sia non tariffarie;
- d14) con riferimento alle pratiche tariffarie, esse sono valutate, in generale, applicando il cosiddetto criterio del «concorrente altrettanto efficiente», il quale mira a valutare la capacità che avrebbe un tale concorrente, considerato astrattamente, di riprodurre il comportamento dell'impresa in posizione dominante. Tale test è solo uno dei modi per dimostrare che un'impresa in posizione dominante ha fatto ricorso a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza «normale», tuttavia l'importanza generalmente attribuita al suddetto test, allorché esso è attuabile, dimostra che l'incapacità di un ipotetico concorrente altrettanto efficiente di replicare il comportamento dell'impresa dominante costituisce, nel caso delle pratiche escludenti, uno dei criteri che consentono di stabilire se tale comportamento debba o meno essere considerato basato sull'utilizzo di mezzi propri di una concorrenza normale;

- d15) con riferimento alle pratiche non tariffarie, la scelta di un'impresa dominante di riservare a sé stessa la propria rete di distribuzione non costituisce un rifiuto di fornitura contrario all'art. 102 TFUE laddove sia possibile per un concorrente creare una rete analoga per la distribuzione dei propri prodotti;
- d16) qualora un'autorità garante della concorrenza accerti che una pratica avviata da un'impresa in posizione dominante è idonea a pregiudicare una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato interno, resta possibile per tale impresa, affinché la pratica in questione non sia considerata uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, dimostrare che essa è o era obiettivamente giustificata o da talune circostanze del caso di specie, le quali devono segnatamente essere esterne all'impresa interessata o, tenuto conto dell'obiettivo ultimo perseguito dall'articolo 102 TFUE, dall'interesse dei consumatori;
- d17) per quanto riguarda le controversie principali, spetta al giudice del rinvio valutare se l'AGCM abbia sufficientemente dimostrato che la strategia attuata dall'impresa ENEL tra il 2012 e il 2017 era tale da pregiudicare una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato interno. Tuttavia, al fine di guidarlo in tale valutazione, la Corte può fornirgli tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che possano essergli utili;
- d18) risulta opportuno ricordare che si deve ritenere costituisca uno sfruttamento di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti l'utilizzo da parte di un'impresa di diritti esclusivi di cui essa dispone, quali un monopolio legale, al fine di estendere su un altro mercato la posizione dominante che essa detiene in un mercato per via di tali diritti;
- d19) ne consegue che, quando perde il monopolio legale che prima deteneva su un mercato, un'impresa deve astenersi, durante tutta la fase di liberalizzazione di tale mercato, dal ricorrere ai mezzi di cui disponeva in forza del suo precedente monopolio e che, a tale titolo, non sono disponibili ai suoi concorrenti, al fine di conservare, con modalità che esulano dai suoi stessi meriti, una posizione dominante sul mercato in questione recentemente liberalizzato;
- d20) in ogni caso, l'onere della prova della idoneità della condotta a produrre effetti escludenti attuali o potenziali grava sull'AGCM;
- d21) *“Se il giudice del rinvio dovesse constatare che, nella decisione controversa, l'AGCM ha sufficientemente dimostrato che il modo in cui il SEN ha chiesto il consenso dei suoi clienti a ricevere offerte era distorto al fine di favorire le società del gruppo ENEL a scapito dei suoi concorrenti, l'esistenza di una tale distorsione escluderebbe la possibilità di ritenere che la differenza di quantità di informazioni contenute nelle liste destinate alla EE e nelle liste destinate ai concorrenti fosse dovuta al fatto che le prestazioni sul mercato libero erano migliori per le società del gruppo ENEL o alla capacità attrattiva del marchio ENEL. Infatti, l'esistenza stessa di tale distorsione renderebbe, per definizione, impossibile individuare l'esistenza di cause oggettive esplicanti la differenza di consensi prestati. Pertanto, giacché, in tale ipotesi, detta distorsione sarebbe la conseguenza del*

*comportamento del SEN, la differenza tra il numero dei clienti interessati dalle liste destinate alla EE e quello dei clienti compresi nelle liste destinate ai concorrenti di quest'ultima dovrebbe essere imputata al SEN";*

- d22) *"Ne consegue che, poiché lo sfruttamento abusivo di posizione dominante si valuta alla luce della capacità del comportamento in questione di produrre effetti escludenti, e non già alla luce dei suoi effetti concreti, se dovesse essere accertato che il SEN ha chiesto ai suoi clienti il loro consenso a ricevere offerte, rispettivamente, da società del gruppo ENEL e dai suoi concorrenti, in modo discriminatorio, questa sola circostanza basterebbe a dimostrare che il comportamento dell'impresa formata quantomeno dal SEN e dalla EE era idoneo a pregiudicare una concorrenza effettiva e non falsata. Una simile constatazione non può essere rimessa in discussione dalle ragioni per le quali nessuno di detti concorrenti ha deciso di acquistare le informazioni loro proposte, dalla capacità della EE di trasformare tale vantaggio comparativo in un successo commerciale o dalla diligenza che le imprese concorrenti hanno potuto, o avrebbero potuto, adoperare, per esempio acquistando presso terzi archivi contenenti dati relativi ai clienti del mercato tutelato, per limitare le conseguenze pregiudizievoli di tale pratica";*
- e) con riferimento alla questione pregiudiziale con cui viene richiesto di chiarire se l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che, qualora una posizione dominante sia sfruttata in modo abusivo da una o più società figlie appartenenti a un'unità economica, l'esistenza di tale unità è sufficiente per ritenere che la società madre sia anch'essa responsabile di tale abuso, ancorché non abbia partecipato alle pratiche abusive, o se sia necessario fornire la prova, anche indiretta, di un coordinamento tra queste diverse società e, in particolare, dimostrare un coinvolgimento della società madre;
- e1) gli autori del TFUE hanno scelto, per designare l'autore di un'infrazione al diritto della concorrenza, di ricorrere alla nozione di impresa, la quale designa un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, sia costituita da più persone fisiche o giuridiche;
- e2) laddove tale entità economica violi le regole dell'Unione in materia di concorrenza, è tenuta a rispondere di detta infrazione, il che si traduce in una responsabilità solidale tra le entità che componeva l'unità economica in questione al momento della commissione dell'infrazione;
- e3) qualora persone giuridicamente distinte siano organizzate sotto forma di gruppo, per giurisprudenza costante esse formano un'unica impresa quando non determinano in modo autonomo il loro comportamento sul mercato di cui trattasi, ma, alla luce, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che le uniscono a una società madre, subiscono a tal fine gli effetti dell'esercizio effettivo, da parte di tale unità di direzione, di un'influenza determinante;
- e4) nella particolare ipotesi in cui la società madre detenga, direttamente o indirettamente, la totalità o la quasi totalità del capitale della società figlia responsabile di un'infrazione alle regole in materia di concorrenza dell'Unione,



l'esercizio effettivo di un'influenza determinante da parte della società madre può essere presunto, in base a una presunzione relativa;

- e5) per formare con la propria società figlia un'unica impresa, una società madre deve esercitare un controllo sul comportamento della società figlia, il che può essere accertato dimostrando o che la società madre è in grado di esercitare un'influenza determinante sul comportamento della società figlia e ha inoltre effettivamente esercitato tale influenza o che tale società figlia non determina in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma si attiene, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società madre, in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra queste due entità giuridiche;
- e6) di conseguenza, una società madre può superare la presunzione contraria dimostrando che, benché detenesse la totalità o la quasi totalità del capitale di un'altra società, non le impartiva istruzioni, quando la pratica si è realizzata, né partecipava direttamente o indirettamente, in particolare attraverso amministratori designati, all'adozione delle decisioni di quest'altra società relative all'attività economica in questione;
- e7) dalla giurisprudenza della Corte risulta che la presunzione derivante dalla detenzione, da parte di una società madre, della totalità o della quasi totalità del capitale sociale della società figlia implica che l'esercizio effettivo di un'influenza determinante da parte della società madre nei confronti della sua società figlia e, quindi, l'esistenza, tra tali società, di un'unica impresa siano considerati accertati, senza che l'autorità garante della concorrenza debba fornire prove supplementari;
- e8) l'obbligo di motivazione costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, riflesso dell'art. 41 della Carta, applicabile agli Stati membri quando attuano tale diritto. La motivazione fornita deve essere idonea a consentire agli interessati di valutare se la decisione adottata sia eventualmente inficiata da un vizio che consenta di contestare la validità e, dall'altro, al giudice competente di operare un sindacato di legittimità;
- e9) pertanto, qualora una decisione constati che una società formava, all'epoca dei fatti, con una o più delle sue società figlie, un'unica impresa ai fini della realizzazione di un'attività economica, tale decisione deve contenere, per essere considerata debitamente motivata, un'esposizione delle ragioni che giustificano una simile constatazione. L'AGCM deve pertanto motivare in modo specifico ed esporre in modo adeguato le ragioni per le quali tali elementi non consentivano di confutare la presunzione in questione; un simile obbligo motivazionale non implica tuttavia che l'autorità si tenuta a prendere posizione su ciascuno degli elementi adottati dalla società madre per confutare detta presunzione;
- e10) *“Ne consegue che, nelle controversie principali, poiché è pacifico che l'ENEL deteneva la totalità o la quasi totalità del capitale del SEN, l'AGCM poteva presumere che tale società madre formasse con la propria società figlia un'unica impresa ai fini dell'attività di*

*distribuzione di energia elettrica sul mercato in questione. L'ENEL poteva tuttavia tentare di confutare tale presunzione adducendo elementi di prova diretti a dimostrare che la detenzione di una simile quota di capitale non le consentiva nondimeno di controllare il SEN o che essa non si avvaleva, direttamente o indirettamente, della propria capacità, derivante dalla detenzione della totalità o della quasi totalità del capitale del SEN, di esercitare un'influenza determinante sul SEN. In tale eventualità, l'AGCM era tenuta a prendere posizione sulle prove addotte menzionando quantomeno una ragione per cui, nonostante questi diversi elementi, la presunzione non poteva essere confutata";*

- e11) *"Ciò premesso, nelle controversie principali si può rilevare che l'affermazione secondo cui i processi decisionali decentrati all'interno del gruppo lasciavano all'ENEL solo la semplice funzione di promuovere sinergie e buone pratiche tra le diverse società del gruppo non risulta, in ogni caso, sufficiente a confutare detta presunzione, in quanto, in particolare, essa non esclude che rappresentanti dell'ENEL sedessero negli organi decisionali del SEN né garantisce che i membri di tali organi fossero funzionalmente indipendenti dalla società madre".*

III. – Per completezza si osserva quanto segue:

- f) la questione è stata rimessa all'attenzione della Corte dalla citata [Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2020, n. 4646](#). Alla relativa News US (sopra menzionata) si rinvia, oltre che per l'esame delle argomentazioni del collegio: al § w), con riferimento alla nozione di abuso di posizione dominante; al § x), con riferimento al requisito dello sfruttamento abusivo e alla componente della antigiridicità; al § y), sulla presunzione di abusività dell'intesa restrittiva per oggetto; al § z), con riguardo al bene giuridico protetto dall'illecito di abuso di posizione dominante; al § aa), sulla prova da fornire al fine di accertare l'illecito di abuso di posizione dominante e, in particolare, sulla necessità di dimostrare la sola potenzialità dell'abuso; al § bb), sulla rilevanza dell'elemento soggettivo dell'agente al fine di integrare l'illecito di abuso di posizione dominante; al § cc), con riferimento alla discriminazione di prezzo e agli orientamenti europei e statunitensi; al § dd), per riferimenti dottrinali; al §§ ee), per riferimenti dottrinali sulla politica della concorrenza in tema d'abuso di posizione dominante, in linea generale e con specifico riferimento al tema degli sconti e dei premi fidelizzanti; al § ff), sulla possibilità che condotte settoriali *ex se* lecite diano luogo comunque a una situazione di abuso di posizione dominante, nella giurisprudenza interna; al § gg), sul concetto di "abuso efficiente"; al § hh), sulla responsabilità *antitrust* nei gruppi di impresa e nelle *holding*; al § ii), sulla possibilità di configurare una condotta abusiva dominante a carico di una pubblica amministrazione che pure si sia attenuta pedissequamente alla disciplina legale nazionale;
- g) sul mercato dell'energia elettrica si veda anche [Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. I, 28 novembre 2018, C-262/17, C-263/17 e C-273/17, Solvay Chimica Italia SpA e altri](#), oggetto della [News US in data 11 dicembre 2018](#), con la quale la Corte, nel definire l'ambito applicativo della direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009 - recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica - oltre a ritenere non conforme alla normativa europea il criterio di calcolo degli oneri di

dispacciamento dovuti dagli utenti di un sistema di distribuzione chiuso, utilizzato dal diritto italiano, ha dichiarato che la normativa europea osta a una normativa nazionale che preveda che i sistemi di distribuzione chiusi non siano soggetti all'obbligo di accesso dei terzi. Alla citata News US si rinvia, oltre che per l'esame delle argomentazioni del collegio: al § j), per quanto concerne le condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica e la possibilità che il legislatore nazionale limiti il numero di titolari di licenze di trasmissione di energia elettrica per un determinato territorio; al § k), con riferimento al calcolo della potenza elettrica nominale per la valutazione istruttoria delle iniziative edificatorie; al § l), con riferimento ai criteri di calcolo per la determinazione dell'energia incentivabile, in relazione agli incentivi Cip 6/92; al § m), sull'inapplicabilità del "sovrapprezzo nuovi impianti" in caso di autoconsumo; al § n), sul c.d. servizio di *default*; al § o), sul procedimento avente ad oggetto impianti di energia elettrica; al § p), per quanto concerne i rapporti tra legislatore nazionale e regionale in materia di energia elettrica; al § q), sulla nozione comunitaria di discriminazione indiretta in relazione alla collocazione dei pali appartenenti alla rete elettrica; al § r), sulla competenza dell'Unione europea in tema di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili; al § s), sulla procedura di vendita all'asta della energia elettrica e sul ruolo del Gestore;

- h) sullo scopo e sul ruolo dell'art. 102 TFUE, oltre ai richiami di cui alle News US indicate ai §§ f) e g), si veda: Corte di giustizia dell'Unione Europea, 30 gennaio 2020, [C-307/2018](#) (in *Foro amm.* 2020, 2; *Rass. dir. Farmaceutico* 2020, 422), secondo cui "L'art. 102 Tfeue deve essere interpretato nel senso che, in una situazione nella quale un produttore di farmaci originari contenente un principio attivo divenuto di dominio pubblico, ma il cui processo di fabbricazione è coperto da un brevetto di processo la cui validità è contestata, crea ostacoli, sul fondamento di quest'ultimo, all'ingresso nel mercato di versioni generiche di tali farmaci, occorre prendere in considerazione, ai fini della definizione del mercato di prodotti interessato, non solo la versione originaria di tale farmaco, ma anche le versioni generiche dello stesso, anche se queste ultime potrebbero non essere in condizioni di accedere legalmente al mercato prima della scadenza di detto brevetto di processo, qualora i produttori di medicinali generici interessati siano in grado di fare ingresso nel mercato di cui trattasi in tempi brevi e con forza sufficiente a costituire un serio contrappeso al produttore dei farmaci originari già presente su tale mercato, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare"; "L'art. 102 Tfeue deve essere interpretato nel senso che la strategia di un'impresa in posizione dominante titolare di un brevetto di processo per la produzione di un principio attivo divenuto di dominio pubblico, che la porta a concludere, vuoi in via preventiva, vuoi a seguito dell'introduzione di procedimenti giudiziari che rimettono in discussione la validità di detto brevetto, una serie di accordi di composizione amichevole aventi, quanto meno, l'effetto di tenere temporaneamente fuori dal mercato i potenziali concorrenti produttori di farmaci generici che utilizzano tale principio attivo, costituisce un abuso di posizione dominante ai sensi di tale articolo, qualora detta strategia abbia la capacità di limitare la concorrenza e, in particolare, di produrre effetti di preclusione che superano gli effetti anticoncorrenziali specifici di ciascuno degli

*accordi di composizione amichevole che vi contribuiscono, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare”;*

- i) sui diritti procedurali della parte si veda Corte di giustizia dell’Unione Europea, 16 ottobre 2019, [C-189/18](#) (in *Foro it.* 2020, IV, 208, con nota di PERRINO; *Gazzetta forense* 2019, 809; *Riv. dir. trib.* 2020, IV, 59, con nota di COSTANZO; *Riv. dir. trib.* 2020, IV, 59, con nota di COSTANZO; *Bollettino trib.* 2020, 1525, con nota di SALVATORES; *Guida al dir.* 2020, fasc. 43, 16, con nota di AMBROSI, MORETTI), secondo cui *“La direttiva 2006/112/Ce del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d’iva, il principio del rispetto dei diritti della difesa e l’art. 47 carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea devono essere interpretati nel senso che essi non ostano, in linea di principio, a una normativa o a una prassi di uno stato membro secondo la quale, in occasione di una verifica del diritto a detrazione dell’imposta sul valore aggiunto (iva) esercitato da un soggetto passivo, l’amministrazione finanziaria è vincolata dalle constatazioni di fatto e dalle qualificazioni giuridiche, da essa già effettuate nell’ambito di procedimenti amministrativi connessi avviati nei confronti dei fornitori di tale soggetto passivo, sulle quali si basano le decisioni divenute definitive che accertano l’esistenza di una frode relativa all’iva commessa da tali fornitori, a condizione che, in primo luogo, essa non esoneri l’amministrazione finanziaria dal far conoscere al soggetto passivo gli elementi di prova, ivi compresi quelli risultanti da tali procedimenti amministrativi connessi, sui quali essa intende fondare la propria decisione, e che tale soggetto passivo non sia in tal modo privato del diritto di contestare utilmente, nel corso del procedimento di cui è oggetto, tali constatazioni di fatto e tali qualificazioni giuridiche, in secondo luogo, che detto soggetto passivo possa avere accesso durante tale procedimento a tutti gli elementi raccolti nel corso di detti procedimenti amministrativi connessi o di ogni altro procedimento sul quale l’amministrazione intende fondare la sua decisione o che possono essere utili per l’esercizio dei diritti della difesa, a meno che obiettivi di interesse generale giustificano la restrizione di tale accesso e, in terzo luogo, che il giudice adito con un ricorso avverso la decisione di cui trattasi possa verificare la legittimità dell’ottenimento e dell’utilizzo di tali elementi nonché le constatazioni effettuate nelle decisioni amministrative adottate nei confronti di detti fornitori, che sono decisive per l’esito del ricorso”;*
- j) con riferimento all’abuso di posizione dominante in relazione all’applicazione di un sistema di sconti si vedano:
- j1) Corte di giustizia dell’Unione Europea, 6 ottobre 2015, [C-23/14](#), *Post Denmark A/S*, secondo cui: *“Per determinare se un sistema di sconti, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, praticato da un’impresa in posizione dominante, sia idoneo a produrre un effetto preclusivo sul mercato, in violazione dell’art. 82 Ce, occorre esaminare tutte le circostanze del caso di specie, in particolare i criteri e le modalità di concessione degli sconti, la portata della posizione dominante dell’impresa interessata e le specifiche condizioni di concorrenza del mercato di riferimento; la circostanza che detto sistema di sconti sia applicabile alla maggior parte della clientela nel mercato può configurare un’indicazione utile della rilevanza di tale pratica e del suo impatto sul mercato, potendo rendere ancor più verosimile un effetto di preclusione anticoncorrenziale”;* *“L’applicazione del criterio detto «del concorrente altrettanto efficiente» non configura una condizione*

*indispensabile per accertare il carattere abusivo di un sistema di sconti alla luce dell'art. 82 Ce; in una situazione come quella di cui al procedimento principale, l'applicazione del criterio detto «del concorrente altrettanto efficiente» è inconferente»; «L'art. 82 Ce deve essere interpretato nel senso che, per ricadere nell'ambito di applicazione di tale articolo, l'effetto anticoncorrenziale di un sistema di sconti operato da un'impresa in posizione dominante, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, deve essere probabile, senza che sia necessario dimostrare che esso riveste carattere grave o notevole»;*

- j2) Corte di giustizia CE, 9 novembre 1983, [C-322/81](#), N. V. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (in Foro it. 1985, IV, 65), secondo cui *“Viola il divieto di abuso di posizione dominante l'impresa egemone che, praticando un sistema di sconti annuali variabili dipendenti dalla realizzazione di obiettivi prefissati (ma non confermati per iscritto, al pari dell'entità degli sconti), crei, per i rivenditori, un vincolo di dipendenza”*;
- k) sulla determinazione del prezzo di vendita dei prodotti al solo fine di eliminare concorrenti dal mercato rilevante si veda Corte di giustizia CE, 3 luglio 1991, [C-62/86](#), Akzo Chemie B V (in Foro it. 1992, IV, 81, con nota di MASTRORILLI), secondo cui *“La vendita di prodotti, a prezzi superiore ai costi medi variabili di produzione ma inferiori ai costi totali, da parte di impresa in posizione egemone sul mercato (nella specie, dei perossidi organici), effettuata in un settore di questo (additivi per la farina) al fine di eliminare altra impresa da un diverso settore collegato al primo (plastici), costituisce abuso di posizione dominante”*;
- l) sull'abuso attuato mediante pratiche non tariffarie, si veda tra le altre Corte di giustizia CE, 26 novembre 1998, [C-7/97](#), Oscar Bronner GmbH (in Foro it. 1999, IV, 50, con nota di VASQUES; Raccolta 1998, I, 7791), secondo cui *“Il rifiuto, opposto da un'impresa editrice che controlli l'unico sistema di recapito a domicilio dei quotidiani operante in Austria su scala nazionale, di consentire l'accesso a tale sistema distributivo alla casa editrice di un quotidiano concorrente non rappresenta abuso di posizione dominante, a condizione che sussistano sistemi di distribuzione alternativi ovvero che appaia possibile (da un punto di vista economico e tecnico) organizzare altri sistemi di distribuzione”*;
- m) sulla nozione di impresa rilevante al fine di designare l'autore di un'infrazione al diritto della concorrenza, si vedano tra le altre:
  - m1) Corte di giustizia dell'Unione Europea, 27 aprile 2017, [C-516/15](#), Akzo Nobel NV (in ), secondo cui *“Se è vero che il fatto che il potere della commissione di infliggere sanzioni per comportamento anticoncorrenziale sia prescritto in applicazione dell'art. 25, par. 1, lett. b), regolamento n. 1/2003 implica che nessuna sanzione possa essere inflitta alle società nei confronti delle quali è maturata la prescrizione, ciò non osta tuttavia a che venga perseguita un'altra società considerata responsabile a titolo personale e in solido con esse per i medesimi comportamenti anticoncorrenziali, e nei confronti della quale la prescrizione non è maturata; tale conclusione non può essere rimessa in discussione dal fatto che la responsabilità di una società per un periodo di infrazione risulti esclusivamente dalla partecipazione diretta delle sue controllate; infatti, da un lato, i comportamenti anticoncorrenziali relativi a tale periodo sono comunque considerati commessi dalla stessa società controllante, dato che quest'ultima costituisce un'unità economica; dall'altro,*

*fattori propri della società controllante possono giustificare una valutazione differenziata della sua responsabilità e di quella della controllata, anche laddove la responsabilità della prima fosse fondata esclusivamente sul comportamento illecito della seconda”;*

- m2) Corte di giustizia dell’Unione Europea, 8 maggio 2013, [C-508/11](#), *Soc. Eni* (in *Foro amm.-Cons. Stato* 2013, 1121), secondo cui: *“Per giurisprudenza costante, nell’ambito del diritto della concorrenza dell’Unione la nozione di impresa dev’essere intesa come riferita a un’unità economica anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale entità sia costituita da più persone fisiche o giuridiche; qualora un ente economico di tal genere violi le regole della concorrenza, esso è tenuto, secondo il principio della responsabilità personale, a rispondere di tale infrazione”;* *“In caso di violazione delle regole di concorrenza dell’Unione, vi è la presunzione relativa che una holding, che detiene il cento per cento di una società interposta la quale, a sua volta, possiede la totalità del capitale di una controllata del gruppo, eserciti un’influenza determinante sul comportamento della società interposta e, indirettamente, mediante quest’ultima, anche sul comportamento della controllata; qualora vi sia una situazione di controllo prossimo al cento per cento tra società, la commissione può emanare imporre le ammende alla società controllante senza necessità di dimostrare il coinvolgimento personale di quest’ultima nell’infrazione; ciò in quanto la società controllante e la sua controllata formano una sola impresa ai sensi dell’art. 101 tfue, anche nelle ipotesi, di controllo indiretto; la circostanza che l’Eni abbia svolto un ruolo di «mero» coordinatore tecnico e finanziario o che abbia fornito a tali società assistenza finanziaria e patrimoniale dimostra che essa non si è astenuta dall’esercitare un’influenza determinante sulle sue controllate”;* *“La motivazione della decisione che accerta una infrazione nei confronti di un determinato ente, deve essere comunicata all’interessato insieme alla decisione stessa; la mancanza di motivazione non può essere sanata dal fatto che l’interessato apprenda i motivi della decisione nel corso del procedimento dinanzi agli organi giurisdizionali dell’Unione; ne consegue che la commissione, quando infligge un’ammenda a una società per violazione delle regole di concorrenza dell’Unione ed applica, in sede di calcolo dell’ammenda, un fattore moltiplicatore in quanto essa sarebbe già stata coinvolta in una violazione di tali regole, è tenuta a fornire indicazioni idonee a consentire ai giudici dell’Unione ed alla società stessa di comprendere in che qualità ed in che misura la società sarebbe stata coinvolta nell’infrazione precedente”;*
- m3) Corte di giustizia dell’Unione Europea, 29 settembre 2011, [C-521/09](#), *Elf Aquitaine S A* (in *Raccolta* 2011, I, 8947), secondo cui *“La nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un’attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento; su questo punto, da un lato, la nozione di impresa, collocata nel contesto del diritto della concorrenza dell’Unione, dev’essere intesa nel senso che essa designa un’unità economica anche se, dal punto di vista giuridico, tale unità economica è costituita da più persone fisiche o giuridiche e, dall’altro, tale entità economica, laddove violi le regole dettate in materia di concorrenza, è tenuta, secondo il principio di responsabilità personale, a rispondere dell’infrazione; il comportamento di una controllata*

*può essere imputato alla società controllante, in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche; nel caso particolare in cui una società controllante detenga il cento per cento del capitale della propria controllata, la quale abbia infranto le norme dell'Unione in materia di concorrenza, da un lato, tale società controllante può esercitare un'influenza determinante nel comportamento della controllata e, dall'altro, esiste una presunzione relativa secondo la quale detta società controllante esercita effettivamente una siffatta influenza; in simili condizioni, è sufficiente che la commissione provi che l'intero capitale di una controllata è detenuto dalla controllante per presumere che quest'ultima eserciti effettivamente un'influenza determinante sulla politica commerciale di tale controllata; la commissione potrà conseguentemente considerare la società controllante responsabile in solido per il pagamento dell'ammenda inflitta alla sua controllata, a meno che detta società controllante, sulla quale incombe l'onere di superare tale presunzione, non fornisca elementi di prova sufficienti, idonei a dimostrare che la sua controllata tiene un comportamento autonomo sul mercato"; "Relativamente ad un procedimento ai sensi dell'art. 81 Ce, è importante evitare che i diritti della difesa possano essere irrimediabilmente compromessi nel corso della fase di indagine preliminare del procedimento amministrativo, posto che le misure istruttorie adottate possono avere un carattere determinante per la costituzione di prove dell'illegittimità di comportamenti delle imprese atti a coinvolgerne la responsabilità; in tal senso, la valutazione della fonte di eventuali ostacoli all'esercizio efficace dei diritti della difesa non deve essere limitata alla fase contraddittoria del procedimento amministrativo, ma deve estendersi all'insieme di detto procedimento e riferirsi alla sua durata complessiva; nondimeno, la commissione non può essere tuttavia tenuta, in ogni caso, ad avvertire un dato soggetto, già anteriormente alla prima misura adottata nei confronti del medesimo, della possibilità stessa di misure istruttorie o di azioni fondate sul diritto della concorrenza dell'Unione, soprattutto nel caso in cui, a causa di siffatto avvertimento, rischi di essere indebitamente pregiudicata l'efficacia dell'indagine della commissione; inoltre, il principio della responsabilità personale non osta a che la commissione consideri inizialmente di sanzionare la società che ha commesso un'infrazione delle norme della concorrenza prima di indagare se, eventualmente, l'infrazione possa essere imputata alla sua società controllante; dunque, sempreché il destinatario di una comunicazione degli addebiti sia posto in condizione di fare utilmente conoscere la sua posizione nel corso del procedimento amministrativo in contraddittorio sulla realtà e sulla pertinenza dei fatti e delle circostanze allegati dalla commissione, quest'ultima non è in linea di principio tenuta a indirizzare un provvedimento istruttorio a detto destinatario prima dell'invio della comunicazione degli addebiti".*

