



Mercato elettrico. Rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato in un caso complesso di abuso di posizione dominante del Gruppo Enel

📅 09/10/2020

📌 BENI DI CONSUMO, ENERGIA E AMBIENTE, CONTENZIOSO

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

Con un'ordinanza del 20 luglio 2020, il Consiglio di Stato si è pronunciato sui ricorsi proposti da *Servizio Elettrico Nazionale S.p.a.* ("Servizio Elettrico Nazionale"), da *Enel S.p.a.* ("Enel") e da *Enel Energia S.p.a.* ("Enel Energia") nei confronti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") in grado di appello avverso diverse pronunce del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio ("TAR Lazio") del 2019.

Sulla base di un esposto dell'Associazione Italiana dei Grossisti di Energia e Trader ("AIGET") e delle segnalazioni di singoli consumatori che denunciavano l'utilizzo illecito di informazioni commercialmente sensibili,

relative al titolare dell'utenza, da parte degli operatori che appartenevano al Gruppo Enel, in data 4 maggio 2017 l'AGCM aveva avviato un procedimento istruttorio nei confronti di Enel, Servizio Elettrico Nazionale ed Enel Energia per verificare se le loro condotte congiunte configurassero una violazione dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). A conclusione dell'istruttoria, l'AGCM aveva accertato che, dal gennaio 2012 e fino al maggio 2017, le tre società avevano abusato della loro posizione dominante tramite una strategia escludente nei mercati della vendita di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici connessi in bassa tensione, volta ad evitare un passaggio in massa dei clienti del Servizio Elettrico Nazionale a fornitori



terzi a seguito della imminente abolizione del servizio di maggior tutela (“SMT”), che avrebbe potuto comportare una riassegnazione delle rispettive utenze mediante “aste per pacchetti di clienti”¹.

Le tre società avevano presentato autonomi ricorsi dinnanzi al giudice amministrativo di primo grado, che li aveva accolti limitatamente alle censure relative alla durata del presunto abuso e ai criteri utilizzati dall’AGCM per calcolare la sanzione (pari a circa 93 milioni di euro). Poiché il TAR Lazio, tuttavia, aveva rigettato integralmente il ricorso proposto da Enel, confermando anche in punto di sanzione il provvedimento dell’AGCM, le tre società avevano proposto separatamente appello chiedendo l’annullamento integrale del provvedimento sanzionatorio o, in via gradata, un’ulteriore riduzione della sanzione².

Riuniti i procedimenti pendenti dinnanzi a sé, il Consiglio di Stato, con un complesso provvedimento ricco di insegnamenti metodologici e sistemici, ha preliminarmente ricordato che non è di per sé illegale che un’impresa sia in posizione dominante e competa sulla base dei propri meriti, e bensì il fatto che il suo comportamento ostacoli una concorrenza realmente competitiva e non comportante distorsioni nel mercato unico. È stato inoltre ricordato che l’abuso di posizione dominante si compone di tre elementi, ossia i) la posizione dominante, ii) il suo sfruttamento abusivo, e iii) l’assenza di giustificazioni obiettive.

Per quanto riguarda la posizione dominante³, la sua esistenza viene comprovata attraverso l’analisi di diversi indici, quali la quota di mercato dell’impresa, le possibilità di espansione dei concorrenti già presenti sul mercato ovvero di ingresso di imprese esterne ad

esso, e l’eventuale contro-potere degli acquirenti. Nel caso concreto, secondo il Consiglio di Stato, il Gruppo Enel deteneva una posizione dominante in quanto, tra le altre cose, era il principale operatore in tutti i territori comunali di riferimento tramite la propria società di distribuzione elettrica, disponeva di collegamenti tra i diversi segmenti tali da porla in posizione diversificata, e di vantaggio, rispetto ai suoi concorrenti sul mercato collegato, e rappresentava il principale *player* a livello nazionale. Ciò che gli consentiva di determinarsi autonomamente nel mercato e di influire unilateralmente, con il suo comportamento, sulla struttura del mercato medesimo.

Per quanto riguarda lo sfruttamento abusivo, invece, sussistevano diversi interrogativi. In primo luogo, il Consiglio di Stato si chiede se la nozione stessa di “sfruttamento abusivo” debba essere interpretata nel senso che le condotte in questione possano essere di per sé lecite e venire qualificate come “abusive” unicamente in ragione dell’effetto potenzialmente restrittivo ingenerato nel mercato di riferimento, oppure se le stesse condotte debbano essere necessariamente connotate anche da una specifica componente di antiggiuridicità oggettiva⁴. In secondo luogo, si pone il problema di comprendere quale sia l’effetto economico perseguito dal divieto di sfruttamento abusivo, registrandosi in proposito posizioni non univoche, in quanto dal fondamento dell’illecito dipendono diverse ricadute applicative⁵. In terzo luogo, sebbene secondo un orientamento consolidato in giurisprudenza l’illecito di abuso di posizione dominante possa essere accertato anche in fase prodromica, prima che abbia prodotto effetti

¹ Si veda il punto 2 del ritenuto in fatto.

² Si veda il punto 5.1. del ritenuto in fatto.

³ CGUE 14.02.1978, Causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV contro Commissione delle Comunità europee*.

⁴ CGUE 06.12.2012, Causa C-457/10 P, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc contro Commissione europea*; CGUE 27.03.2012, Causa C-209/10, *Post Danmark A/S contro Konkurrenserådet*.

⁵ Si veda il punto 3.2. del considerato in diritto.

restrittivi⁶, non essendo necessaria la prova attuale degli effetti ed essendo sufficiente la dimostrazione della plausibile potenzialità dell'effetto restrittivo⁷, non è chiaro se, pur in presenza di un comportamento astrattamente idoneo alla produzione di effetti restrittivi, sia comunque ammessa la prova da parte dell'impresa incolpata che la condotta era priva di offensività in concreto.

Secondo il Consiglio di Stato, infine, è necessario comprendere se l'abuso di posizione dominante vada valutato soltanto per i suoi effetti, anche solo potenziali, sul mercato, senza avere riguardo al movente soggettivo dell'agente, oppure se la prova dell'intento restrittivo costituisca un parametro utilizzabile per determinare l'abusività della condotta dell'impresa dominante⁸, dovendosi nel secondo caso valutare se la prova dell'intento abusivo sia sufficiente a ricondurre alla condotta gli effetti anticoncorrenziali contestati, oppure se essa valga soltanto a ribaltare l'onere della prova in capo all'impresa dominante.

Secondo il Consiglio di Stato, tali questioni metodologiche rivestono un ruolo dirimente per la soluzione del caso concreto. Più particolarmente, l'abuso di posizione dominante posto in essere dal Gruppo Enel si innesterebbe su una duplice situazione di vantaggio, ossia i) l'accesso privilegiato all'informazione, e ii) la percezione, da parte del consumatore, di una sostanziale continuità tra le forniture in maggior tutela e quelle offerte dalle società di vendita collegate. Nello specifico, l'abuso ascritto al Gruppo Enel, finalizzato ad indurre gli utenti del servizio di maggior tutela a passare al mercato libero, consisterebbe nel trasferire i contatti dei propri clienti in maggior tutela tramite il Servizio Elettrico Nazionale alla controllata Enel Energia tramite la richiesta di una doppia liberatoria

giustificata da esigenze *privacy* (una legata alla condivisione dei dati personali intra-gruppo e l'altra verso terze parti).

Di conseguenza, al Gruppo Enel veniva contestato un abuso escludente "atipico", in quanto volto ad impedire la crescita o la diversificazione dell'offerta di imprese concorrenti, attraverso una condotta di per sé lecita sul piano regolatorio, in quanto non era stata contestata la violazione di alcuna specifica norma sul trattamento dei dati personali, e le liste del Servizio Elettrico Nazionale risultavano essere state acquistate a prezzo di mercato. Il caso concreto, pertanto, verteva sulla verifica di ciò, che la condotta dell'impresa dominante rivestisse o meno un grado significativo di offensività, tale da essere in grado di perseguire l'intento di escludere gli altri operatori presenti nel mercato libero attraverso lo svuotamento della base clienti servita in maggior tutela.

Pertanto, non constando prese di posizione univoche da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea su fattispecie comparabili, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento di nanzi a sé e di chiedere alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE:

“Se le condotte che inverano lo sfruttamento abusivo di posizione dominate possano essere di per sé del tutto lecite ed essere qualificate “abusive” unicamente in ragione dell’effetto (potenzialmente) restrittivo ingenerato nel mercato di riferimento; oppure se le stesse debbano essere contrassegnate anche da una specifica componente di anti-giuridicità, costituita dal ricorso a «metodi (o mezzi) concorrenziali diversi» da quelli «normali»; in quest’ultimo caso, sulla base di quali criteri si possa stabilire il confine tra la concorrenza «normale» e quella «falsata»;

⁶ Tribunale 29.03.2012, Causa T-398/07, *Regno di Spagna contro Commissione europea*.

⁷ CGUE 17.02.2011, Causa C-52/09, *Konkurrensverket contro TeliaSonera Sverige AB*.

⁸ Tribunale 30.01.2007, Causa T-340/03, *France Télécom SA contro Commissione delle Comunità europee*; Tribunale 30.09.2003, Causa T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin contro Commissione delle Comunità europee*.

Se la funzione dell'abuso sia di massimizzare il benessere dei consumatori, di cui il giudice debba misurare l'avvenuta (o il pericolo di) diminuzione; oppure se l'illecito concorrenziale abbia il compito di preservare di per sé la struttura concorrenziale del mercato, al fine di scongiurare la creazione di aggregazioni di potere economico ritenute comunque dannose per la collettività;

Se, in caso di abuso di posizione dominante consistito nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, l'impresa dominante sia comunque ammessa a provare che – nonostante l'astratta idoneità dell'effetto restrittivo – la condotta è risultata priva di concreta offensività; se, in caso di risposta positiva, ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza di un abuso escludente atipico, l'articolo 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all'Autorità l'obbligo di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità della condotta oggetto di istruttoria di escludere dal mercato i propri concorrenti;

Se l'abuso di posizione dominante debba valutarsi soltanto per i suoi effetti (anche soltanto potenziali) sul mercato, senza alcun riguardo al movente soggettivo dell'agente; oppure se la dimostrazione dell'intento restrittivo costituisca un

parametro utilizzabile (anche in via esclusiva) per valutare l'abusività del comportamento dell'impresa dominante; oppure ancora se tale dimostrazione dell'elemento soggettivo valga soltanto a ribaltare l'onere della prova in capo all'impresa dominante (la quale sarebbe onerata, a questo punto, di fornire la prova che l'effetto escludente è mancato);

Se, in ipotesi di posizione dominante riferita a pluralità di imprese appartenenti al medesimo gruppo societario, l'appartenenza al predetto gruppo sia sufficiente per presumere che anche le imprese che non abbiano posto in essere la condotta abusiva abbiano concorso nell'illecito – cosicché all'Autorità di vigilanza sarebbe sufficiente dimostrare un parallelismo cosciente, sia pure non collusivo, delle imprese operanti all'interno del gruppo collettivamente dominante – oppure se (al pari di quanto accade per il divieto di intese) occorra comunque fornire la prova, anche indiretta, di una situazione concreta di coordinamento e strumentalità tra le varie imprese del gruppo in posizione dominante, in particolare al fine dimostrare il coinvolgimento della casa madre”.



Roberto A. Jacchia
PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Marco Stillo
ASSOCIATE

 m.stillo@dejalex.com

 +32 (0)26455670

 Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com