CONCLUSIONI DELL' AVVOCATO GENERALE**ATHANASIOS RANTOS**presentate il 9 dicembre 2021 ([1](#))**Causa C-377/20****Servizio Elettrico Nazionale SpA,****ENEL SpA,****Enel Energia SpA****contro****Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,****nei confronti di:****Eni Gas e Luce SpA,****Eni SpA,****Axpo Italia SpA,****Gala SpA,****E.Ja SpA,****Green Network SpA,****Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET,****Ass.ne Codici – Centro per i Diritti del Cittadino,****Associazione Energia Libera,****Metaenergia SpA**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato (Italia)]

«Rinvio pregiudiziale – Concorrenza – Posizione dominante – Sfruttamento abusivo – Articolo 102 TFUE – Apertura alla concorrenza del mercato della vendita di energia elettrica – Utilizzazione di informazioni commercialmente sensibili all'interno di un gruppo di imprese dominante – Imputabilità del comportamento della controllata alla controllante»

I. Introduzione

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale solleva un significativo numero di questioni relative all'interpretazione e all'applicazione dell'articolo 102 TFUE in materia di pratiche di esclusione, ovvero di comportamenti abusivi delle imprese in posizione dominante volti ad escludere i concorrenti.

2. Nella specie, il comportamento di cui al procedimento principale, esaminato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in prosieguo: l'«AGCM») (2), si colloca nel contesto dell'apertura del mercato della fornitura dell'energia elettrica in Italia e assume la forma di un'asserita strategia attuata da tre società del gruppo ENEL SpA (l'operatore storico) diretta, in sostanza, a rendere più difficile l'ingresso dei concorrenti nel mercato liberalizzato. Più precisamente, tale strategia sarebbe consistita nell'utilizzazione discriminatoria di dati relativi alla clientela del mercato tutelato che, prima della liberalizzazione, erano in possesso del Servizio Elettrico Nazionale SpA (in prosieguo: il «SEN»), una delle società del gruppo ENEL, nella sua qualità di gestore di tale mercato. L'obiettivo perseguito sarebbe stato quello di utilizzare tali dati per lanciare offerte commerciali presso la clientela di detto mercato affinché essa transitasse all'interno del gruppo ENEL, ossia dal SEN verso la società del gruppo attiva sul mercato libero, la Enel Energia SpA (in prosieguo: la «EE»). Ciò avrebbe consentito di evitare una partenza in massa di tale clientela verso fornitori terzi, in vista dell'abolizione del mercato tutelato.

3. È in tale contesto che il giudice del rinvio invita la Corte a precisare taluni aspetti della nozione di «sfruttamento abusivo», ai sensi dell'articolo 102 TFUE, ossia:

- gli elementi costitutivi di un comportamento abusivo che consentono di tracciare una linea di demarcazione fra le pratiche che rientrano nella concorrenza cosiddetta «normale» e quelle che rientrano nella concorrenza «falsata»;
- su un piano più filosofico, gli interessi protetti dall'articolo 102 TFUE, al fine di determinare gli elementi di prova che devono essere presi in considerazione nella valutazione dell'esistenza di un comportamento abusivo;
- l'ammissibilità e la rilevanza delle prove prodotte ex post dalle imprese dominanti a dimostrazione dell'assenza di effetti reali di un comportamento asseritamente abusivo, al fine di contestare la capacità di tale comportamento di produrre effetti restrittivi della concorrenza; e
- la pertinenza dell'intento restrittivo della concorrenza nella valutazione del carattere abusivo di un comportamento.

4. Pur se la giurisprudenza esistente offre parametri di riferimento per apportare risposte utili a tali questioni, la presente causa ha caratteristiche che le conferiscono un interesse particolare.

5. Anzitutto, il comportamento di cui al procedimento principale è correttamente descritto come «atipico» dal giudice del rinvio, nella misura in cui esso non si ricollega ai comportamenti elencati all'articolo 102 TFUE e non costituisce un tipo di comportamento che viene sistematicamente analizzato nella prassi decisionale nazionale o della Commissione europea. A tal riguardo, osservo che i giudici dell'Unione hanno avuto l'occasione di applicare l'articolo 102 TFUE nell'ambito di mercati liberalizzati al fine di garantire un accesso equo alle nuove imprese del mercato liberalizzato. In quelle cause si trattava però perlopiù di comportamenti dell'operatore storico, messi in atto nel contesto di controversie relative alle industrie di rete, che costituivano pratiche di esclusione di natura tariffaria (3). Pertanto, la presente causa offre alla Corte l'occasione di affrontare una problematica più ampia dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE ai mercati liberalizzati, quella di un comportamento abusivo poggiante su un vantaggio concorrenziale che un operatore storico ha legittimamente «ereditato» dal suo passato monopolio legale, come l'immagine del marchio e la notorietà o la clientela (4).

6. Inoltre, la presente causa consentirà alla Corte di cristallizzare la sua recente giurisprudenza scaturita dalle sentenze TeliaSonera (5), Post Danmark I e II (6), Intel (7), Generics (UK) (8) e Deutsche Telekom II, nelle quali essa si è mostrata aperta ad un approccio meno formale nella valutazione del carattere abusivo di un comportamento, sulla base di un esame degli effetti e tenendo conto tanto delle caratteristiche giuridiche del comportamento in questione quanto del contesto economico in cui esso si inserisce. Più esattamente, la presente causa offre alla Corte l'occasione di precisare se taluni principi promananti da tale giurisprudenza recente relativa alle pratiche di esclusione tariffarie, e segnatamente il criterio del «concorrente altrettanto

efficiente», possano essere applicati nell'ambito di comportamenti escludenti non tariffari, come quello della controversia di cui al procedimento principale.

7. Infine, la presente causa riveste un interesse particolare nella misura in cui si inserisce nell'ambito di un tipo di comportamento connesso all'uso abusivo di banche dati, un indicatore ormai estremamente importante di potenza su determinati mercati, anche al di là dell'ambito dell'economia digitale. Le indicazioni apportate potranno dunque rivelarsi utili in futuro per valutare i comportamenti connessi all'uso di dati con riguardo all'articolo 102 TFUE.

II. Procedimento principale, questioni pregiudiziali e procedimento dinanzi alla Corte

8. La presente causa si inserisce nell'ambito del progressivo processo di liberalizzazione del mercato della fornitura al dettaglio di energia elettrica in Italia.

9. In un primo momento, l'apertura di tale mercato e' stata caratterizzata da una distinzione tra, da un lato, i clienti cosiddetti «ammessi» a scegliere un fornitore sul mercato libero diverso dal loro distributore territorialmente competente e, dall'altro, i clienti cosiddetti «vincolati», composti dai clienti domestici e dalle piccole imprese, i quali, considerati non in grado di negoziare i prodotti energetici in condizioni di compiuta consapevolezza o forza negoziale, hanno beneficiato di un regime regolato, ossia il «servizio di maggior tutela», vale a dire un mercato tutelato soggetto al controllo di un'autorità nazionale di regolazione settoriale per quanto riguarda la definizione delle condizioni di vendita.

10. In un secondo momento, i clienti «vincolati» sono stati anch'essi progressivamente abilitati al mercato libero. Il legislatore italiano ha prefigurato il definitivo passaggio dal mercato tutelato a quello libero – dove questi ultimi potrebbero selezionare liberamente l'offerta ritenuta più adatta alle proprie esigenze, al di là di qualsiasi tutela – fissando la data a partire dalla quale le speciali tutele in materia di prezzo non saranno più disponibili. Dopo vari rinvii, la data di transizione e' stata fissata al 1° gennaio 2021 per le piccole e medie imprese e al 1° gennaio 2022 per i clienti domestici.

11. È in tale contesto che l'ENEL, l'impresa verticalmente integrata monopolista della produzione di energia elettrica in Italia e attiva nella sua distribuzione, è stata soggetta ad un procedimento di separazione («unbundling»), al fine di garantire condizioni di accesso trasparenti e non discriminatorie alle infrastrutture essenziali di produzione e di distribuzione. A seguito di tale procedimento, le varie fasi del processo di distribuzione sono state attribuite a imprese distinte, ossia: E-Distribuzione, concessionaria del servizio di distribuzione; EE, fornitore di energia elettrica per il mercato libero, e SEN, gestore segnatamente del «servizio di maggior tutela» nelle aree nelle quali la E-Distribuzione è la concessionaria del servizio di distribuzione.

12. La presente controversia scaturisce da un esposto pervenuto all'AGCM, depositato dall'Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader (in prosieguo: l'«AIGET»), e dalle segnalazioni di singoli consumatori che denunciavano l'utilizzo illecito di informazioni commercialmente sensibili da parte di operatori in possesso di tali dati in ragione della loro appartenenza al gruppo ENEL. Su queste basi, l'AGCM, in data 4 maggio 2017, ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti dell'ENEL, del SEN e della EE per verificare se i comportamenti assunti congiuntamente da tali società configurassero una violazione dell'articolo 102 TFUE.

13. Tale istruttoria si è conclusa con l'adozione della decisione del 20 dicembre 2018 (in prosieguo: la «decisione controversa»), con la quale l'AGCM ha accertato che il SEN e la EE, coordinate dalla capogruppo ENEL, avevano posto in essere, dal gennaio 2012 e fino al maggio 2017, un abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 102 TFUE sui mercati della vendita di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici connessi alla rete di bassa tensione, nelle aree nelle quali il gruppo ENEL gestiva l'attività di distribuzione (in prosieguo: il «mercato in questione»). Di conseguenza, l'AGCM ha comminato alle summenzionate società, in solido tra loro, un'ammenda per un importo pari a EUR 93 084 790,50.

14. La condotta contestata consisteva nell'attuazione di una strategia escludente nel mercato in questione volta a «traghettare» i clienti dal SEN (gestore del mercato tutelato) alla EE (attiva sul libero mercato). L'obiettivo del gruppo ENEL sarebbe stato, in particolare, quello di evitare un passaggio in massa degli utenti dal SEN a fornitori terzi, in vista dell'abolizione (allo stato non ancora attuata) del mercato tutelato, la quale,

nelle modalità discusse nei disegni di legge a partire dal 2015, potrebbe comportare una riassegnazione di tali utenze mediante «aste».

15. A tale scopo, secondo l'AGCM, il SEN, in primo luogo, avrebbe raccolto il consenso dei propri clienti del mercato tutelato a ricevere proposte commerciali nel mercato libero con «modalità discriminatorie» consistenti nel chiedere tale consenso separatamente per le società del gruppo ENEL, da un lato, e per i terzi, dall'altro. In questo modo, i clienti interpellati avrebbero avuto la tendenza, da un lato, a fornire il loro consenso in favore delle società del gruppo ENEL, essendo di fatto indotti a ritenere che il rilascio di tale consenso fosse necessario e funzionale alla gestione del rapporto contrattuale con il proprio fornitore, e, dall'altro, a negare il loro consenso in favore di altri operatori. Il SEN avrebbe dunque ristretto quantitativamente il numero delle anagrafiche accessibili agli operatori concorrenti della EE sul mercato libero, atteso che il numero dei consensi alla ricezione anche di proposte commerciali provenienti dagli operatori concorrenti sarebbe stato pari solo al 30% dei consensi totali ottenuti. I nominativi dei clienti del mercato tutelato che hanno prestato il proprio consenso a ricevere proposte commerciali sono stati inseriti in apposite liste (in prosieguo: le «liste SEN»).

16. In secondo luogo, la strategia escludente si sarebbe concretizzata nello sfruttamento, da parte della EE, delle liste SEN per lanciare offerte commerciali alla clientela protetta (ossia l'offerta «Sempre con Te»), in vista del passaggio dal mercato tutelato verso il mercato libero. Più esattamente, l'ENEL avrebbe trasferito alla sua controllata EE, tramite il SEN, le liste SEN a condizioni non accessibili ai concorrenti. Secondo l'AGCM, tali liste SEN costituirebbero un «asset strategico e irripetibile» a motivo dell'introvabile informazione implicita ivi contenuta, costituita dall'appartenenza degli utenti al «servizio di maggior tutela», la quale avrebbe consentito alla EE di proporre offerte dedicate solo a questa categoria di clienti. Del resto, l'utilizzazione delle liste SEN avrebbe avuto una «mera potenzialità dell'effetto restrittivo», data dalla circostanza che avrebbe consentito alla EE di sottrarre ai suoi concorrenti una rilevante porzione (superiore al 40%) della «domanda contendibile» dei clienti in transito dal mercato tutelato verso il mercato libero.

17. Le società del gruppo ENEL hanno proposto ricorsi separati avverso la decisione controversa dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia), giudice di primo grado.

18. Con sentenze del 17 ottobre 2019, tale giudice, constatando al contempo l'esistenza di un abuso di posizione dominante, ha accolto i ricorsi proposti dalla EE e dal SEN nella parte relativa alla durata dell'asserito abuso e ai criteri di determinazione della sanzione. In esecuzione di tali sentenze, l'AGCM ha ridotto l'importo della sanzione a EUR 27 529 786,46. Per contro, il medesimo giudice ha respinto integralmente il ricorso proposto dall'ENEL e ha parimenti confermato la sanzione irrogata.

19. Avverso tali decisioni le tre società hanno interposto appello separatamente dinanzi al Consiglio di Stato (Italia), giudice del rinvio, chiedendo l'annullamento integrale del provvedimento sanzionatorio o, in subordine, un'ulteriore riduzione della sanzione.

20. A sostegno del loro appello, le appellanti hanno fatto valere, segnatamente, in primo luogo, l'assenza di prova del carattere abusivo del loro comportamento e in particolare della capacità (potenziale) di produrre effetti preclusivi anticoncorrenziali.

21. Anzitutto, il mero inserimento del nominativo di un cliente in una lista di telemarketing a fini promozionali di servizi di società affiliate non costituirebbe un comportamento abusivo, poiché non comporterebbe alcun impegno di fornitura e non impedirebbe al cliente di figurare in altre liste, di ricevere comunicazioni commerciali e di scegliere o cambiare in qualsiasi momento, anche più volte, il proprio fornitore.

22. Inoltre, secondo le appellanti, l'utilizzo delle liste SEN non era idoneo a consentire un rapido e massiccio passaggio di clienti dal SEN alla EE. Infatti, tra il mese di marzo e il mese di maggio del 2017, i soli due mesi intercorsi tra il lancio dell'offerta «Sempre con Te» e la chiusura delle televendite («teleselling outbound»), la EE avrebbe acquisito, mediante l'uso delle liste SEN, appena 478 clienti, ossia lo 0,002% degli utenti del «servizio di maggior tutela» e lo 0,001% del totale delle utenze elettriche. Inoltre, l'AGCM non avrebbe esaminato le evidenze economiche fornite dalle appellanti per dimostrare che le condotte constatate non erano idonee a generare – e non avevano generato – alcun effetto restrittivo della concorrenza. A tal riguardo, i risultati positivi della EE nelle acquisizioni di clienti rientranti nel «servizio di maggior tutela» sarebbero riconducibili a due fattori perfettamente leciti, in grado di fornire una spiegazione

alternativa e più convincente di quella ipotizzata dall'AGCM, ossia, da un lato, il fatto che le performance nel mercato libero sono migliori per le società dello stesso gruppo cui appartiene l'impresa di distribuzione, nei territori di competenza di quest'ultima, e, dall'altro, la capacità attrattiva del brand ENEL.

23. Infine, le liste SEN non sarebbero né strategiche né irreplicabili, data la disponibilità sul mercato di analoghe liste di clienti del «servizio di maggior tutela», più complete e meno onerose delle liste SEN.

24. In secondo luogo, l'ENEL ha contestato l'applicazione da parte dell'AGCM di una presunzione semplice, la quale fonderebbe la sua responsabilità di controllante. A tal riguardo, essa fa valere che, a partire dal 2014, sarebbe stata intrapresa una profonda operazione di ristrutturazione organica del gruppo ENEL, in esito alla quale i processi decisionali sarebbero stati decentralizzati. In tale rinnovato contesto organizzativo, la società madre avrebbe assunto la semplice funzione di promuovere sinergie e *best practices* tra le diverse società operative, dismettendo il proprio ruolo decisionale.

25. Secondo il giudice del rinvio, il quale ha riunito i tre ricorsi, è pacifico che il gruppo ENEL detiene una posizione dominante nel mercato in questione. Per contro, la nozione di «sfruttamento abusivo», in particolare per quanto riguarda gli abusi «atipici», come quello di cui al procedimento principale, volto ad impedire la crescita o la diversificazione dell'offerta dei concorrenti, solleverebbe problemi di interpretazione, nella misura in cui, da un lato, l'articolo 102 TFUE non offre parametri di definizione esaurienti e, dall'altro, la distinzione tradizionale tra gli abusi di sfruttamento e gli abusi escludenti non è pertinente.

26. Infatti, ai fini dell'accertamento di un abuso di posizione dominante, il giudice del rinvio desidera sapere, inter alia, in che misura occorra tenere conto della strategia del gruppo ENEL, la quale, come emergerebbe dai documenti raccolti dall'AGCM, mirava ad impedire il passaggio dei clienti dal SEN a concorrenti, o del fatto che le condotte di tale gruppo sono di per sé lecite poiché le liste SEN sono state ottenute lecitamente. Il giudice del rinvio si chiede parimenti se sia sufficiente che la condotta in questione sia idonea ad escludere concorrenti dal mercato rilevante, dal momento che detto gruppo ha prodotto nel corso dell'istruttoria studi economici volti a dimostrare che la propria condotta non aveva avuto, in concreto, effetti preclusivi. Infine, l'abuso di posizione dominante da parte di un gruppo di imprese solleverebbe la questione se occorra fornire la prova di un coordinamento attivo tra le varie società del gruppo oppure se l'appartenenza a tale gruppo sia sufficiente per constatare un concorso nella pratica abusiva anche in capo a un'impresa del gruppo che non abbia posto in essere le condotte abusive.

27. In tale contesto, il Consiglio di Stato, nutrendo dubbi sull'interpretazione da dare all'articolo 102 TFUE, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le cinque seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se le condotte che inverano lo sfruttamento abusivo di posizione dominante 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 (...) debbano essere contrassegnate anche da una specifica componente di antigiuridicità, 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”.
- 2) 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.
- 3) 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.

- 4) 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).
- 5) Se, in ipotesi di posizione dominante riferita a una 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 di dimostrare il coinvolgimento della casa madre».

28. Hanno depositato osservazioni scritte dinanzi alla Corte il SEN, la EE, l'ENEL, da un lato, e l'AGCM, dall'altro, rispettivamente appellanti e appellata nel procedimento principale, l'AIGET e la Green Network SpA, intervenienti nel procedimento principale, i governi italiano e norvegese nonché la Commissione europea. Nelle loro osservazioni, il SEN, la EE e il governo norvegese si sono concentrati sulle questioni dalla prima alla quarta, mentre l'ENEL ha esaminato unicamente la quinta questione.

29. Ad eccezione dell'ENEL, tutte queste parti sono state altresì sentite nel corso dell'udienza tenutasi il 9 settembre 2021. Il governo tedesco e l'Autorità di sorveglianza dell'Associazione europea di libero scambio (AELS), che non avevano depositato osservazioni scritte, hanno parimenti esposto i loro argomenti nel corso di tale udienza.

III. Analisi

A. Sulla prima questione pregiudiziale

30. Con la sua prima questione pregiudiziale il giudice del rinvio domanda se una pratica ritenuta «perfettamente lecita» al di fuori del diritto della concorrenza e posta in essere da un'impresa in posizione dominante possa essere qualificata come «abusiva», ai sensi dell'articolo 102 TFUE, unicamente in ragione del suo effetto (potenzialmente) restrittivo oppure se tale condotta debba essere contrassegnata anche da una componente specifica di «antigiuridicità oggettiva», costituita dal ricorso a mezzi diversi dai mezzi che governano una concorrenza «normale». In quest'ultimo caso, viene chiesto alla Corte di indicare i criteri che stabiliscono in concreto il confine tra la concorrenza «normale» e la concorrenza «falsata» (9).

31. Tale questione pregiudiziale consta, in realtà, di quattro parti, che sono intrinsecamente connesse ma che, per semplicità, esaminerò individualmente nell'ordine in cui sono poste:

- la prima è diretta a determinare la rilevanza della legittimità di un comportamento alla luce di branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza con riferimento alla sua qualificazione come abusivo, ai sensi dell'articolo 102 TFUE;
- la seconda è diretta a verificare se un comportamento possa essere qualificato come abusivo per il solo fatto che esplica effetti potenzialmente restrittivi;
- la terza è diretta a stabilire se, per una siffatta qualificazione, tale comportamento debba essere contrassegnato anche da una componente di antigiuridicità complementare, ossia il ricorso a metodi o mezzi concorrenziali diversi da quelli rientranti in una «concorrenza normale», e
- la quarta è diretta a distinguere le pratiche che costituiscono uno sfruttamento abusivo ai sensi dell'articolo 102 TFUE, nella misura in cui esse consistono nel ricorso a mezzi concorrenziali

diversi da quelli rientranti in una concorrenza «normale», dalle pratiche che non danno luogo ad un siffatto sfruttamento abusivo.

1. Sulla prima parte

32. Con la prima parte il giudice del rinvio domanda se, ai fini dell'articolo 102 TFUE, possa essere ritenuto sussistente un abuso di posizione dominante in presenza di condotte lecite alla luce di branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza.

33. Tale questione si basa sulla constatazione del giudice del rinvio secondo la quale le modalità di acquisizione del consenso delle liste SEN erano pacificamente lecite sul piano del diritto civile, in quanto non sarebbe stata presentata alcuna denuncia di violazione delle norme specifiche che disciplinano il trattamento dei dati personali e tali liste sarebbero state ottenute dalla EE al prezzo di mercato.

34. In via preliminare, ricordo che da una giurisprudenza costante risulta che la nozione di «sfruttamento abusivo» ai sensi dell'articolo 102 TFUE è una «nozione oggettiva che riguarda i comportamenti di un'impresa in posizione dominante, i quali, su un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito, 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 detta concorrenza» (10).

35. Ne consegue che la nozione di «sfruttamento abusivo» è fondata sulla valutazione oggettiva della capacità di un comportamento di restringere la concorrenza, senza che la qualificazione giuridica di tale comportamento in altre branche del diritto sia decisiva.

36. In tal senso, la Corte ha dichiarato che «l'illegittimità di un comportamento abusivo alla luce dell'articolo [102 TFUE] non ha alcuna relazione con la sua conformità o meno ad altre norme giuridiche, e gli abusi di posizione dominante consistono, nella maggioranza dei casi, in comportamenti peraltro legittimi alla luce di branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza» (11).

37. Infatti, se fossero considerate abusive ai sensi di tale disposizione solo le pratiche al contempo oggettivamente restrittive della concorrenza e giuridicamente illegittime, un comportamento che fosse potenzialmente nocivo per la concorrenza, ma legittimo, automaticamente non potrebbe essere sanzionato ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Orbene, un siffatto risultato comporterebbe il rischio che un abuso di posizione dominante non possa praticamente mai essere constatato, il che comprometterebbe l'obiettivo di tale disposizione, consistente nell'istituire un regime che assicuri che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno. Viceversa, un comportamento non conforme alle norme di diritto di una determinata branca non costituisce necessariamente un abuso da parte dell'impresa dominante, qualora non sia idoneo a causare un pregiudizio, neanche potenziale, al gioco della concorrenza (12).

38. Ne consegue che, nella specie, la legittimità dell'acquisizione del consenso delle liste SEN sotto il profilo delle norme di diritto civile non può escludere la qualificazione del comportamento come abusivo ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Tuttavia, spetta al giudice del rinvio verificare se, alla luce segnatamente della disciplina normativa del trattamento dei dati personali, le modalità di ottenimento del consenso potessero essere «discriminatorie», come sostenuto dall'AGCM (13). In tal senso, il contesto normativo specifico applicabile (e la conformità al medesimo) può costituire una circostanza fattuale rilevante nella valutazione globale del carattere abusivo del comportamento (14).

2. Sulla seconda parte

39. Con la seconda parte il giudice del rinvio si domanda se un comportamento possa essere qualificato come abusivo unicamente in ragione dell'effetto (potenzialmente) restrittivo ingenerato nel mercato di riferimento.

40. A tal riguardo, ricordo che la nozione di «sfruttamento abusivo», descritta supra, implica che il comportamento sanzionato dall'articolo 102 TFUE sia quello che osta alla conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o allo sviluppo della medesima (15). Infatti, in conformità ad una giurisprudenza costante, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, all'impresa che detiene una posizione dominante

incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale all'interno del mercato interno (16).

41. Più precisamente, nell'ambito di pratiche di esclusione, come quella di cui al procedimento principale (17), la Corte ha dichiarato in più occasioni, da un lato, che il carattere abusivo di un comportamento presuppone che esso abbia avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato addebitati (18), laddove tale valutazione deve essere effettuata alla luce di tutte le circostanze di fatto pertinenti che accompagnano detto comportamento(19). Dall'altro, per accertare l'abusività di siffatta pratica, il suo effetto anticoncorrenziale sul mercato non deve essere meramente ipotetico (20), e deve dunque sussistere, ma non deve essere necessariamente concreto, in quanto è sufficiente la dimostrazione di un effetto anticoncorrenziale potenziale idoneo a precludere l'accesso al mercato a concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante (21).

42. Ne consegue che la capacità di produrre un effetto (potenzialmente) restrittivo nel mercato rilevante, come un effetto preclusivo anticoncorrenziale, costituisce l'elemento essenziale per la qualificazione di un comportamento come abusivo.

43. Tuttavia, a tal riguardo, occorre sottolineare che un effetto preclusivo non pregiudica necessariamente il gioco della concorrenza e dunque non sempre è «restrittivo nel mercato di riferimento», per impiegare i termini utilizzati nel testo della questione. Il mero fatto che taluni comportamenti abbiano la capacità di escludere un concorrente non rende il mercato meno concorrenziale e, a fortiori, tali comportamenti abusivi ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Occorre dunque distinguere fra il rischio di preclusioni e il rischio di preclusioni anticoncorrenziali, perché solo quest'ultimo può essere sanzionato ai sensi dell'articolo 102 TFUE (22).

44. Infatti, come spiegato dalla Corte nella sentenza Intel, da un lato, «l'articolo 102 TFUE non ha assolutamente lo scopo di impedire ad un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, una posizione dominante su un dato mercato. Tale disposizione non è diretta neppure a garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti dell'impresa che detiene una posizione dominante (...). In tal senso, *non tutti gli effetti di esclusione dal mercato pregiudicano necessariamente la concorrenza*. 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, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione*» (23). Pertanto, resta possibile per un'impresa dimostrare che la sua pratica, benché espliciti un effetto preclusivo, è oggettivamente (economicamente) giustificata sulla base di tutte le circostanze del caso di specie (24) o che gli effetti sono controbilanciati, o anche superati, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche del consumatore (25). Una ponderazione siffatta degli effetti, favorevoli e sfavorevoli per la concorrenza, della pratica contestata può essere svolta solo in esito ad un'analisi della capacità di esclusione dal mercato di concorrenti quantomeno altrettanto efficaci, intrinseca alla pratica considerata (26).

45. La premessa sulla quale si basa il ragionamento della Corte è dunque che se ogni comportamento avente un effetto preclusivo (attuale o potenziale) fosse automaticamente qualificato come anticoncorrenziale e, pertanto, abusivo ai sensi dell'articolo 102 TFUE, tale disposizione costituirebbe uno strumento di protezione delle imprese meno capaci e meno efficienti e non tutelerebbe in alcun modo le più meritevoli, le quali possono anzi servire da stimolo per la competitività del mercato.

46. Alla luce dell'analisi che precede, affinché un comportamento, come una pratica di esclusione, sia qualificato come abusivo, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, è necessario che esso sia anticoncorrenziale ovvero in grado di produrre un effetto (attualmente o potenzialmente) restrittivo nel mercato di riferimento. Tuttavia, al fine di valutare il carattere anticoncorrenziale di tale comportamento, occorre stabilire se l'impresa dominante abbia fatto ricorso a mezzi diversi da quelli rientranti in una concorrenza «normale». È esattamente tale valutazione a costituire l'oggetto della terza e della quarta parte.

3. Sulla terza parte

47. Con la terza parte il giudice del rinvio solleva una questione di ordine metodologico, ossia se l'onere di dimostrare che un'impresa dominante ha fatto ricorso a mezzi diversi da quelli rientranti in una concorrenza «normale» si riferisca a un «*quid pluris* di antigiuridicità» rispetto alla dimostrazione dell'effetto preclusivo anticoncorrenziale, cosicché «la capacità restrittiva della concorrenza» e «il ricorso a mezzi diversi

da quelli rientranti in una concorrenza normale» sarebbero requisiti distinti da soddisfare per dimostrare l'esistenza di un abuso.

48. A tal riguardo, constatato che le posizioni delle parti nel procedimento principale, dei governi e della Commissione divergono (27). Per me, la dimostrazione che un'impresa dominante abbia fatto ricorso a mezzi diversi da quelli rientranti in una concorrenza «normale» non costituisce un requisito che deve essere oggetto di una valutazione distinta da quella dell'effetto restrittivo del comportamento.

49. Infatti, come si evince dal paragrafo 44 delle presenti conclusioni, l'analisi del comportamento dell'impresa svolge un ruolo determinante nella qualificazione degli effetti come anticoncorrenziali. In tal senso, questi due elementi si iscrivono nell'ambito di una sola e medesima analisi. Più precisamente, al fine di valutare se l'effetto preclusivo sia (attualmente o potenzialmente) restrittivo della concorrenza, occorre parimenti esaminare se i mezzi rientrino in una concorrenza «normale». Analogamente, al fine di rilevare se i mezzi rientrino in una siffatta concorrenza, occorre sapere se le pratiche presentino una capacità escludente, ossia la capacità di causare effetti (attuali o potenziali) preclusivi in tale mercato. Infatti, la qualificazione come «anticoncorrenziale» di un comportamento non potrebbe far parte di un esame distinto dagli effetti di tale comportamento. I due requisiti sono dunque intrinsecamente connessi e devono essere valutati alla luce di tutte le circostanze di fatto pertinenti che accompagnano detto comportamento (28).

50. Si può concludere che la capacità di una pratica di produrre un effetto anticoncorrenziale e il ricorso a mezzi che non rientrano in una concorrenza normale sono requisiti che formano l'oggetto dello stesso esame, consistente nel determinare se detta pratica sia abusiva.

51. Nella specie, dagli elementi fattuali contenuti nell'ordinanza di rinvio emerge che l'AGCM ritiene che il comportamento in questione del gruppo ENEL abbia prodotto un effetto restrittivo della concorrenza, nella misura in cui la strategia attuata dalle appellanti mirava, in sostanza, ad impedire o a rendere più difficile l'ingresso dei concorrenti della EE nel libero mercato. Alla luce dell'analisi che precede, spetta al giudice del rinvio verificare se il comportamento che concretizza asseritamente tale strategia fosse idoneo, quantomeno potenzialmente, a produrre effetti preclusivi nei confronti dei concorrenti della EE e valutare se tale effetto preclusivo fosse idoneo ad arrecare pregiudizio al gioco della concorrenza, stabilendo se tale comportamento rientri o meno in una concorrenza «normale».

4. Sulla quarta parte

52. Con la quarta parte il giudice del rinvio domanda alla Corte, in sostanza, di tracciare una linea di demarcazione fra le pratiche che rientrano in una concorrenza cosiddetta «normale» e quelle che non vi rientrano. Tale questione va dunque al cuore di ciò che costituisce uno sfruttamento abusivo, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, e mira a stabilire se il comportamento di cui al procedimento principale integri un siffatto sfruttamento.

53. In via preliminare, occorre precisare che, quando fa riferimento alla «competizione normale», il giudice del rinvio utilizza il termine ripetutamente impiegato dalla Corte (29). Orbene, mi preme osservare che occorre attribuire all'aggettivo «normale» lo stesso significato di quello delle altre formule impiegate per descrivere tale concorrenza, quali la «leale concorrenza» (30), la «concorrenza fondata sull'efficacia» (31) e la «concorrenza basata sui meriti» (32), che propongo di utilizzare d'ora in avanti (33). Tale pluralità di formule è indice di una difficoltà oggettiva nella determinazione di ciò che costituisce un comportamento abusivo. Infatti, la formulazione di norme che consentano di distinguere in maniera chiara i comportamenti nocivi per la concorrenza e pertanto abusivi non è né evidente né intuitiva. Tale complessità è connessa, inevitabilmente, alla difficoltà oggettiva di distinguere a monte il comportamento rientrante in una concorrenza feroce ma legittima da un comportamento anticoncorrenziale (34).

54. Senza dubbio consapevole di tale difficoltà, il legislatore dell'Unione ha incluso, all'articolo 102 TFUE, un elenco di pratiche abusive indicativo che non esaurisce le modalità di sfruttamento abusivo della posizione dominante vietate dal diritto dell'Unione (35), consentendo così di adeguare l'applicazione di tale disposizione alle diverse pratiche commerciali nel tempo. Di conseguenza, una pratica descritta dal giudice del rinvio come «atipica», come quella di cui al procedimento principale, la quale non si ricollega ad una pratica elencata all'articolo 102 TFUE, può costituire anch'essa una pratica abusiva. Infatti, nella misura in cui l'analisi si fonda sugli effetti anticoncorrenziali e non sulla forma del comportamento, un'autorità

garante della concorrenza è indotta a svolgere una verifica rigorosa di tutti i fatti rilevanti, senza ricorrere alla minima presunzione (36), cosicché il carattere «tipico» o «atipico» non è determinante.

55. La nozione di «concorrenza basata sui meriti», non ricollegandosi ad una forma precisa di pratiche, resta dunque astratta e non può essere definita in modo da consentire di determinare, a monte, se un comportamento la integri o meno. Infatti, la Corte ha escluso la nozione di «abuso in sé» (*per se*), vale a dire l'esistenza di pratiche intrinsecamente abusive, indipendentemente dal loro effetto anticoncorrenziale (37). Pertanto, la nozione di «concorrenza basata sui meriti» esprime un ideale economico, sullo sfondo della tendenza attuale del diritto della concorrenza dell'Unione a preferire un'analisi degli effetti anticoncorrenziali del comportamento («effects-based approach») e non un'analisi fondata sulla sua forma («form-based approach») (38).

56. Ne consegue che la questione se una pratica di esclusione rientri nei mezzi conformi ad una concorrenza basata sui meriti è strettamente connessa al contesto fattuale, giuridico ed economico di tale pratica. L'ambito di applicazione materiale della responsabilità particolare che incombe su un'impresa dominante dovrà essere valutato alla luce delle circostanze specifiche di ciascun caso (39).

57. Malgrado la natura astratta della nozione di «concorrenza basata sui meriti», dalla giurisprudenza della Corte possono essere ricavati elementi comuni. Fatta salva la valutazione del comportamento di cui al procedimento principale, la quale incombe al giudice del rinvio, ritengo che i seguenti elementi possano essere utili.

58. In primo luogo, rilevo che la «concorrenza basata sui meriti» deve essere interpretata in stretta correlazione con il principio, parimenti consolidato nella giurisprudenza della Corte, secondo il quale l'impresa in posizione dominante è «tenuta in modo particolare» a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato interno (40). Tuttavia, tale «responsabilità particolare» non può privare un'impresa che si trovi in una posizione dominante del diritto di tutelare i propri interessi commerciali (41). In tal senso, il riferimento ai «mezzi diversi da quelli che rientrano in una concorrenza per meriti» serve a precisare il contenuto di tale «responsabilità particolare» incumbente all'impresa dominante e a determinare il margine di azione autorizzato.

59. La conseguenza logica di tale «responsabilità particolare» è che un comportamento accettabile per un'impresa che non si trova in una posizione dominante potrebbe essere qualificato come abusivo qualora venga posto in essere da un'impresa in posizione dominante, a causa dell'effetto del comportamento della stessa nel mercato rilevante. Infatti, una prassi generalmente seguita o attività commerciali che normalmente contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti e che hanno un effetto salutare sul gioco della concorrenza possono restringere tale gioco quando sono esercitate da un'impresa che detiene una posizione dominante (42).

60. A tal riguardo, nella specie, sottolineo che la «responsabilità particolare» si applica a tutte le imprese dominanti, inclusi gli operatori storici precedentemente detentori di un monopolio, come l'ENEL, o aventi un obbligo di servizio pubblico, come il SEN. Infatti, come indicato dalla Corte, «la constatazione dell'esistenza della posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell'impresa interessata, ma significa solo che questa, *indipendentemente dalle cause di tale posizione*, è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune» (43). Pertanto, nell'ambito della liberalizzazione del mercato, il gruppo ENEL è soggetto all'articolo 102 TFUE, e segnatamente al requisito della «responsabilità particolare», allo stesso titolo delle altre imprese.

61. In secondo luogo, come risulta dal paragrafo 55 delle presenti conclusioni, la forma o il tipo di comportamento attuato dall'impresa in posizione dominante non è decisivo in sé. Ciò che rileva è se il comportamento tenda a restringere la concorrenza o sia tale da avere o da poter avere un simile effetto (44). Tuttavia, un comportamento che si discosti manifestamente dalle pratiche abituali del mercato potrebbe essere considerato un elemento fattuale rilevante ai fini della valutazione del carattere abusivo (ad esempio, allo stesso titolo dell'esistenza della prova di un'intenzione (45)).

62. In terzo luogo, senza pretese di esaustività, osservo che i comportamenti che non rientrano nella nozione di «concorrenza basata sui meriti» sono caratterizzati generalmente dal fatto che essi non si fondano su ragioni economiche razionali (46) o obiettive (47). Sono dunque considerate un esempio di concorrenza

fondata sui meriti le condotte che riducono i costi dell'impresa dominante, aumentando l'efficacia in un'altra maniera, le quali hanno come effetto quello di ampliare la scelta dei consumatori immettendo nel mercato nuovi prodotti o aumentando la quantità o la qualità di quelli già offerti. Per contro, il comportamento che non risponde ad alcuna giustificazione diversa da quella di danneggiare i concorrenti necessariamente non rientra nella concorrenza basata sui meriti (48).

63. In quarto luogo, rilevo che la «concorrenza basata sui meriti», nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE alle pratiche di esclusione, riguarda, in generale, una situazione di concorrenza nella quale i consumatori traggono beneficio grazie a prezzi inferiori, migliore qualità e più ampia scelta di beni e servizi nuovi o migliorati (49).

64. Orbene, nella specie, l'oggetto stesso della liberalizzazione del mercato dell'energia mira ad aprire tale mercato alla concorrenza al fine di realizzare appunto gli effetti benefici del processo concorrenziale per i consumatori, che sia a livello del prezzo, della qualità o della scelta dei servizi offerti. Pertanto, nell'ambito di un siffatto processo, le azioni dell'operatore storico non devono essere tali da impedire o da rendere più difficile l'ingresso dei concorrenti nel mercato, i quali devono poter operare su un piano di parità sul libero mercato. La Corte ha infatti indicato che un sistema di concorrenza non falsato può essere garantito unicamente qualora venga assicurata la parità di opportunità tra i singoli operatori economici (50).

65. In tale contesto, si pone la questione se il gruppo ENEL, il quale possedeva il monopolio della clientela del mercato tutelato, possa legittimamente auspicare il mantenimento di tale clientela all'interno del gruppo, nonostante il processo di liberalizzazione di tale mercato. Mi sembra che tale questione debba essere risolta affermativamente.

66. Infatti, come è stato rilevato al paragrafo 44 delle presenti conclusioni, l'articolo 102 TFUE non mira affatto ad impedire ad un'impresa di conquistare o di mantenere, grazie ai propri meriti, la posizione dominante sul mercato. Ne consegue che anche gli operatori storici, allorché sono soggetti alla libera concorrenza, devono mirare ad ottimizzare i loro profitti anche mantenendo la loro clientela. Conquistare clienti è infatti un elemento essenziale del normale gioco della concorrenza. In tal senso, il gruppo ENEL è sicuramente autorizzato a porre in essere (e finanche supposto porre in essere) pratiche dirette a migliorare i suoi prodotti e servizi, al fine di restare competitivo e di mantenere la propria clientela. Mi sembra quindi del tutto conforme ad una concorrenza normale che un'impresa dominante, come l'ENEL, desideri mantenere la propria clientela, anche nell'ambito di una liberalizzazione. Pertanto, la predisposizione di una «strategia» per il mantenimento della clientela non potrebbe, di per sé, costituire un abuso ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

67. In tale contesto, mi sembra che la raccolta dei dati, nell'ambito dei rapporti con la clientela, resti, in linea di principio, un sfruttamento del tutto «normale» in un processo concorrenziale abituale. Tuttavia, nell'ambito di un tale sfruttamento, proprio perché si trova in una posizione dominante, l'ENEL è «tenuta in modo particolare» a ricorrere a pratiche di una concorrenza basata sui meriti che non comportino una compartimentazione del mercato. In tal senso, l'ENEL non deve tenere comportamenti che, sfruttando i vantaggi che promanano dal monopolio legale, possano avere l'effetto di escludere i nuovi concorrenti considerati altrettanto efficienti quanto l'ENEL stessa (51).

68. È sotto tale profilo che occorre valutare, a mio avviso, in quinto luogo, la capacità dei concorrenti di imitare i comportamenti dell'impresa dominante. Tale valutazione è rilevante al fine di stabilire se la pratica in questione rientri nella concorrenza basata sui meriti e pertanto se ha carattere restrittivo della concorrenza.

69. Infatti, la giurisprudenza della Corte conferma, a mio avviso, che le pratiche di esclusione di un'impresa dominante replicabili da concorrenti altrettanto efficienti non rappresentano, in linea di principio, comportamenti che possono dar luogo ad una preclusione anticoncorrenziale e rientrano dunque nella concorrenza basata sui meriti (52).

70. Da un lato, nell'ambito delle pratiche di esclusione tariffarie – come gli sconti fedeltà, le pratiche di prezzi bassi sotto forma di prezzi selettivi o di prezzi predatori, nonché di compressione dei margini (53) –, una siffatta replicabilità è valutata di norma, ma non necessariamente, sulla base del test cosiddetto del «concorrente altrettanto efficiente» (in prosieguo: il «test CAE») (54). Le modalità particolari di tale test variano in funzione del tipo di pratica in questione, ma l'elemento comune consiste nell'esaminare se una pratica tariffaria sia economicamente redditizia per il concorrente di un'impresa dominante, utilizzando come parametro di riferimento, in linea di principio e in via prioritaria, il rapporto prezzi/costi di quest'ultima (55).

Altrimenti detto: tale test consiste nell'individuare se tale comportamento possa essere riprodotto da un concorrente altrettanto efficiente mettendo l'impresa in posizione dominante al posto del concorrente altrettanto efficiente per verificare se quest'ultimo subirebbe gli effetti escludenti della pratica in questione. Tale test è conforme al principio generale di certezza del diritto nella misura in cui consente ad un'impresa in posizione dominante di valutare a monte la legalità di un comportamento sulla base dei propri costi (56).

71. Dall'altro lato, per quanto riguarda le pratiche di esclusione non tariffarie – come, ad esempio, i casi di rifiuto di fornitura –, la giurisprudenza sembra confermare la rilevanza del criterio di replicabilità, nella misura in cui la scelta di un'impresa dominante di riservare a sé stessa la propria rete di distribuzione non costituisce un rifiuto di fornitura contrario all'articolo 102 TFUE allorché sia possibile per un concorrente creare una seconda rete per la distribuzione di dimensioni analoghe. In altri termini, non sussiste abuso se gli input negati dall'impresa in posizione dominante possono essere duplicati dai concorrenti altrettanto efficienti acquistandoli da altri fornitori o sviluppandoli essi stessi (57). Analogamente, nell'ambito delle vendite abbinate e aggregate («tying and mixed bundling»), il fattore della duplicazione di un prodotto è di particolare importanza al fine di individuare i casi di preclusione anticoncorrenziale probabile o reale (58).

72. Nella specie, il comportamento di cui al procedimento principale, secondo l'AGCM, riguarda non una pratica tariffaria, bensì una strategia illecita complessa caratterizzata dallo sfruttamento di dati ai quali il gruppo ENEL ha avuto accesso grazie al suo monopolio legale precedente. Sarebbe dunque che tale pratica non si ricolleggi ad una teoria di esclusione tariffaria e che, a causa del monopolio legale, i concorrenti si trovassero nell'impossibilità oggettiva, prima della liberalizzazione del mercato, di riprodurre la strategia imputata alle appellanti. Ne consegue che il test CAE non è certamente il criterio più adeguato per valutare la capacità dei concorrenti altrettanto efficienti di imitare il comportamento dell'impresa dominante.

73. Tuttavia, la logica sottesa al test CAE, il quale mira in sostanza a verificare se un'impresa in posizione dominante potesse prevedere, sulla base di dati ad essa noti, se un concorrente avrebbe potuto, malgrado il comportamento in questione, operare in maniera economicamente redditizia restando competitivo sul mercato, conserva, a mio avviso, la sua rilevanza. In tal senso, un test modellato sulla logica di tale test consisterebbe nel verificare se, sulla base delle informazioni presunte note all'impresa in posizione dominante, i concorrenti avrebbero potuto avere accesso, in maniera economicamente redditizia, a liste comparabili, quanto ad utilità, alle liste SEN. Tale approccio coincide parimenti con l'importanza attribuita al criterio di replicabilità nell'ambito delle pratiche di esclusione non tariffarie.

74. Ritengo, pertanto, che l'impossibilità oggettiva dei concorrenti di riprodurre esattamente la stessa strategia dell'ENEL non impedisca l'esame della capacità reale dei concorrenti altrettanto efficienti di replicare, a condizioni economicamente ragionevoli e in termini accettabili, le pratiche dell'impresa in posizione dominante, ad esempio facendo ricorso alle liste che erano indubbiamente disponibili sul mercato e contenevano dati simili a quelli delle liste SEN. Tale esame può essere rivelatore, a mio avviso, dell'idoneità potenziale del comportamento del gruppo ENEL a produrre o meno effetti preclusivi anticoncorrenziali e, pertanto, della sua conformità ad una concorrenza basata sui meriti.

75. Nell'ambito di un siffatto esame, che incombe al giudice del rinvio, i seguenti elementi rivestono un'importanza particolare.

76. Primo, occorrerà valutare, con un certo distacco, l'importanza che le liste SEN presentano sotto il profilo concorrenziale. A tal riguardo, rilevo che l'accesso a dati sulla clientela presenta un interesse certo nell'ambito di un processo di liberalizzazione, sia sul piano astratto, consentendo di conoscere meglio il mercato, sia sul piano concreto, permettendo di «catturare» tale clientela tramite la presentazione di offerte prima degli altri fornitori. Tuttavia, l'importanza di tali dati deve parimenti essere ridimensionata, poiché non si deve dimenticare che la possibilità di contattare un cliente al fine, se del caso, di sottoporgli un'offerta, non implica necessariamente una «cattura» di tale clientela, in quanto, da un lato, detta clientela non necessariamente sottoscriverà una di siffatte offerte (59) e, dall'altro, nulla impedisce a tali clienti di sottoscrivere offerte di altri fornitori in una fase successiva, specialmente qualora il primo contratto non vincoli i clienti per una durata determinata. Orbene, ricordo che gli effetti anticoncorrenziali devono presentare un nesso di causalità con la pratica in questione, nella misura in cui essi devono essere imputabili all'impresa dominante e non devono avere un carattere meramente ipotetico (60).

77. Secondo, il giudice del rinvio sarà inevitabilmente indotto a chiarire se le liste SEN siano state effettivamente messe a disposizione dei concorrenti in maniera discriminatoria, tanto a livello pratico quanto

a livello tariffario, ciò che costituirebbe, in sostanza, una pratica di favoritismo nei confronti dell'EE. In questo stesso contesto, mi sembra pertinente verificare se la richiesta di consenso sia stata presentata dal SEN in maniera non discriminatoria e trasparente per quanto riguarda le conseguenze concrete, segnatamente sotto il profilo del mantenimento del rapporto di fornitura esistente e della possibilità di ricevere offerte di fornitura dai concorrenti della EE. L'accertamento di una siffatta discriminazione potrebbe corroborare la posizione dell'AGCM secondo la quale il comportamento dell'ENEL non era conforme ad una concorrenza basata sui meriti, non venendo assicurata la parità di opportunità tra i singoli operatori economici (61).

78. Terzo, ritengo che, indipendentemente dall'analisi del carattere discriminatorio del comportamento, il giudice del rinvio sarà parimenti indotto a valutare la replicabilità delle liste SEN. Se è vero che il contenuto preciso di tali liste non può essere riprodotto dai concorrenti della EE, poiché tali liste sono state compilate nell'ambito della missione di servizio pubblico del SEN, dal fascicolo della causa risulta che liste dal contenuto simile erano parimenti disponibili nel mercato italiano, dove un numero elevato di imprese si dedica professionalmente alla compilazione di liste di telemarketing. Orbene, se davvero sono esistite, queste liste alternative avrebbero effettivamente consentito ai concorrenti della EE di fare proposte di fornitura di energia mirate alla clientela del mercato tutelato. In tale ipotesi, ritengo che il giudice del rinvio dovrà comparare tali liste alternative con le liste SEN, a livello di disponibilità, prezzo, contenuto e portata geografica, al fine di valutare se un concorrente, quand'anche di dimensioni economicamente ben inferiori a quelle del gruppo ENEL, che avesse fatto ricorso alle stesse, sarebbe stato effettivamente in grado, in maniera economicamente redditizia, di opporre una concorrenza efficace alla EE in relazione alla stessa quota della clientela contendibile del mercato tutelato.

79. Qualora il giudice del rinvio consideri che tali liste alternative fossero in grado di offrire le stesse possibilità delle liste SEN, partendo dal presupposto che l'ENEL doveva essere a conoscenza tanto dell'esistenza quanto del contenuto di tali liste alternative, mi sembra che si possa concludere che un eventuale rischio di esclusione dal mercato rilevante sarebbe stato dovuto non alle azioni dell'ENEL, bensì alla negligenza dei suoi concorrenti, i quali non avrebbero agito in conformità al gioco della concorrenza al fine di catturare la clientela del mercato tutelato. In altri termini, le liste SEN non sarebbero state idonee a conferire al gruppo ENEL il vantaggio concorrenziale significativo rilevato dall'AGCM in ragione della loro replicabilità. In una simile ipotesi, la capacità del comportamento in questione di restringere la concorrenza non potrebbe essere provata, cosicché il comportamento di cui al procedimento principale rientrerebbe nella concorrenza basata sui meriti.

80. Per contro, qualora dall'analisi del giudice nazionale emerga che il potenziale di sfruttamento commerciale di tali liste alternative era minimo e che solo le liste SEN consentivano, ad esempio, di individuare immediatamente l'appartenenza di un cliente al mercato tutelato, l'effetto preclusivo (potenziale) si ripercuoterebbe principalmente sull'ENEL, la quale, se viene statuito che ha agito in maniera discriminatoria e non trasparente, avrebbe effettivamente tenuto una condotta estranea alla concorrenza basata sui meriti. Inoltre, occorre ricordare che il mero fatto che i concorrenti possano mitigare o eludere gli effetti del comportamento dell'ENEL ricorrendo a liste alternative non esclude che, avuto riguardo alla forza di mercato dell'ENEL, il comportamento in questione fosse comunque idoneo ad esplicare effetti anticoncorrenziali. In altri termini, il fatto che esistano alternative è sicuramente rilevante ma non è, di per sé, decisivo.

81. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo di rispondere alla prima questione dichiarando che una pratica attuata da un'impresa in posizione dominante, indipendentemente dalla sua legittimità alla luce di branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza, non può essere qualificata come abusiva, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, soltanto in ragione della sua capacità di produrre un effetto preclusivo nel mercato rilevante, poiché tale comportamento non deve essere assimilato ad un effetto restrittivo della concorrenza, a meno che non sia dimostrato che tale impresa ha fatto ricorso a mezzi diversi da quelli che rientrano in una concorrenza basata sui meriti. In linea di principio, una pratica di esclusione che può essere replicata da concorrenti in maniera economicamente redditizia non rappresenta un comportamento che può dar luogo ad una preclusione anticoncorrenziale e rientra dunque nella concorrenza basata sui meriti.

B. Sulla seconda questione pregiudiziale

82. Con la sua seconda questione il giudice del rinvio domanda alla Corte, in sostanza, di specificare se l'articolo 102 TFUE sia inteso a proteggere i consumatori oppure la struttura concorrenziale del mercato, e, in

funzione della risposta data, di determinare l'oggetto della prova richiesta al fine di qualificare come abusiva una pratica di esclusione.

1. Sulla ricevibilità

83. L'AIGET contesta la ricevibilità di tale questione su due fondamenti. Da un lato, la risposta risulterebbe in maniera evidente da una giurisprudenza costante della Corte. Dall'altro, la stessa questione non sarebbe rilevante ai fini della soluzione della controversia, poiché il comportamento in questione avrebbe danneggiato sia la struttura del mercato, ossia i fornitori concorrenti, sia in consumatori, ossia i clienti del mercato tutelato, ai quali sarebbe stato impedito di operare una scelta tra i servizi erogati dal mercato libero.

84. Tali obiezioni – sempreché la Corte dovesse decidere di esaminarle esplicitamente in assenza di una domanda formale intesa a far dichiarare l'irricevibilità della seconda questione pregiudiziale – devono, a mio avviso, essere respinte.

85. Infatti, da un lato, occorre rammentare che, anche in presenza di una giurisprudenza che risolve il punto di diritto considerato, i giudici nazionali mantengono la completa libertà di adire la Corte qualora lo ritengano opportuno (62). La circostanza che la Corte abbia, in precedenza, già interpretato l'articolo 102 TFUE non può dunque comportare di per sé l'irricevibilità delle questioni sollevate nell'ambito della presente causa. Inoltre, il giudice del rinvio fa valere che la risposta non è evidente nella misura in cui interpretazioni divergenti sarebbero state espresse dalla Commissione, secondo la quale l'articolo 102 TFUE sarebbe inteso a massimizzare il benessere dei consumatori (63), e dalla Corte, secondo la quale tale articolo sarebbe orientato alla preservazione della struttura concorrenziale, indipendentemente dal danno cagionato ai consumatori (64).

86. Dall'altro lato, per quanto riguarda la rilevanza della questione, occorre ricordare che spetta esclusivamente al giudice nazionale valutare sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni sollevate (65). Orbene, nella specie, il giudice del rinvio giustifica la necessità della seconda questione spiegando, in sostanza, che la risposta a tale questione determina l'oggetto della prova richiesta (66). Pertanto, a mio avviso, detta questione, la quale presenta un rapporto diretto con l'oggetto della controversia di cui al procedimento principale, non è ipotetica.

2. Nel merito

87. La seconda questione pregiudiziale consta di due parti:

- la prima mira a determinare l'interesse protetto dall'articolo 102 TFUE, prospettando due possibili soluzioni presentate come obiettivi alternativi, ossia la «massimizzazione della protezione dei consumatori» e la «preservazione della struttura concorrenziale del mercato»;
- la seconda mira a trarre le conseguenze, in termini di prova, dal rapporto fra questi due obiettivi dell'articolo 102 TFUE.

a) Sulla prima parte

88. Prima di esaminare la prima parte nel merito, sono necessarie alcune osservazioni preliminari.

89. Anzitutto, occorre constatare che, nella specie, la questione si pone nel contesto di pratiche di esclusione, le quali mirano appunto ad escludere i concorrenti dal mercato rilevante, e non nel contesto di pratiche di sfruttamento, come l'imposizione dei prezzi di acquisto o di vendita o di altre condizioni di transazione non eque, ai sensi dell'articolo 102, lettera a), TFUE (67). Queste ultime pratiche, infatti, se è vero che implicano un pregiudizio diretto al benessere dei consumatori (ad esempio, per l'applicazione di prezzi eccessivamente elevati), di norma non modificano la struttura del mercato (68).

90. Inoltre, occorre ricordare che l'articolo 102 TFUE è espressione dello scopo generale assegnato dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), TFUE all'azione dell'Unione, ossia la definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno(69). Tale obiettivo è richiamato al Protocollo

(n. 27) sul mercato interno e sulla concorrenza, allegato al Trattato UE e al Trattato FUE e che, in forza dell'articolo 51 TUE, ne costituisce parte integrante.

91. È in tale contesto che si collocano i due obiettivi citati dal giudice del rinvio, ossia la protezione dei consumatori e quella della struttura concorrenziale del mercato.

92. Per quanto riguarda il primo obiettivo, la Corte ha indicato che l'articolo 102 TFUE fa parte delle regole di concorrenza che sono intese esattamente ad evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuendo in tal modo a garantire il benessere economico all'interno dell'Unione (70). Il benessere dei consumatori fa dunque pacificamente parte degli obiettivi contemplati da tale disposizione. La Corte ha infatti espressamente riconosciuto l'obiettivo del Trattato concernente la protezione del consumatore mediante una concorrenza non falsata (71). In concreto, gli interessi dei consumatori sono anche espressamente presi in considerazione all'articolo 102, lettera b), TFUE, in relazione alle pratiche cui si ricollegano le pratiche abusive escludenti, ossia «limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, *a danno dei consumatori*» (il corsivo è mio).

93. Per quanto riguarda il secondo obiettivo, occorre ricordare che le prime sentenze della Corte in materia di abuso di posizione dominante hanno chiaramente indicato che gli effetti sulla «struttura del mercato» erano al centro dell'articolo 102 TFUE. Ad esempio, nella sentenza Hoffmann-La Roche, la Corte ha indicato che lo sfruttamento abusivo «riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante *atto ad influire sulla struttura di un mercato* in cui (...) il grado di concorrenza è già sminuito» (72). Il riferimento alla «struttura del mercato», influenzato indubbiamente dal pensiero ordoliberal dell'epoca, è stato inizialmente concepito come inteso a garantire la «libertà economica». In tal senso, tale obiettivo della protezione della struttura del mercato potrebbe includere la «protezione dei concorrenti» facenti parte di tale mercato. Tuttavia, da una giurisprudenza ormai costante risulta che l'articolo 102 TFUE non riguarda, o piuttosto non riguarda più, in maniera assoluta, la protezione di concorrenti a fronte di un'impresa in posizione dominante. Infatti, a seguito della revisione della politica di concorrenza in materia di abusi effettuata dalla Commissione nel corso del 2005 (73), la Corte ha ormai riconosciuto che l'articolo 102 TFUE non vieta ad un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, una posizione dominante su un dato mercato e, dunque, nemmeno è diretto a garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti dell'impresa che detiene una posizione dominante (74). Tale approccio è stato confermato nella sentenza Intel, nella quale la Corte ha precisato che «*la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti*» (75). La percezione secondo la quale l'articolo 102 TFUE non è inteso in via prioritaria a proteggere i concorrenti (non altrettanto efficienti), condivisa peraltro anche dalla Commissione (76), sembra fare ormai parte dell'acquis del diritto della concorrenza dell'Unione.

94. È alla luce di siffatte constatazioni che occorre valutare il rapporto fra i due obiettivi considerati, e segnatamente se la salvaguardia di una struttura concorrenziale possa costituire un obiettivo autonomo, e, per questo motivo, alternativo alla protezione del benessere dei consumatori, come suggerisce il giudice del rinvio.

95. A tale questione deve essere data, a mio avviso, una risposta negativa.

96. In primo luogo, constato che, in conformità ad una giurisprudenza costante della Corte, l'articolo 102 TFUE, al pari dell'articolo 101 TFUE (77), riguarda non solo le pratiche che possono provocare un danno immediato ai consumatori, ma anche quelle che arrecano *loro* un danno indiretto, indebolendo la struttura di effettiva concorrenza (78). Così facendo, la Corte, a mio avviso, ha creato un nesso indissociabile fra i due obiettivi. Infatti, la salvaguardia di una struttura di effettiva concorrenza è intrinsecamente connessa ad uno scopo ultimo, ossia la protezione dei consumatori (79). In tal senso, scopo ultimo di tali norme dirette ad assicurare che la concorrenza non venga falsata nel mercato interno è quello di aumentare il benessere del consumatore. Logicamente, non vi è dunque alcuna ragione per proteggere il mercato concorrenziale in abstracto se non esiste alcun rischio (reale o potenziale) di pregiudizio dei consumatori.

97. In secondo luogo, ricordo che, in conformità alla giurisprudenza più recente della Corte, il pregiudizio dei consumatori costituisce un elemento indispensabile all'attuazione dell'articolo 102 TFUE. Infatti, nella sentenza Post Danmark I, la Grande Sezione della Corte ha rammentato che tale articolo riguarda i comportamenti di un'impresa in posizione dominante i quali «abbiano, *a danno dei consumatori*, l'effetto di impedire, mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che reggono una normale competizione (...), il mantenimento del livello di concorrenza esistente sul mercato» (80). Analogamente, nella sentenza Intel,

sempre la Grande Sezione della Corte ha confermato tale approccio, mettendo in evidenza l'imprescindibilità della protezione dei consumatori in sede di applicazione delle norme in materia di abuso di posizione dominante. Infatti, essa ha ricordato che «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, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione*» (81). Ne desumo che il benessere dei consumatori costituisce l'obiettivo ultimo che giustifica l'intervento del diritto della concorrenza in materia di pratiche di esclusione.

98. In terzo luogo, il ruolo essenziale della protezione dei consumatori risulta parimenti dal fatto che, poiché l'articolo 102 TFUE non sancisce una deroga equivalente a quella fissata all'articolo 101, paragrafo 3, TFUE, la Corte ha stabilito che i vantaggi in termini di efficienza possono parimenti neutralizzare la nocività di un comportamento abusivo, nella misura in cui i vantaggi vengono trasferiti sui consumatori. Infatti, è possibile per un'impresa in posizione dominante giustificare attività che possono incorrere nel divieto di cui all'articolo 102 TFUE dimostrando, segnatamente, che «l'effetto preclusivo che ne deriva può essere controbilanciato, o anche superato, da vantaggi in termini di efficienza *che vanno anche a beneficio del consumatore*» (82).

99. In quarto luogo, tale prevalenza della tutela del «benessere dei consumatori» sembra essere coerente con la prassi decisionale della Commissione, secondo la quale la protezione dei consumatori costituisce il leitmotiv di ogni applicazione dell'articolo 102 TFUE (83) e del diritto della concorrenza in generale (84).

100. Sul fondamento di tale analisi del rapporto fra i due obiettivi, ritengo che occorra concludere che, nel contesto di pratiche abusive escludenti, l'articolo 102 TFUE mira in fin dei conti a massimizzare il benessere dei consumatori, segnatamente mediante la protezione della struttura concorrenziale del mercato. Pertanto, tale protezione può effettivamente costituire un obiettivo previsto dall'articolo 102 TFUE, non a titolo autonomo, bensì unicamente qualora, in un caso concreto, essa si iscriva nello scopo ultimo della protezione (diretta o indiretta) dei consumatori. In tal senso, i due obiettivi che il giudice del rinvio sembra considerare antinomici in realtà non lo sarebbero.

b) Sulla seconda parte

101. Con la seconda parte della seconda questione il giudice del rinvio domanda alla Corte, in sostanza, in che modo il rapporto fra i due summenzionati obiettivi si traduca in termini probatori.

102. Secondo il ragionamento del giudice del rinvio, se l'interesse protetto dall'articolo 102 TFUE è quello di massimizzare il benessere dei consumatori, il giudice (e a fortiori le autorità garanti della concorrenza) sarebbe indotto, in qualche modo, a misurare la diminuzione (o il rischio di diminuzione) del benessere in conseguenza del comportamento in questione (comparando, ad esempio, il benessere dei consumatori prima e dopo l'attuazione di tale comportamento). Per contro, se l'interesse protetto è quello di preservare la struttura concorrenziale del mercato, il giudice dovrebbe astenersi dall'accertare se il comportamento dell'impresa in posizione dominante abbia causato un danno ai consumatori, limitandosi più semplicemente a verificare se il comportamento possa avere conseguenze sulla struttura, la varietà, la qualità o l'innovazione.

103. Non posso condividere tale ragionamento del giudice del rinvio, in quanto, come ho sostenuto supra, i due obiettivi non sono antinomici.

104. A tal proposito, dalla giurisprudenza della Corte risulta che, siccome l'articolo 102 TFUE non riguarda soltanto le pratiche di natura tale da causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che arrecano loro pregiudizio compromettendo un regime di concorrenza effettiva, un'autorità garante della concorrenza o, se del caso, un giudice, potrà astenersi dall'accertare se il comportamento in questione abbia effettivamente causato «un danno ai consumatori» ai sensi dell'articolo 102, lettera b), TFUE, ma dovrà verificare se il medesimo comportamento in questione abbia avuto un effetto restrittivo sulla concorrenza (85). Infatti, il carattere potenzialmente dannoso di un comportamento viene di norma preso in considerazione per accertare un abuso di posizione dominante, senza che sia necessario dimostrare un effetto concreto, segnatamente a livello dei consumatori (86).

105. Anche se spetta all'autorità garante della concorrenza e, nella specie, al giudice nazionale, valutare l'effetto dannoso di una pratica di esclusione, e più in particolare se tale pratica sia idonea a nuocere alla struttura del mercato e, per questo, anche ai consumatori, reputo utile apportare le seguenti precisazioni.

106. In primo luogo, dal momento che è il benessere dei consumatori e non la protezione di una determinata struttura di mercato in quanto tale ad essere oggetto della protezione finale, la prova di un effetto restrittivo sulla struttura del mercato sarà sufficiente ai fini della qualificazione di un abuso unicamente nella misura in cui tale restrizione sia idonea a danneggiare, direttamente o indirettamente, i consumatori. Orbene, se è vero che l'impatto sulla struttura concorrenziale del mercato costituisce un indicatore importante (proxy) delle conseguenze che una pratica di esclusione può avere sui consumatori (87), non sempre tale ipotesi ricorre. Infatti, il comportamento di un'impresa in posizione dominante non deve essere considerato abusivo ai sensi dell'articolo 102 TFUE qualora, indipendentemente dal danno causato alla struttura del mercato, esso non sia idoneo a causare parimenti, attualmente o potenzialmente, un danno ai consumatori colpiti. Pertanto, mi sembra lacunoso interpretare la giurisprudenza esistente della Corte nel senso che essa si limita ad indicare che, per dimostrare una pratica di esclusione abusiva, è sufficiente constatare che la pratica in questione è idonea a pregiudicare la struttura del mercato. In realtà, un effetto dannoso sulla struttura concorrenziale del mercato non si traduce né necessariamente né automaticamente in una diminuzione potenziale del benessere dei consumatori. Se una siffatta presunzione di danno esiste in relazione alle intese, altrettanto non vale nell'ambito degli abusi di posizione dominante (88). A titolo di esempio, come è stato indicato al paragrafo 44 delle presenti conclusioni, qualora la struttura del mercato sia alterata dall'esclusione di un concorrente, non necessariamente tale comportamento è anticoncorrenziale così da poter nuocere ai consumatori.

107. In secondo luogo, è giocoforza constatare che esiste una difficoltà oggettiva concernente la quantificazione dei cambiamenti che incidono sul benessere dei consumatori. A tal riguardo, occorre ricordare, anzitutto, che la definizione di «consumatore» nel diritto della concorrenza comprende sia i consumatori intermedi sia i consumatori finali. Orbene, qualora i consumatori intermedi siano concorrenti effettivi o potenziali dell'impresa dominante, la valutazione si concentra essenzialmente sugli effetti di tale comportamento sugli utilizzatori più a valle (89). Rilevo poi che la nozione stessa di «benessere dei consumatori» contiene un elemento di soggettività intrinseco, nella misura in cui tale benessere può essere valutato non solo in termini di prezzo, ma, a seconda del prodotto o del servizio in questione, anche in termini di scelta, qualità e innovazione (90). Infine, l'articolo 102 TFUE riguarda pratiche i cui effetti sul mercato non necessariamente si manifestano. Infatti, l'analisi degli effetti anticoncorrenziali, come verrà spiegata nell'ambito della terza questione, può essere parimenti prospettica. Pertanto, esigere, come suggerito dal giudice del rinvio, una dimostrazione concreta della diminuzione del benessere dei consumatori nel tempo sarebbe contrario alla logica e all'efficacia di tale disposizione. In realtà, il livello delle prove richieste concernenti l'incidenza nei confronti dei consumatori varia in funzione del tipo di abuso e della collocazione del comportamento nel tempo (91).

108. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso mira a vietare non solo le pratiche di esclusione che possono causare un danno immediato ai consumatori, il che costituisce lo scopo ultimo di tale disposizione, ma anche i comportamenti che possono arrecare loro pregiudizio indirettamente, per il fatto di incidere sulla struttura del mercato. Incombe alle autorità garanti della concorrenza dimostrare che una siffatta pratica di esclusione arreca pregiudizio alla struttura di effettiva concorrenza, verificando al contempo che essa sia parimenti idonea a causare un danno attuale o potenziale a tali consumatori.

C. Sulla terza questione pregiudiziale

109. Con la sua terza questione il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se, al fine di accertare la sussistenza di una violazione dell'articolo 102 TFUE, debba essere considerata rilevante la prova prodotta da un'impresa in posizione dominante che dimostri che, nonostante la capacità astratta di produrre effetti restrittivi, il comportamento in questione non ne ha effettivamente prodotti e, in caso di risposta affermativa, se l'autorità garante della concorrenza sia tenuta ad esaminare le prove addotte da tale impresa quanto alla concreta capacità di tale comportamento di produrre gli effetti in questione.

110. In primo luogo, ricordo che non è necessario, al fine di accertare l'esistenza di una violazione dell'articolo 102 TFUE, dimostrare che il comportamento in questione abbia effettivamente prodotto effetti anticoncorrenziali nel caso concreto, essendo sufficiente la dimostrazione della sua capacità di produrli (92). Un'autorità garante della concorrenza è tenuta unicamente a dimostrare il potenziale lesivo del comportamento contestato, indipendentemente dalla realizzazione concreta degli effetti anticoncorrenziali. Infatti, sarebbe contrario alla logica inerente a tale disposizione, di natura ugualmente preventiva e

prospettica, dover attendere che gli effetti anticoncorrenziali si producano nel mercato per poter constatare legalmente l'abuso.

111. Alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza recente della Corte possono essere indicativi al riguardo.

112. Nella sentenza *TeliaSonera*, la Corte ha precisato espressamente che «la circostanza che il risultato perseguito, cioè l'esclusione dei concorrenti, non venga, in definitiva, raggiunto non può certo escludere la qualificazione di abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE (93)». Analogamente, nella sentenza *Tomra*, la Corte ha dichiarato che, «per accertare un abuso di posizione dominante (...), è sufficiente dimostrare che il comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante *mira a restringere la concorrenza* o che è *tale da avere o da poter avere un simile effetto*» (94). Seguendo la stessa logica, per quanto riguarda comportamenti relativi ad un sistema di sconti, nella sentenza *Post Danmark II*, la Corte ha indicato che la valutazione della capacità di un sistema di sconti di restringere la concorrenza mira a «determinare se il comportamento dell'impresa che detiene una posizione dominante *porti all'esclusione effettiva o probabile dei concorrenti* a danno della concorrenza e, pertanto, degli interessi dei consumatori» (95). A tal riguardo, «la fissazione di una soglia di percettibilità (*de minimis*) allo scopo di stabilire uno sfruttamento abusivo di posizione dominante non trova giustificazione. Infatti, tale pratica anticoncorrenziale è *idonea, per sua stessa natura, a provocare restrizioni della concorrenza non trascurabili*» e, di conseguenza, «per ricadere nell'ambito di applicazione [dell'articolo 102 TFUE], l'effetto anticoncorrenziale di un sistema di sconti operato da un'impresa in posizione dominante (...) *deve essere probabile, senza che sia necessario dimostrare che esso riveste carattere grave o notevole*» (96). Del resto, nella sentenza *Intel*, la Corte ha fatto specificamente riferimento alla necessità di valutare la «*capacità* [dello sconto] di restringere la concorrenza», elencando un certo numero di elementi rilevanti per tale valutazione (97). Infine, nella recente sentenza *Generics (UK)*, la Corte ha ricordato che «il carattere abusivo di un comportamento presuppone che esso abbia avuto la *capacità* di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato addebitati» (98).

113. Benché essa sia formulata in termini talvolta differenti – fermo restando che i termini «capacità» e «probabilità» hanno in sostanza lo stesso significato (99) – tale giurisprudenza consente di confermare che un'autorità garante della concorrenza non è tenuta a dimostrare che gli effetti anticoncorrenziali si siano effettivamente prodotti per qualificare un comportamento come abusivo.

114. In tal senso, prove prodotte ex post da un'impresa al fine di indicare l'assenza di effetti anticoncorrenziali, come analisi economiche o altre, non possono avere una funzione esoneratoria né trasferire l'onere della prova in capo all'autorità garante della concorrenza, in modo che sia tenuta a dimostrare la concreta materializzazione del danno derivante dal comportamento contestato (100), anche qualora sia decorso un ampio lasso di tempo da quando il comportamento abusivo ha avuto luogo (101). Inoltre, come regola di principio, la natura anticoncorrenziale di un comportamento deve essere valutata al momento in cui tale comportamento è stato posto in essere (102), ciò che è peraltro conforme al principio generale della certezza del diritto, poiché l'impresa in posizione dominante deve poter valutare la legittimità della propria condotta sulla base di elementi esistenti (103).

115. In secondo luogo, questa stessa giurisprudenza conferma tuttavia l'obbligo di valutare tutte le circostanze rilevanti del caso di specie al fine di stabilire se un comportamento sia realmente *capace* di produrre i presunti effetti anticoncorrenziali, indipendentemente dal fatto se tali effetti si siano in seguito effettivamente prodotti o meno.

116. A tal riguardo, anzitutto, mi sembra pacifico che, sotto il profilo procedurale, le prove dell'assenza di effetti anticoncorrenziali addotte ex post debbano essere prese in considerazione da un'autorità garante della concorrenza, segnatamente quando tali prove ex post riguardano un comportamento che è cessato ben prima dell'adozione della decisione che constata l'abuso. Infatti, nella sentenza *Intel*, la Corte ha spiegato che, nel caso in cui un'impresa dominante sostenga, nel corso del procedimento amministrativo, sulla base di elementi di prova, che il suo comportamento non ha avuto la *capacità* di restringere la concorrenza, la Commissione è tenuta ad analizzare un certo numero di elementi al fine di valutare la *capacità* del comportamento in questione di «escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci» (104). Peraltro, la capacità di escludere dal mercato è del pari pertinente per valutare se un comportamento possa essere oggettivamente giustificato oppure se i suoi effetti restrittivi possano essere controbilanciati da vantaggi in termini di efficienza (105). In tale contesto, una prova economica che dimostri, dopo la fine del comportamento

contestato, l'assenza di effetti preclusivi dovrà essere considerata ammissibile qualora l'impresa dominante tenti di provare l'assenza di capacità di restrizione della concorrenza. Inoltre, l'effetto anticoncorrenziale di una determinata pratica non deve avere carattere puramente ipotetico (106), ed elementi di prova che contestano la capacità restrittiva della concorrenza possono corroborare un siffatto carattere ipotetico. Pertanto, sotto il profilo procedurale, nella misura in cui l'onere della prova degli effetti preclusivi anticoncorrenziali incombe alle autorità garanti della concorrenza, ritengo che sussista un obbligo da parte di tali autorità di prendere attentamente in considerazione gli elementi di prova presentati dall'impresa dominante, anche ex post, nell'ambito della loro analisi sull'esistenza dell'abuso.

117. Per quanto concerne, poi, il valore probatorio di questo tipo di prove ai fini dell'esistenza dell'abuso, è importante rilevare che l'assenza di produzione di effetti restrittivi di un comportamento può effettivamente avere diverse cause. Orbene, non può escludersi a priori che l'assenza di siffatti effetti sia dovuta al fatto che il comportamento in questione fosse, per sua stessa natura, privo della capacità di restringere la concorrenza. In tal senso, un'autorità garante della concorrenza, a seconda del particolare contesto, dovrebbe prendere in considerazione tale tipo di prove come un elemento che corrobora potenzialmente l'assenza di una siffatta capacità.

118. A tal riguardo, osservo che la Corte non ha stabilito nella sua giurisprudenza il grado di intensità richiesto della probabilità di un effetto preclusivo della concorrenza, o, in altri termini, il contenuto della capacità escludente (107). Quest'ultima dipende manifestamente dal contesto giuridico, economico e fattuale di ciascuna causa, ma ritengo che tale capacità debba essere riferita ad elementi concreti, come una durata e una copertura sufficiente del mercato rilevante.

119. In tale contesto, l'importanza da attribuire a prove ex post dell'assenza di effetti restrittivi varia a seconda che la capacità astratta di produrre effetti restrittivi sia fondata su un rischio di esclusione avente effetti attuali o effetti potenziali, in quanto l'assenza di effetti reali sulla concorrenza è meno rilevante nella seconda fattispecie. Per contro, l'assenza di effetti reali sul mercato può essere rilevante, anche se la teoria dell'esclusione fosse fondata su un rischio potenziale, quando il comportamento è risalente e, come nella specie, termina ben prima dell'indagine di un'autorità garante della concorrenza. Infatti, in conformità agli Orientamenti, «[s]e il comportamento è durato per un periodo di tempo sufficiente, le prestazioni di mercato dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti possono fornire una prova diretta di preclusione anticoncorrenziale» (108). Viceversa, a mio avviso, l'inesistenza di effetti reali può permettere di pensare che la pratica non fosse in grado, neanche teoricamente, di nuocere ai concorrenti, cosicché la teoria del pregiudizio si rivela meramente ipotetica. Così sarebbe, in particolare, qualora sia dimostrato che sull'assenza di siffatti effetti reali non possano incidere altri fattori posteriori, che non si ricollegano al comportamento in questione.

120. Infine, per motivi di completezza, ricordo che l'assenza di effetti è parimenti rilevante nella valutazione della gravità dell'infrazione e che potrebbe pertanto mitigare in maniera sostanziale l'importo delle sanzioni da infliggere all'impresa autrice dell'abuso.

121. Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, propongo di rispondere alla terza questione dichiarando che l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di accertare l'esistenza di un abuso di posizione dominante, un'autorità garante della concorrenza è tenuta a dimostrare, avuto riguardo a tutte le circostanze rilevanti e tenuto conto in particolare degli elementi di prova invocati dall'impresa in posizione dominante, che il comportamento di tale impresa avesse la capacità di restringere la concorrenza, analizzando, se del caso e a tal riguardo, anche gli elementi di prova secondo i quali il comportamento in questione non avrebbe prodotto effetti anticoncorrenziali nel mercato rilevante.

D. Sulla quarta questione pregiudiziale

122. Con la sua quarta questione pregiudiziale il giudice del rinvio si interroga, in sostanza, sulla rilevanza dell'intento restrittivo della concorrenza dell'impresa dominante al fine di valutare l'abusività di un comportamento.

I. Sulla ricevibilità

123. La Green Network esprime dubbi sulla ricevibilità di tale questione pregiudiziale. Senza tuttavia chiedere che tale questione sia dichiarata irricevibile, essa constata che, poiché l'AGCM avrebbe

effettivamente analizzato il carattere intenzionale del comportamento abusivo, una risposta a tale questione non sarebbe necessaria. Inoltre, la risposta risulterebbe pacificamente dalla giurisprudenza della Corte.

124. Tali obiezioni devono, a mio avviso, essere respinte, per le stesse ragioni elaborate ai paragrafi 85 e 86 delle presenti conclusioni. Infatti, il giudice del rinvio giustifica la sua necessità spiegando, in sostanza, che la giurisprudenza non sarebbe chiara e che si presta a confusione (109). Inoltre, dall'ordinanza di rinvio emerge che la questione presenta un rapporto diretto con l'oggetto della controversia di cui al procedimento principale e non è ipotetica, poiché, nella specie, l'AGCM ha raccolto materiale istruttorio al fine di dimostrare l'esistenza della volontà strategica del gruppo ENEL di neutralizzare le partenze di clienti incitandoli a transitare verso il mercato libero con la EE.

2. *Nel merito*

125. La quarta questione pregiudiziale consta di due parti:

- la prima mira a stabilire se l'articolo 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che un comportamento deve essere qualificato come abusivo unicamente in ragione dei suoi effetti restrittivi (potenziali), oppure se l'intento restrittivo della concorrenza costituisca un criterio utile (anche in via esclusiva) per tale valutazione;
- la seconda mira a chiarire se la prova di tale intento debba essere considerata sufficiente per attribuire al comportamento in questione gli effetti anticoncorrenziali contestati oppure se faccia soltanto ribaltare l'onere della prova in capo all'impresa dominante, la quale sarebbe tenuta, a questo punto, a dimostrare che l'effetto escludente è mancato.

a) *Sulla prima parte*

126. Con questa prima parte il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se la prova dell'intento preclusivo che anima l'impresa dominante costituisca un elemento di prova necessario o sufficiente ai fini dell'analisi dell'esistenza di un abuso.

127. A tal riguardo, ricordo che la Corte ha indicato a più riprese che lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante vietato dall'articolo 102 TFUE è una nozione oggettiva (110), anche in assenza di colpa (111), e che, ai fini dell'applicazione di tale disposizione, non è affatto necessario dimostrare l'esistenza di un intento anticoncorrenziale in capo all'impresa in posizione dominante (112). Ne consegue che, salvo casi eccezionali (113), il movente soggettivo dell'impresa dominante non figura fra gli elementi costitutivi dell'abuso, cosicché un'autorità garante della concorrenza non è tenuta a dimostrarlo per accertare l'esistenza di un siffatto abuso.

128. Tuttavia, la Corte ha ritenuto che la prova di un siffatto 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. Infatti, la Corte ha dichiarato che la Commissione, nell'ambito del suo esame del comportamento di un'impresa in posizione dominante e ai fini dell'identificazione dell'eventuale abuso di una tale posizione, è tenuta a considerare tutte le circostanze di fatto pertinenti che accompagnano detto comportamento e che tale esercizio include parimenti una valutazione della strategia commerciale perseguita. In tale contesto, appare normale evocare fattori di natura soggettiva, ossia i motivi che sono sottesi alla strategia commerciale in questione. In tal senso, secondo la Corte, l'esistenza di un eventuale intento anticoncorrenziale è solo una delle numerose circostanze di fatto che possono essere prese in considerazione per accertare un siffatto abuso (114).

129. Un siffatto intento anticoncorrenziale, se è chiaro e comprovato, può effettivamente risultare rilevante ai fini dell'accertamento di un abuso di posizione dominante. La Commissione ha indicato che le «prove dirette di una strategia di esclusione» costituiscono uno dei fattori generalmente adottati al fine di valutare non solo se sia probabile che un presunto comportamento abusivo determini una preclusione anticoncorrenziale, ma anche «per interpretare il comportamento dell'impresa dominante». Siffatte prove possono consistere in «documenti interni che contengono prove dirette di una strategia volta ad escludere i concorrenti, quale un piano particolareggiato di adozione di un determinato comportamento per escludere un concorrente, per impedire l'ingresso o prevenire l'emergere di un mercato, o le prove di minacce concrete di un'azione volta all'esclusione» (115).

130. In realtà, nella maggior parte dei casi, le pratiche di esclusione abusive non sono fondate sulla dimostrazione di un intento soggettivo specifico dell'impresa dominante di restringere la concorrenza, bensì sulla logica economica dei comportamenti in questione, quale risulta oggettivamente dalle caratteristiche di tali comportamenti e dal loro contesto. Una simile logica anticoncorrenziale di un comportamento può essere desunta, ad esempio, dall'«assenza di qualsiasi altra giustificazione economica obiettiva» (116). Orbene, in assenza di una siffatta logica, il ricorso a prove soggettive può risultare particolarmente utile. Infatti, siffatto tipo di prove è stato utilizzato nel caso sia di pratiche tariffarie (117), sia di pratiche non tariffarie (118).

131. Trattandosi dunque di una delle tante circostanze di fatto che possono essere prese in considerazione ai fini della determinazione di un abuso, spetta alla sola autorità garante della concorrenza stabilire il valore probatorio delle prove dirette di una strategia escludente. A tal riguardo, i seguenti elementi mi sembrano rilevanti.

132. Primo, affinché tali prove siano rilevanti, anche solo come indizi, con riferimento all'esistenza di una pratica di esclusione abusiva, l'intento di esclusione deve parimenti tradursi in una capacità preclusiva (119). L'analisi dell'intento non può dunque sopperire all'analisi degli effetti. A tal riguardo, la Corte ha espressamente indicato che qualora l'impresa dominante contesti il fatto che il proprio comportamento sia stato capace di restringere la concorrenza, la Commissione deve, inter alia, «anche valutare *l'eventuale esistenza di una strategia* diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci» (120).

133. Secondo, simili prove possono fornire indicazioni importanti sulla natura del comportamento in questione e, di conseguenza, sulla sua propensione a restringere la concorrenza. Ad esempio, tali indicazioni potrebbero consistere in elementi di prova da cui emerge che l'impresa dominante si aspettava chiaramente che il suo comportamento avesse un effetto anticoncorrenziale, sulla base della sua analisi o della sua conoscenza del mercato, considerato che questo tipo di indicazioni è rilevante, alla luce dell'esperienza dell'impresa dominante circa la struttura del mercato nel quale essa opera. Pertanto, se, prova a sostegno, una tale impresa adotta una strategia al fine di escludere i suoi concorrenti dal mercato o di emarginarli, si può logicamente dedurre che tale comportamento è idoneo a produrre siffatti effetti.

134. Terzo, il valore probatorio della prova di un intento dipende dal contesto fattuale. Affermazioni escludenti che promanano da quadri appartenenti al personale direttivo – incaricato di esercitare un'influenza decisiva sulle pratiche dell'impresa – o pronunciate nell'ambito di presentazioni ufficiali sono più rilevanti di affermazioni spontanee (121). A tal riguardo, ricordo che l'oggetto stesso della concorrenza consiste nell'incoraggiare le imprese a superarsi a vicenda. Pertanto, dichiarazioni che riguardano o denigrano i concorrenti sono normali in un ambiente caratterizzato dalla concorrenza basata sui meriti e dovranno essere considerate rilevanti soltanto qualora facciano parte di una strategia escludente. Infine, mi sembra evidente che siffatte prove debbano riferirsi al periodo del comportamento in questione.

135. Quarto, l'esistenza di elementi di prova idonei a dimostrare che un'impresa dominante non aveva intenzione di escludere i suoi concorrenti dal mercato può essere parimenti pertinente ai fini del calcolo dell'ammenda e costituire una circostanza attenuante, in particolare all'atto di accertare se l'infrazione sia stata commessa di proposito o per negligenza (122).

b) Sulla seconda parte

136. Per quanto riguarda la seconda parte, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se la prova dell'intento escludente abbia la funzione di invertire l'onere della prova dell'effetto preclusivo anticoncorrenziale del comportamento, trasferendolo all'impresa dominante.

137. A tal riguardo, mi sembra logico ritenere che non vi debbano essere conseguenze in tal senso connesse alla constatazione di un intento soggettivo di restringere la concorrenza, dal momento che tale prova, la quale costituisce soltanto una mera circostanza fattuale, non è sufficiente a dimostrare, da sola, che un siffatto comportamento è contrario all'articolo 102 TFUE (123). Tale constatazione non fonderebbe quindi una presunzione relativa di un siffatto comportamento, in quanto tale approccio non risulta compatibile con il carattere oggettivo della nozione di abuso, ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Infatti, una presunzione legale di questo tipo potrebbe portare a concludere per l'esistenza di un abuso semplicemente alla luce dell'intento dell'impresa in posizione dominante, il che sarebbe contrario alla giurisprudenza costante della Corte citata supra.

138. Tuttavia, mi sembra logico che, se le autorità garanti della concorrenza possono utilizzare questo tipo di prove al fine di corroborare l'esistenza di un abuso, le imprese interessate debbano anch'esse poter utilizzare la documentazione interna a sostegno dell'assenza di un intento escludente (124). Orbene, una siffatta prova, di natura negativa, è evidentemente difficile da apportare e, ammesso che venga fornita, non può, da sola, dimostrare l'assenza di un abuso (125).

139. Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, propongo di rispondere alla quarta questione dichiarando che, per qualificare come abusiva una pratica di esclusione di un'impresa in posizione dominante, non è necessario dimostrare il suo intento soggettivo di escludere i suoi concorrenti. Tale intento può cionondimeno essere preso in considerazione, quale circostanza fattuale, segnatamente per dimostrare che tale comportamento è in grado di restringere la concorrenza. La prova di un supposto intento escludente non comporta alcuna inversione dell'onere della prova della natura abusiva di detto comportamento.

E. Sulla quinta questione pregiudiziale

140. Con la sua quinta questione il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'appartenenza ad un medesimo gruppo societario che ha partecipato direttamente al comportamento abusivo sia sufficiente per imputare la responsabilità alla controllante che detiene la totalità del capitale di tali società, senza che sia necessario apportare la prova di un concorso di quest'ultima alla pratica abusiva o, quantomeno, di un coordinamento attivo delle società operanti all'interno del gruppo (126).

1. Sulla ricevibilità

141. L'AGCM e l'AIGET esprimono dubbi in ordine alla ricevibilità di tale questione, la quale verte sulle condizioni di applicazione della presunzione di responsabilità della controllante (127), per difetto di rilevanza ai fini della soluzione della controversia, dal momento che l'AGCM non avrebbe fondato la responsabilità dell'ENEL sulla presunzione del controllo totalitario del SEN e della EE, bensì sul suo diretto coinvolgimento nelle pratiche considerate abusive. Dall'istruttoria dell'AGCM sarebbe emersa, infatti, l'esistenza di una vera e propria strategia di gruppo – dunque imputabile anche all'ENEL – diretta a spostare quanti più clienti possibile dalla società operante sul mercato tutelato (SEN) alla società del mercato libero (EE).

142. L'ENEL, per contro, rileva che, nella decisione controversa, l'AGCM ha ritenuto che essa fosse corresponsabile dell'illecito sia per un suo coinvolgimento attivo nella strategia abusiva sia sulla base della presunzione di influenza determinante. Ebbene, essa avrebbe sufficientemente dimostrato di non avere più il controllo decisionale sulle proprie controllate a seguito di una ristrutturazione organica all'interno del gruppo e, pertanto, avrebbe rovesciato la presunzione di influenza determinante.

143. Dal momento che le condizioni di applicazione di tale presunzione fanno parte, stando agli accertamenti del giudice del rinvio, del dibattito dinanzi al medesimo e che, in ogni caso, spetta esclusivamente al giudice nazionale valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria decisione sia la pertinenza delle questioni che sottopone alla Corte, ritengo che la Corte dovrebbe pronunciarsi su tale questione (128).

144. Inoltre, mi sembra che le condizioni di applicazione della presunzione di influenza determinante potrebbero essere rilevanti a fini della soluzione della controversia di cui al procedimento principale. Infatti, l'ENEL fa valere dinanzi al giudice del rinvio che l'AGCM aveva constatato che essa era attivamente coinvolta nel comportamento addebitato senza avere preso in considerazione i documenti da essa prodotti per dimostrare di aver abbandonato le proprie competenze decisionali a seguito della ristrutturazione del gruppo. Orbene, se il giudice del rinvio constata che tali prove sono convincenti, dovrà ancora statuire sull'applicazione di tale presunzione. È dunque opportuno stabilire se detta presunzione possa ancora essere applicata sul solo fondamento dell'appartenenza al gruppo. La questione non è dunque ipotetica (129).

2. Nel merito

145. Per rispondere alla quinta questione nel merito, occorre fare riferimento a nozioni ben consolidate del diritto della concorrenza, come le nozioni di «impresa» e di «presunzione di influenza determinante», sulle quali si basa la logica dell'imputabilità della responsabilità di una violazione delle regole di concorrenza (130).

146. Anzitutto, ricordo che gli autori dei Trattati hanno scelto di utilizzare la nozione di «impresa» per designare l'autore di un'infrazione al diritto della concorrenza (131). Tale nozione autonoma del diritto dell'Unione designa qualsiasi entità costituita da elementi personali, materiali e immateriali che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento. Pertanto, detta nozione deve essere intesa nel senso che designa un'unità economica sotto il profilo dell'oggetto della pratica anticoncorrenziale in questione, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone fisiche o giuridiche (132).

147. Da tale scelta deriva, da un lato, che tale entità economica, laddove violi le regole dettate in materia di concorrenza, è tenuta, secondo il principio della responsabilità personale, a rispondere dell'infrazione e, dall'altro, che una persona giuridica può, a determinate condizioni, essere considerata responsabile personalmente e in solido del comportamento anticoncorrenziale di un'altra persona giuridica appartenente a questa stessa entità economica (133).

148. Ne consegue che la responsabilità del comportamento di una controllata può essere imputata alla controllante qualora 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 controllante, in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche (134). In una situazione del genere, atteso che la controllante e la sua controllata fanno parte di una stessa unità economica e formano così un'unica impresa, una decisione che infligge ammende può essere emanata nei confronti della controllante senza che sia necessario dimostrare il personale coinvolgimento di quest'ultima nell'infrazione (135).

149. A tal riguardo, secondo la costante giurisprudenza della Corte, nel caso particolare, come quello di cui al procedimento principale, in cui una controllante detenga (direttamente o indirettamente) il 100% del capitale della propria controllata, responsabile di un'infrazione alle norme dell'Unione in materia di concorrenza, da un lato, tale controllante può esercitare un'influenza determinante sul comportamento di tale controllata e, dall'altro, esiste una presunzione relativa (detta anche «semplice») secondo cui detta controllante esercita effettivamente un'influenza di questo tipo, a meno che la controllante stessa non dimostri il contrario (136).

150. Una presunzione del genere implica, salvo la sua inversione, che l'esercizio effettivo di un'influenza determinante da parte della società controllante sulla propria controllata sia considerato accertato, così da poter ritenere la prima responsabile del comportamento della seconda, senza dover fornire prove supplementari (137). La controllante che si è vista imputare il comportamento illecito della sua controllata viene condannata personalmente per un'infrazione alle norme in materia di concorrenza dell'Unione che si presume avere commesso essa stessa, a causa dell'influenza dominante che essa esercitava sulla controllata e che le consentiva di determinare il comportamento di quest'ultima (138).

151. Ne consegue che, in siffatte condizioni, è sufficiente che un'autorità garante della concorrenza dimostri che l'intero capitale di una controllata sia detenuto dalla sua controllante per poter presumere che quest'ultima eserciti effettivamente un'influenza determinante sulla politica commerciale della controllata medesima. Tale autorità potrà poi ritenere la controllante solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla sua controllata, a meno che tale controllante, cui incombe l'onere di confutare detta presunzione, non fornisca sufficienti elementi di prova che dimostrino che la propria controllata si comporta in maniera autonoma sul mercato (139). L'applicazione della presunzione di influenza determinante non è dunque subordinata alla produzione di indizi supplementari relativi all'esercizio effettivo di un'influenza della controllante (140).

152. Alla luce di quanto suesposto, l'appartenenza ad un medesimo gruppo di società che hanno partecipato direttamente al comportamento abusivo è sufficiente per imputare la responsabilità alla controllante che detiene la totalità del capitale di tali società, senza che sia necessario apportare una qualsivoglia prova supplementare, a meno che tale controllante non fornisca sufficienti elementi di prova che dimostrino che tali società si sono comportate in maniera autonoma sul mercato.

153. Orbene, nella specie, è pacifico che l'ENEL detiene il 100% del capitale delle sue controllate SEN e EE. Pertanto, l'ENEL contesta non l'applicabilità della presunzione di influenza dominante, ma unicamente taluni aspetti di tale applicazione.

154. In primo luogo, essa fa valere che la mera presenza di una relazione di controllo non è sufficiente di per sé per sanzionare la controllante per il comportamento di una controllata, anche in caso di controllo totalitario. A suo avviso, anche in una simile configurazione, è necessario accertare che la controllante sia in grado di esercitare effettivamente un'influenza determinante sulla controllata.

155. A mio avviso, una simile argomentazione non può essere accolta. Infatti, dalla giurisprudenza citata supra emerge chiaramente che la presunzione di influenza determinante implica appunto che l'esercizio effettivo di un'influenza dominante sia considerato dimostrato, senza necessità di produrre una qualsivoglia prova. Un'interpretazione opposta sarebbe contraria all'effetto utile di tale presunzione, che si fonda sulla premessa secondo la quale la detenzione di un controllo totalitario di una controllata presuppone necessariamente la capacità (economica) di esercitare una siffatta influenza (141). Infatti, la Corte ha stabilito che non è la semplice detenzione del capitale della controllata a fondare di per sé tale presunzione, bensì il grado di controllo che tale detenzione implica (142).

156. In secondo luogo, l'ENEL fa valere che, nel caso di una presunzione relativa, se la controllante apporta elementi di prova idonei a dimostrare che la controllata ha operato in maniera autonoma sul mercato, l'autorità garante della concorrenza ha l'onere di motivare adeguatamente la propria diversa posizione. Nella specie, l'ENEL contesta il fatto di aver esercitato un'influenza determinante in quanto, a seguito della ristrutturazione organica del gruppo avvenuta nel 2014, essa non avrebbe più svolto un ruolo decisionale o operativo, ma si sarebbe limitata a promuovere sinergie e *best practices* tra le diverse controllate operative. A tal riguardo, essa avrebbe prodotto taluni documenti che, tuttavia, non sarebbero stati presi in considerazione o che sarebbero stati respinti senza motivazione adeguata dall'AGCM.

157. Tali argomenti impongono tre serie di osservazioni.

158. In primo luogo, per quanto riguarda l'onere della prova, nella misura in cui la presunzione di influenza determinante è relativa, è pacifico che incombe alla controllante apportare gli elementi di prova che dimostrino la sua assenza (143). Tuttavia, il mero apportare siffatti elementi non è sufficiente ad invertire *ipso facto* l'onere della prova. Infatti, solo l'autorità garante della concorrenza può constatare se una controllante riesca a superare la presunzione di influenza determinante dimostrando l'autonomia della sua controllata. Se ciò avviene, la responsabilità della controllante non potrà esserle imputata per il solo fatto che essa detiene la totalità del capitale della controllata (144) e l'autorità garante, se decide di perseguire la controllante, dovrà fondare la responsabilità su altri elementi concreti di influenza determinante. Infatti, come nella specie, le autorità garanti della concorrenza scelgono spesso di supportare tale presunzione sulla base di altri elementi fattuali (145).

159. In secondo luogo, per quanto riguarda l'obbligo di motivazione dell'autorità garante della concorrenza, dalla giurisprudenza della Corte risulta che una decisione di applicazione del diritto della concorrenza deve contenere una motivazione sufficiente nei confronti di ciascuno dei suoi destinatari, specie di quelli che devono sopportare le conseguenze dell'infrazione. Pertanto, nei confronti di una controllante considerata responsabile del comportamento illecito della sua controllata, una siffatta decisione deve contenere un'esposizione esauriente dei motivi atti a giustificare l'imputabilità dell'infrazione a tale società (146). Qualora una siffatta decisione si fondi in maniera esclusiva sulla presunzione di influenza determinante, un'autorità garante della concorrenza è tenuta – se non si vuole rendere tale presunzione de facto assoluta – ad esporre in maniera adeguata le ragioni per le quali gli elementi di fatto e di diritto invocati non sono stati sufficienti per confutare la presunzione suddetta (147).

160. Tale obbligo per un'autorità garante della concorrenza di motivare le sue decisioni sul punto risulta segnatamente dal carattere relativo della presunzione di influenza determinante. Infatti, ricordo che la Corte ha stabilito che tale presunzione mira a raggiungere un equilibrio tra l'importanza, da un lato, dell'obiettivo consistente nel reprimere i comportamenti contrari alle regole di concorrenza e prevenirne la ripetizione e, dall'altro, delle esigenze poste da taluni principi generali del diritto dell'Unione come, in particolare, i principi della presunzione di innocenza, della personalità delle pene e della certezza del diritto nonché i diritti della difesa, ivi compreso il principio della parità delle armi. È appunto per questa ragione che essa è relativa (148). Inoltre, la Corte ha ritenuto che il fatto che sia difficile fornire la prova contraria necessaria per confutare la presunzione di influenza determinante non implica, di per sé, che tale presunzione sia, de facto, assoluta e, di conseguenza, contraria al principio della presunzione di innocenza (149).

161. Ciò posto, occorre ricordare che la Corte ha dichiarato che la Commissione non è tuttavia tenuta, in un simile contesto, a prendere posizione su elementi che siano manifestamente fuor di luogo, privi di significato o chiaramente secondari (150). Inoltre, tale obbligo di motivazione non impone necessariamente l'obbligo di fornire una spiegazione che ripercorra esaustivamente e singolarmente tutti i ragionamenti svolti dalle parti della controversia. La motivazione può quindi essere implicita, a condizione che consenta agli interessati di conoscere le ragioni sulle quali si fonda la decisione e ad un'autorità giudiziaria di disporre degli elementi sufficienti per esercitare il suo controllo nell'ambito di un ricorso (151). Tali principi potrebbero essere applicati per analogia anche alle autorità nazionali garanti della concorrenza.

162. In terzo luogo, senza voler interferire nella valutazione che verrà alla fine adottata nel procedimento principale dal giudice del rinvio, ricordo che la Corte ha già avuto l'occasione di precisare, anzitutto, che la circostanza che le società controllate (interamente) godessero di una certa autonomia per quanto concerne le loro attività industriali, che la controllante avesse svolto un ruolo di mero coordinatore tecnico e finanziario o che avesse fornito a tali società assistenza finanziaria e patrimoniale non è sufficiente, di per sé, a rovesciare la presunzione di influenza determinante (152). La Corte ha poi parimenti dichiarato che la circostanza che un ente sia una «holding finanziaria», priva della qualità di impresa, non potrebbe influire sull'applicazione nei suoi confronti di tale presunzione (153). Infine, la Corte ha respinto l'argomentazione secondo la quale l'applicazione di detta presunzione ad una «holding di partecipazione» violerebbe l'articolo 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, gli articoli 17 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché l'articolo 345 TFUE, in quanto darebbe luogo a un'arbitraria ed ingiustificata disparità di trattamento tra diversi regimi proprietari (154).

163. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo di rispondere alla quinta questione dichiarando che l'appartenenza di una società madre ad un gruppo di società composto da controllate detenute al 100% che hanno partecipato direttamente ad un comportamento abusivo ai sensi dell'articolo 102 TFUE è sufficiente per presumere che tale controllante abbia esercitato un'influenza determinante sulla politica di tali controllate, cosicché un'autorità garante della concorrenza potrebbe imputarle la responsabilità di tale comportamento senza dover apportare la prova di un suo concorso nella pratica abusiva. L'onere di rovesciare tale presunzione relativa, tramite la produzione di prove che dimostrino che le controllate si sono comportate in maniera autonoma sul mercato, incombe alla stessa controllante. In un caso del genere, l'autorità garante ha l'obbligo di esporre in maniera adeguata le ragioni per le quali ritiene che gli elementi prodotti non siano sufficienti a rovesciare detta presunzione, sempre che non li consideri manifestamente fuor di luogo, privi di significato o chiaramente secondari.

IV. Conclusione

164. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere nei seguenti termini alle questioni pregiudiziali sollevate dal Consiglio di Stato (Italia):

- 1) L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che una pratica attuata da un'impresa in posizione dominante, indipendentemente dalla sua legittimità alla luce di branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza, non può essere qualificata come abusiva, ai sensi di tale disposizione, soltanto in ragione della sua capacità di produrre un effetto preclusivo nel mercato rilevante, poiché tale comportamento non deve essere assimilato ad un effetto restrittivo della concorrenza, a meno che non sia dimostrato che tale impresa ha fatto ricorso a mezzi diversi da quelli che rientrano in una concorrenza basata sui meriti. In linea di principio, una pratica di esclusione che può essere replicata da concorrenti in maniera economicamente redditizia non rappresenta un comportamento che può dar luogo ad una preclusione anticoncorrenziale e rientra dunque nella concorrenza basata sui meriti.
- 2) L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso mira a vietare non solo le pratiche di esclusione che possono causare un danno immediato ai consumatori, il che costituisce lo scopo ultimo di tale disposizione, ma anche i comportamenti che possono arrecare loro pregiudizio indirettamente, per il fatto di incidere sulla struttura del mercato e, pertanto, sul mantenimento di una concorrenza effettiva. Incombe alle autorità garanti della concorrenza dimostrare che una siffatta pratica di esclusione arreca pregiudizio alla struttura di effettiva

concorrenza, verificando al contempo che essa sia parimenti idonea a causare un danno attuale o potenziale a tali consumatori.

- 3) L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di accertare l'esistenza di un abuso di posizione dominante, un'autorità garante della concorrenza è tenuta a dimostrare, avuto riguardo a tutte le circostanze rilevanti e tenuto conto in particolare degli elementi invocati dall'impresa, che il comportamento di tale impresa avesse la capacità di restringere la concorrenza, analizzando, se del caso e a tal riguardo, anche gli elementi di prova invocati dall'impresa dominante, secondo i quali il comportamento in questione non avrebbe prodotto effetti anticoncorrenziali nel mercato rilevante.
- 4) L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, per qualificare come abusiva una pratica di esclusione di un'impresa in posizione dominante, non è necessario dimostrare il suo intento soggettivo di escludere i suoi concorrenti. Tale intento può cionondimeno essere preso in considerazione, quale circostanza fattuale, segnatamente per dimostrare che tale comportamento è in grado di restringere la concorrenza. La prova di un supposto intento escludente non comporta alcuna inversione dell'onere della prova della natura abusiva di detto comportamento.
- 5) L'appartenenza di una società madre ad un gruppo di società composto segnatamente da controllate detenute al 100% che hanno partecipato direttamente ad un comportamento abusivo, ai sensi dell'articolo 102 TFUE è sufficiente per presumere che essa abbia esercitato un'influenza determinante sulla politica di tali controllate, cosicché un'autorità garante della concorrenza potrebbe imputarle la responsabilità di tale comportamento senza dover apportare la prova di un suo concorso nella pratica abusiva. L'onere di rovesciare tale presunzione relativa, tramite la produzione di prove che consentano di dimostrare che le controllate si sono comportate in maniera autonoma sul mercato, incombe alla stessa controllante. In un caso del genere, tale autorità ha l'obbligo di esporre in maniera adeguata le ragioni per le quali ritiene che gli elementi prodotti non siano sufficienti a rovesciare detta presunzione, sempre che non li consideri manifestamente fuor di luogo, privi di significato o chiaramente secondari.

1 Lingua originale: il francese.

2 [Nota irrilevante per il lettore italiano].

3 V. sentenze della Corte del 2 aprile 2009, France Télécom/Commissione (C-202/07 P; in prosieguo: la «sentenza France Télécom», EU:C:2009:214); del 14 ottobre 2010, Deutsche Telekom/Commissione (C-280/08 P; in prosieguo: la «sentenza Deutsche Telekom I», EU:C:2010:603); del 27 marzo 2012, Post Danmark (C-209/10; in prosieguo: la «sentenza Post Danmark I», EU:C:2012:172); del 25 marzo 2021, Deutsche Telekom/Commissione (C-152/19 P; in prosieguo: la «sentenza Deutsche Telekom II», EU:C:2021:238); nonché del Tribunale del 29 marzo 2012, Telefónica e Telefónica de España/Commissione (T-336/07, EU:T:2012:172), e del 17 dicembre 2015, Orange Polska/Commissione (T-486/11, EU:T:2015:1002). Tali cause sono spesso abbinata anche in termini di violazione dell'articolo 106, paragrafo 1, TFUE, in combinato disposto con l'articolo 102 TFUE [v. sentenze del 25 marzo 2015, Slovenská pošta/Commissione (T-556/08, EU:T:2015:189), e del 15 dicembre 2016, DEI/Commissione (T-169/08 RENV, EU:T:2016:733)].

4 Per un esempio tratto dalla prassi decisionale nazionale, v. decisione n. 13-D-20, del 17 dicembre 2013, dell'autorità garante della concorrenza francese relativa al comportamento della EDF nel settore dei servizi destinati alla produzione di elettricità fotovoltaica (punti da 286 a 293 e da 294 a 296).

5 Sentenza del 17 febbraio 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09; in prosieguo: la «sentenza TeliaSonera», EU:C:2011:83).

[6](#) Sentenza del 6 ottobre 2015, *Post Danmark* (C-23/14; in prosieguo: la «sentenza *Post Danmark II*», EU:C:2015:651).

[7](#) Sentenza del 6 settembre 2017, *Intel/Commissione* (C-413/14 P; in prosieguo: la «sentenza *Intel*», EU:C:2017:632).

[8](#) Sentenza del 30 gennaio 2020, *Generics (UK) e a.* [C-307/18; in prosieguo: la «sentenza *Generics (UK)*», EU:C:2020:52].

[9](#) Per un chiarimento terminologico relativo alla nozione di concorrenza «normale», v. paragrafo 53 delle presenti conclusioni.

[10](#) Sentenze *Generics (UK)* (punto 148) e *Deutsche Telekom II* (punto 72). V., anche, sentenze del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissione* (85/76; in prosieguo: la «sentenza *Hoffmann-La Roche*», EU:C:1979:36, punto 91); del 3 luglio 1991, *AKZO/Commissione* (C-62/86; in prosieguo: la «sentenza *AKZO*», EU:C:1991:286, punto 69); del 6 dicembre 2012, *AstraZeneca/Commissione* (C-457/10 P; in prosieguo: la «sentenza *AstraZeneca*», EU:C:2012:770, punto 74), nonché *Post Danmark II* (punto 26).

[11](#) Sentenza *AstraZeneca* (punto 132). V. parimenti conclusioni dell'avvocato generale Mazák nella causa *AstraZeneca/Commissione* (C-457/10 P, EU:C:2012:293, paragrafo 78).

[12](#) V., a tal riguardo, decisione del Bundeskartellamt (autorità federale garante della concorrenza, Germania) B6-22/15 del 6 febbraio 2019, con la quale un comportamento non conforme alle norme giuridiche concernenti la protezione dei dati personali è stato giudicato parimenti una violazione del diritto della concorrenza [causa che ha dato luogo alla domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dall'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania) il 22 aprile 2021, nella causa C-252/21, *Facebook Inc. e a./Bundeskartellamt*].

[13](#) V. paragrafo 15 delle presenti conclusioni.

[14](#) V., a tal riguardo, paragrafo 115 delle presenti conclusioni.

[15](#) V. paragrafo 34 delle presenti conclusioni.

[16](#) V., in particolare, sentenze del 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione* (322/81; in prosieguo: la «sentenza *Michelin I*», EU:C:1983:313, punto 57); *Post Danmark I* (punto 23) e *Intel* (punto 135).

[17](#) Tradizionalmente, viene operato un distinguo fra le pratiche di esclusione (vale a dire i tentativi illegittimi di escludere dal mercato le imprese concorrenti) e le pratiche di sfruttamento (vale a dire lo sfruttamento diretto dei consumatori, ad esempio mediante prezzi eccessivi). Su tale distinzione, v. conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle cause riunite *Sot. Lélouk kai Sia e a.* (da C-468/06 a C-478/06, EU:C:2008:180, paragrafo 74).

[18](#) V. sentenze *TeliaSonera* (punto 64), *Intel* (punto 138) e *Generics (UK)* (punto 154).

[19](#) V. sentenze TeliaSonera (punto 68) e Generics (UK) (punto 154).

[20](#) Sentenza Post Danmark II (punto 65).

[21](#) Sentenza TeliaSonera (punti 64 e 66).

[22](#) V., in tal senso, punto 19 della Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 [CE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (GU 2009, C 45, pag. 7; in prosieguo: gli «Orientamenti»).

[23](#) Sentenza Intel (punti 133 e 134, il corsivo è mio). V. parimenti sentenza Post Danmark I (punti da 21 a 23, e la giurisprudenza ivi citata).

[24](#) V. sentenze TeliaSonera (punti 75 e 76) e Intel (punto 140).

[25](#) V. sentenze del 15 marzo 2007, British Airways/Commissione (C-95/04 P; in prosieguo: la «sentenza British Airways», EU:C:2007:166, punto 86); Post Danmark I (punti 40 e 41) e Intel (punto 140).

[26](#) Sentenza Intel (punto 140).

[27](#) Nelle loro osservazioni, il SEN, la EE e la Commissione propongono di rispondere a tale questione dichiarando che l'effetto (potenzialmente) restrittivo della concorrenza non è da solo sufficiente a qualificare una pratica come abusiva ai sensi dell'articolo 102 TFUE e che sarebbe necessario un *quid pluris* di anti-giuridicità, consistente nel ricorso a mezzi diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza fondata sui meriti. Per contro, l'AGCM, AIGET, la Green Network nonché i governi italiano e norvegese concordano nell'affermare che la nozione di sfruttamento abusivo di una posizione dominante non esige la prova di una specifica componente di anti-giuridicità che si aggiunga all'effetto restrittivo reale o potenziale del comportamento dell'impresa.

[28](#) V., in tal senso, sentenze Post Danmark II (punto 29) e Generics (UK) (punti 151 e 154).

[29](#) Sentenze Hoffmann-La Roche (punto 91) e Deutsche Telekom II (punto 41).

[30](#) V. sentenze del 14 febbraio 1978, United Brands e United Brands Continentaal/Commissione (27/76; in prosieguo: la «sentenza United Brands», EU:C:1978:22, punto 189), e del 1° aprile 1993, BPB Industries e British Gypsum/Commissione (T-65/89, EU:T:1993:31, punto 94).

[31](#) Sentenze del 1° aprile 1993, BPB Industries e British Gypsum/Commissione (T-65/89, EU:T:1993:31, punto 113), e del 7 ottobre 1999, Irish Sugar/Commissione (T-228/97, EU:T:1999:246, punto 111).

[32](#) Termini utilizzati inizialmente dalla Corte nella sentenza AKZO (punto 70). V., più recenti, sentenze Deutsche Telekom I (punti 83, 176 e 177) e Intel (punti 135 e 136).

[33](#) Riferito alla concorrenza, «normale» è un termine che potrebbe creare confusione, nella misura in cui pratiche abitualmente lecite, ordinarie e conformi alla moralità di un mercato, che potrebbero dunque essere

descritte come «normali», possono nondimeno violare l'articolo 102 TFUE se vengono attuate da un'impresa in posizione dominante, a causa della «responsabilità particolare» di quest'ultima (v. paragrafi 58 e 59 delle presenti conclusioni).

[34](#) Ad esempio, l'applicazione di un prezzo basso, sufficientemente basso, può eliminare un concorrente, ma sarebbe coerente con il gioco della concorrenza, in quanto a vantaggio del consumatore. Tuttavia, il prezzo può essere a tal punto basso (predatore) da essere lesivo per i consumatori a lungo termine, dopo l'esclusione del concorrente dal mercato.

[35](#) Sentenze Continental Can (punto 26), Deutsche Telekom I (punto 173) e TeliaSonera (punto 26).

[36](#) A quanto mi consta, l'unico tipo di comportamento per il quale esiste una presunzione semplice di restrizione della concorrenza che dà luogo ad un'inversione dell'onere della prova è quello degli sconti fedeltà esclusivi, vale a dire riduzioni subordinate alla condizione che il cliente – indipendentemente dal volume di tali acquisti – si rifornisca per la totalità o per una parte considerevole del suo fabbisogno esclusivamente presso l'impresa in posizione dominante (v. sentenza Intel, punto 137).

[37](#) V., in tal senso, sentenza AstraZeneca (punto 106).

[38](#) Per una panoramica generale dell'applicazione dell'«effects-based approach» nel diritto della concorrenza, v., Bourgeois, J. e Waelbroeck, D., *Ten years of effects-based approach in EU competition law: state of play and perspectives*, Bruylant, 2013, nonché Ibáñez Colomo, P., *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, Journal of Competition Law & Economics, vol. 17, n. 2, 2021, pagg. da 309 a 363.

[39](#) Sentenze del 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commissione (C-333/94 P, EU:C:1996:436, punto 24), e del 16 marzo 2000, Compagnie maritimes belges transports e a./Commissione (C-395/96 P e C-396/96 P, EU:C:2000:132, punto 114).

[40](#) Sentenze Michelin I (punto 57), Post Danmark I (punti da 21 a 23) e Intel (punto 135).

[41](#) Sentenza United Brands (punto 189).

[42](#) V. sentenze del 30 settembre 2003, Atlantic Container Line e a./Commissione (T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98, EU:T:2003:245, punti 1124 e 1460), e del 23 ottobre 2003, Van den Bergh Foods/Commissione (T-65/98, EU:T:2003:281, punto 159).

[43](#) Sentenza Michelin I (punto 57, il corsivo è mio).

[44](#) Sentenza del 19 aprile 2012, Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P; in prosieguo: la «sentenza Tomra», EU:C:2012:221, punto 68).

[45](#) V. paragrafo 128 delle presenti conclusioni.

[46](#) Sentenze TeliaSonera (punto 88) e AKZO (punto 71).

[47](#) V., in tal senso, sentenza AstraZeneca (punto 130).

[48](#) Sentenza del 18 novembre 2020, Lietuvos geležinkeliai/Commissione (T-814/17, EU:T:2020:545, punti da 292 a 299).

[49](#) V., in tal senso, Orientamenti, punto 5.

[50](#) Sentenza Deutsche Telekom I (punto 230 e la giurisprudenza ivi citata). Per questa ragione, nell'ambito del procedimento di separazione dell'operatore storico, è essenziale distinguere nettamente tra le attività legate al monopolio e quelle legate al mercato libero, a livello al tempo stesso giuridico, materiale, contabile, finanziario e commerciale.

[51](#) Sentenza Intel (punto 136).

[52](#) Tale regola non è tuttavia assoluta, dal momento che esistono situazioni in cui, da un lato, un comportamento non replicabile da un concorrente altrettanto efficiente rientra comunque nella nozione di concorrenza basata sui meriti (v., ad esempio, il rifiuto di fornire un input essenziale ad un cliente che non sarebbe in grado di remunerare adeguatamente, oppure le attività di ricerca e sviluppo che consentono ad un'impresa di brevettare e sfruttare un'invenzione unica e non riproducibile). Dall'altro, in taluni casi particolari, un comportamento che può essere riprodotto da un concorrente altrettanto efficiente non rientra necessariamente nella concorrenza basata sui meriti (v., ad esempio, la presentazione di dichiarazioni ingannevoli ad autorità pubbliche [sentenza AstraZeneca (punto 18)]).

[53](#) Sentenza Post Danmark II (punto 55 e la giurisprudenza ivi citata).

[54](#) V., in tal senso, Orientamenti, punti da 23 a 27. La Corte ha stabilito che non sussiste alcun obbligo giuridico di fondarsi sistematicamente sul test CAE per accertare il carattere abusivo di una pratica; tale test è solo uno strumento utile. Esso sarebbe irrilevante nell'ipotesi in cui la struttura del mercato rendesse praticamente impossibile la comparsa di un concorrente altrettanto efficiente, come nell'ambito di un mercato caratterizzato, da un lato, dalla detenzione, da parte del monopolista legale, di una quota di mercato estremamente elevata e, dall'altro, da un accesso tutelato da elevate barriere [sentenza Post Danmark II (punti da 57 a 61)].

[55](#) Sentenza Post Danmark II (punto 53). Tuttavia, anche i costi e i prezzi dei concorrenti su questo stesso mercato possono assumere rilievo, laddove non sia possibile, tenuto conto delle circostanze, fare riferimento a prezzi dell'impresa dominante; per esempio, qualora la struttura dei costi dell'impresa dominante non sia identificabile per ragioni obiettive [sentenza TeliaSonera (punto 45)].

[56](#) Sentenza TeliaSonera (punti da 42 a 44).

[57](#) Sentenza del 26 novembre 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, punti 44 e 45).

[58](#) V. Orientamenti, punti 54 e 61.

[59](#) Infatti, nella specie, la EE avrebbe ottenuto, tramite l'impiego delle liste SEN, appena lo 0,002% degli utenti del mercato tutelato (v. paragrafo 22 delle presenti conclusioni).

- [60](#) V. sentenza Post Danmark II (punti 47 e 65) e paragrafo 41 delle presenti conclusioni.
-
- [61](#) V. paragrafo 64 delle presenti conclusioni.
-
- [62](#) Sentenza del 3 marzo 2020, Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, punto 34).
-
- [63](#) Il giudice del rinvio cita, a tal riguardo, gli Orientamenti, punto 19.
-
- [64](#) Il giudice del rinvio cita, a tal riguardo, le sentenze British Airways (punti 66 e 106) e France Télécom (punti da 104 a 107), nonché la sentenza del 6 ottobre 2009, GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P; in prosieguo: la «sentenza GSK», EU:C:2009:610, punto 63).
-
- [65](#) V., in tal senso, sentenza del 23 gennaio 2018, F. Hoffmann-La Roche e a. (C-179/16, EU:C:2018:25, punti 44 e 45 e la giurisprudenza ivi citata).
-
- [66](#) V., più precisamente, paragrafo 102 delle presenti conclusioni.
-
- [67](#) V. Orientamenti, punto 7, e nota 16 delle presenti conclusioni.
-
- [68](#) V., in tal senso, sentenza del 21 febbraio 1973, Europemballage e Continental Can/Commissione (6/72; in prosieguo: la «sentenza Continental Can», EU:C:1973:22, punto 26). Tuttavia, può verificarsi una sovrapposizione fra le pratiche di esclusione e quelle di sfruttamento, fermo restando che, con il tempo, ogni strategia escludente può sfociare in uno sfruttamento (v., al riguardo, Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, 3^a ed., LGDJ, 2020, punti da 1000 a 1002).
-
- [69](#) V., in tal senso, sentenze Continental Can (punto 26), Hoffmann-La Roche (punto 38), France Télécom (punto 103) e Deutsche Telekom I (punto 170).
-
- [70](#) V., in tal senso, sentenza TeliaSonera (punto 22 e la giurisprudenza ivi citata).
-
- [71](#) Sentenze del 16 settembre 2008, Sot. Lélos kai Sia e a. (da C-468/06 a C-478/06, EU:C:2008:504, punto 68), nonché Deutsche Telekom I (punto 180).
-
- [72](#) Sentenza Hoffmann-La Roche (punto 91, il corsivo è mio), citata reiteratamente nella giurisprudenza (v., in particolare, nota 9).
-
- [73](#) V. il documento di riflessione della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 82 CE alle pratiche di esclusione, del dicembre 2005, intitolato «DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses».
-
- [74](#) V., in tal senso, sentenze Deutsche Telekom I (punto 177), TeliaSonera (punti da 31 a 33, 39, 40, 43, 63, 64, 70 e 73) nonché Post Danmark I (punto 21).
-

[75](#) Sentenza Intel (punto 134, il corsivo è mio).

[76](#) V. Orientamenti, punti 6 e 23.

[77](#) V., in tal senso, sentenze Continental Can (punto 25) e GSK (punto 63).

[78](#) V., in tal senso, sentenze Continental Can (punto 26), Hoffmann-La Roche (punto 125), British Airways (punti 106 e 107), France Télécom (punto 105), Deutsche Telekom I (punto 176), TeliaSonera (punto 24) e Post Danmark I (punto 20).

[79](#) V., in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa T-Mobile Netherlands e a. (C-8/08, EU:C:2009:110, paragrafo 71) e sentenza del 7 giugno 2006, Österreichische Postsparkasse und Bank für Arbeit und Wirtschaft/Commissione (T-213/01 e T-214/01, EU:T:2006:151, punto 115). V., sempre in tal senso, sentenza del 14 dicembre 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e a./Commissione (da T-259/02 a T-264/02 e T-271/02, EU:T:2006:396, punto 99), che ha rilevato come, nell'ambito dell'articolo 101 TFUE, tale scopo ultimo emerge, in particolare, dalla lettera dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE.

[80](#) Sentenza Post Danmark I (punto 24, il corsivo è mio).

[81](#) Sentenza Intel (punto 134, il corsivo è mio).

[82](#) Sentenze Post Danmark I (punti 40 e 41, il corsivo è mio) e Intel (punto 140).

[83](#) V. Orientamenti punti 5 e 6.

[84](#) V. comunicazioni della Commissione sulle Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo [101, paragrafo 1, TFUE] (GU 2004, C 101, pag. 97), punto 13, e sugli Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU 2008, C 265, pag. 6), punto 16. V., parimenti, discorso della commissaria N. Kroes del 15 settembre 2005, intitolato «European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices», nell'ambito dell'«European Consumer and Competition Day».

[85](#) Sentenza British Airways (punti 106 e 107). Tuttavia, per taluni tipi di abuso, la prova connessa ad un pregiudizio immediato fa parte della valutazione del carattere abusivo. In tal senso, la Corte ha ritenuto che, «affinché il rifiuto di un'impresa titolare di un diritto di autore di dare accesso ad un prodotto o ad un servizio indispensabile per esercitare una data attività possa essere qualificato abusivo, è sufficiente che siano integrate tre condizioni cumulative, e cioè che tale rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto *per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori*, che sia ingiustificato e idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato» [v. sentenza del 6 aprile 1995, RTE e ITP/Commissione, detta «sentenza Magill» (C-241/91 P e C-242/91 P, EU:C:1995:98), come riassunta ai punti da 32 a 38 della sentenza del 29 aprile 2004, IMS Health (C-418/01, EU:C:2004:257, il corsivo è mio)].

[86](#) V. sentenza del 10 luglio 2014, Telefónica e Telefónica de España/Commissione (C-295/12 P; in prosieguo: la «sentenza Telefónica», EU:C:2014:2062, punto 124).

[87](#) V. conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa British Airways/Commissione (C-95/04 P, EU:C:2006:133, paragrafo 68).

[88](#) A tal riguardo rilevo che, in conformità dell'articolo 17, paragrafo 2, 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 (GU 2014, L 349, pag. 1), si presume che solo le violazioni consistenti in cartelli causino un danno.

[89](#) V. Orientamenti, punto 19 e nota 15.

[90](#) V., in particolare, sentenza Intel (punto 134 e la giurisprudenza ivi citata) nonché Orientamenti, punto 6.

[91](#) Ad esempio, nella pratica dei prezzi predatori, la fissazione di prezzi inferiori ai costi favorirebbe chiaramente i consumatori (certamente a breve termine), a meno che e fino a che le perdite non siano recuperate applicando prezzi più elevati in una fase successiva. Tuttavia, una pratica di prezzi predatori può essere condannata ai sensi dell'articolo 102 TFUE senza prova del recupero delle perdite, poiché può provocare un'uscita o un'emarginazione del rivale che modifica la struttura della concorrenza in maniera tale da rendere possibile un pregiudizio per i consumatori (v. sentenza France Télécom, punti da 110 a 112).

[92](#) V., in tal senso, sentenze British Airways (punti 106 e 107) nonché Telefónica (punto 124). V. anche paragrafi 41 e 104 delle presenti conclusioni.

[93](#) Sentenza TeliaSonera (punto 65). V., in tal senso, sentenze Deutsche Telekom I (punto 254) e del 30 gennaio 2020, České dráhy/Commissione (C-538/18 P e C-539/18 P, non pubblicata, EU:C:2020:53, punto 70).

[94](#) Sentenza Tomra (punto 68, il corsivo è mio).

[95](#) Sentenza Post Danmark II (punto 69, il corsivo è mio).

[96](#) Sentenza Post Danmark II (punti 73 e 74, il corsivo è mio).

[97](#) Sentenza Intel (punti 138 e 139, il corsivo è mio).

[98](#) Sentenza Generics (UK) (punto 154, il corsivo è mio).

[99](#) Conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa Intel Corporation/Commissione (C-413/14 P, EU:C:2016:788, paragrafo 115).

[100](#) V. parimenti conclusioni dell'avvocato generale Mazák nella causa AstraZeneca/Commissione (C-457/10 P, EU:C:2012:293, paragrafo 64).

[101](#) V., in tal senso, sentenza del 29 marzo 2012, Telefónica e Telefónica de España/Commissione (T-336/07, EU:T:2012:172, punto 272).

[102](#) V., in tal senso, sentenza AstraZeneca (punto 110).

[103](#) V., in tal senso, sentenza TeliaSonera (punto 44).

[104](#) Sentenza Intel (punti 138 e 139).

[105](#) Sentenza Intel (punto 140).

[106](#) Sentenza Post Danmark II (punto 65) e paragrafo 41 delle presenti conclusioni.

[107](#) Tale questione è stata esaminata dall'avvocato generale Wahl nelle sue conclusioni nella causa Intel Corporation/Commissione (C-413/14 P, EU:C:2016:788, paragrafi 117 e 118). A suo avviso, lo scopo della valutazione della capacità è di verificare se, *con tutta probabilità*, il comportamento addebitato abbia un effetto di preclusione anticoncorrenziale. Ciò significa che la probabilità deve essere *ben più di una semplice possibilità* che un determinato comportamento possa restringere la concorrenza. Per contro, semplicemente non è sufficiente che sia più probabile la sussistenza di un effetto preclusivo rispetto alla sua insussistenza. V., tuttavia, a tal riguardo, conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:343, paragrafo 82).

[108](#) V. Orientamenti, punto 20. Osservo, tuttavia, che tale testo si limita a circoscrivere l'approccio della Commissione quanto alla scelta dei casi che essa intende perseguire in modo prioritario, cosicché la prassi amministrativa seguita da quest'ultima non ha effetto vincolante per le autorità della concorrenza e per i giudici nazionali.

[109](#) Il giudice del rinvio fa riferimento al riguardo alle sentenze del 30 settembre 2003, Michelin/Commissione (T-203/01, EU:T:2003:250, punto 241), e del 30 gennaio 2007, France Télécom/Commissione (T-340/03, EU:T:2007:22, punto 195).

[110](#) V. paragrafo 34 delle presenti conclusioni.

[111](#) V. sentenze Continental Can (punto 29) e del 9 settembre 2009, Clearstream/Commissione (T-301/04, EU:T:2009:317, punto 141).

[112](#) Sentenza Tomra (punto 21).

[113](#) L'intento dell'impresa dominante di escludere un concorrente può eccezionalmente costituire un elemento di prova necessario dell'esistenza dell'infrazione. Ciò avviene, da un lato, in talune ipotesi di pratiche di prezzi predatori quando i prezzi di vendita sono inferiori alla media dei costi totali, i quali comprendono i costi fissi e quelli variabili, ma superiori alla media dei costi variabili, situazione nella quale la Corte ha ammesso che tali prezzi sono da considerare illeciti «allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso a eliminare un concorrente» [v. sentenze AKZO, punto 72), Tetra Pak/Commissione (punto 41) e France Télécom (punto 109)]; e, dall'altro, nell'ambito di controversie cosiddette «vessatorie»: la Commissione ha infatti stabilito due criteri cumulativi per poter determinare i casi nei quali un'azione giudiziaria è abusiva e il secondo criterio consiste nello stabilire se l'azione sia «concepita nell'ambito di un

piano avente lo scopo di eliminare la concorrenza» [v. sentenza del 17 luglio 1998, ITT Promedia/Commissione (T-111/96, EU:T:1998:183, punto 55)]. Tuttavia, anche in siffatti casi eccezionali, l'elemento soggettivo non è sufficiente di per sé a dimostrare l'illegittimità del comportamento.

[114](#) Sentenze Tomra (punti da 18 a 21) nonché Generics (UK) (punti 162 e 164).

[115](#) V. Orientamenti, punto 20.

[116](#) Sentenza TeliaSonera (punto 88). V., a tal riguardo, paragrafo 62 delle presenti conclusioni.

[117](#) Come le pratiche di prezzi predatori [sentenza AKZO (punto 72)] e gli sconti fedeltà [v. sentenza del 16 marzo 2000, Compagnie maritimes belges transports e a./Commissione (C-395/96 P e C-396/96 P, EU:C:2000:132)]; anche nell'ambito di accordi di esclusiva [v. sentenza Tomra (punti 19 e 21)].

[118](#) Per esempio, qualora l'impresa dominante esperisca azioni vessatorie dinanzi ai giudici nazionali [v. sentenza del 17 luglio 1998, ITT Promedia/Commissione (T-111/96, EU:T:1998:183, punto 55)] oppure inganni le pubbliche autorità al fine di escludere produttori di medicinali generici [v. sentenza del 1° luglio 2010, AstraZeneca/Commissione (T-321/05, EU:T:2010:266, punto 359)]; v. anche le cause cosiddette «pay for delay» [v. sentenza Generics (UK) (punto 161)].

[119](#) V., in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa Intel Corporation/Commissione (C-413/14 P, EU:C:2016:788, paragrafo 128).

[120](#) Sentenza Intel (punto 139 e la giurisprudenza ivi citata, il corsivo è mio).

[121](#) V., in tal senso, sentenza del 30 gennaio 2007, France Télécom/Commissione (T-340/03, EU:T:2007:22, punto 202).

[122](#) Sentenza Tomra (punto 12). V. anche Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 (GU 2006, C 210, pag. 2), punti 27 e 29.

[123](#) V., in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa Intel Corporation/Commissione (C-413/14 P, EU:C:2016:788, paragrafo 128).

[124](#) V., in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale Mazák nella causa Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:55, paragrafo 10).

[125](#) V., in tal senso, sentenza Tomra (punto 22).

[126](#) Osservo che la questione, nei termini in cui è sollevata, riguarda tutte le società appartenenti allo stesso gruppo, indipendentemente dal legame di controllo con le società che hanno partecipato al comportamento abusivo. Nella misura in cui, nell'ambito della controversia di cui al procedimento principale, tale questione si pone unicamente rispetto alla responsabilità della società madre del gruppo, propongo di riformularla in modo da contemplare le norme relative all'imputabilità della responsabilità a una controllante che, come nella specie, detiene la totalità del capitale delle controllate che hanno commesso l'infrazione.

[127](#) Secondo tale presunzione, una controllante che detiene il 100% delle sue controllate che hanno violato le regole di concorrenza esercita un'influenza determinante sul comportamento di queste ultime e può essere ritenuta responsabile per tale violazione allo stesso titolo delle sue controllate (in prosieguo: la «presunzione di influenza determinante», v. paragrafo 149 delle presenti conclusioni).

[128](#) V. sentenza del 4 marzo 2020, Schenker (C-655/18, EU:C:2020:157, punto 22).

[129](#) V., a tal riguardo, punti 260 e 261 della decisione controversa, la cui versione pubblica è disponibile (in lingua italiana) sul sito Internet dell'AGCM.

[130](#) Le regole in materia di imputazione sono state richiamate segnatamente nelle sentenze del 10 settembre 2009, Akzo Nobel e a./Commissione (C-97/08 P, EU:C:2009:536), e del 27 aprile 2017, Akzo Nobel e a./Commissione (C-516/15 P, EU:C:2017:314).

[131](#) Sentenza del 27 aprile 2017, Akzo Nobel e a./Commissione (C-516/15 P, EU:C:2017:314, punto 46 e la giurisprudenza ivi citata).

[132](#) Sentenza Deutsche Telekom II (punto 72 e la giurisprudenza ivi citata).

[133](#) Sentenza Deutsche Telekom II (punto 73 e la giurisprudenza ivi citata).

[134](#) Sentenza Deutsche Telekom II (punto 74 e la giurisprudenza ivi citata).

[135](#) Sentenza del 15 aprile 2021, Italmobiliare e a./Commissione (C-694/19 P, non pubblicata; in prosieguo: la «sentenza Italmobiliare», EU:C:2021:286, punto 54 e la giurisprudenza ivi citata). V. anche sentenze del 14 luglio 1972, Imperial Chemical Industries/Commissione (48/69, EU:C:1972:70, punto 140), e Deutsche Telekom II (punto 94).

[136](#) V. sentenza Italmobiliare (punti 47 e 55 e la giurisprudenza ivi citata).

[137](#) Sentenza Italmobiliare (punto 55). V., in tal senso, sentenza del 16 giugno 2016, Evonik Degussa e AlzChem/Commissione (C-155/14 P, EU:C:2016:446, punto 30).

[138](#) Sentenza Italmobiliare (punto 56 e la giurisprudenza ivi citata).

[139](#) Sentenza Italmobiliare (punto 48 e la giurisprudenza ivi citata).

[140](#) Sentenza del 27 gennaio 2021, The Goldman Sachs Group/Commissione (C-595/18 P; in prosieguo: la «sentenza Goldman Sachs», EU:C:2021:73, punto 33 e la giurisprudenza ivi citata).

[141](#) V., in tal senso, sentenza del 13 settembre 2013, Total Raffinage Marketing/Commissione (T-566/08, EU:T:2013:423, punti 501 e 502).

[142](#) Sentenza Goldman Sachs (punto 35).

[143](#) V. sentenza del 16 giugno 2016, Evonik Degussa e AlzChem/Commissione (C-155/14 P, EU:C:2016:446, punti da 32 a 34).

[144](#) Sentenza del 28 ottobre 2020, Pirelli & C./Commissione (C-611/18 P, non pubblicata, EU:C:2020:868, punto 74).

[145](#) V., in tal senso, sentenza Goldman Sachs (punto 40 e la giurisprudenza ivi citata).

[146](#) V., per analogia, sentenza del 2 ottobre 2003, Aristrain/Commissione (C-196/99 P, EU:C:2003:529, punti da 93 a 101).

[147](#) V., in tal senso, sentenze del 29 settembre 2011, Elf Aquitaine/Commissione (C-521/09 P, EU:C:2011:620, punto 153); del 14 settembre 2017, LG Electronics e Koninklijke Philips Electronics/Commissione (C-588/15 P e C-622/15 P, EU:C:2017:679, punto 87), e del 28 ottobre 2020, Pirelli & C./Commissione (C-611/18 P, non pubblicata, EU:C:2020:868, punto 45).

[148](#) V. sentenze dell'8 maggio 2013, Eni/Commissione (C-508/11 P, EU:C:2013:289, punti da 57 a 59), e Italmobiliare (punto 57).

[149](#) Sentenza Italmobiliare (punto 58 e la giurisprudenza ivi citata).

[150](#) V. sentenze del 29 settembre 2011, Elf Aquitaine/Commissione (C-521/09 P, EU:C:2011:620, punto 154 e la giurisprudenza ivi citata), e del 28 ottobre 2020, Pirelli & C./Commissione (C-611/18 P, non pubblicata, EU:C:2020:868, punto 46).

[151](#) V., per analogia, sentenza del 26 novembre 2013, Groupe Gascogne/Commissione (C-58/12 P, EU:C:2013:770, punti da 37 a 39).

[152](#) Sentenza dell'8 maggio 2013, Eni/Commissione (C-508/11 P, EU:C:2013:289, punto 64).

[153](#) Sentenza Italmobiliare (punto 41).

[154](#) Sentenza Italmobiliare (punti 62 e 63).