

Publicato il 01/12/2022

N. 10571/2022REG.PROV.COLL.

N. 10092/2019 REG.RIC.

N. 10098/2019 REG.RIC.

N. 10111/2019 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10092 del 2019, proposto da Servizio Elettrico Nazionale S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco D'Ostuni, Aristide Police e Maurizio Russo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Aristide Police in Roma, viale Liegi, n. 32;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Enel S.p.A., Enel Energia S.p.A., Eni S.p.A., Axpo Italia S.p.A. e Gala S.p.A., non costituite in giudizio;

Green Network S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenzo Cerulli Irelli, Carlo Mirabile ed Emilia Pulcini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Vincenzo Cerulli Irelli in Roma, via Dora, n. 1;

E.Ja S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Sarro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, viale Gramsci, n. 19;

Aiget - Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gennaro D'Andria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Associazione Codici – Centro per i Diritti del Cittadino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmine Laurenzano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Associazione Energia Libera, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Mirabile e Cesare San Mauro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Cesare San Mauro in Roma, via Guido D'Arezzo, n. 2;

Metaenergia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Cesare San Mauro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Guido D'Arezzo, n. 2;

sul ricorso numero di registro generale 10098 del 2019, proposto da Enel S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Clarich e Vincenzo Meli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marcello Clarich in Roma, viale Liegi, n. 32;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Green Network S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenzo Cerulli Irelli, Carlo Mirabile ed Emilia Pulcini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Vincenzo Cerulli Irelli in Roma, via Dora, n. 1;

Gala S.p.A. in Liquidazione, Servizio Elettrico Nazionale S.p.A., Enel Energia S.p.A., Eni S.p.A. e Axpo Italia S.p.A., non costituite in giudizio;

Aiget - Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gennaro D'Andria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Associazione Codici – Centro per i Diritti del Cittadino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmine Laurenzano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

E.Ja S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Sarro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio il suo studio in Napoli, viale Gramsci, n. 19;

sul ricorso numero di registro generale 10111 del 2019, proposto da Enel Energia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Anglani, Claudio Tesauro e Sergio Fienga, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sergio Fienga in Roma, Piazzale delle Belle Arti, n. 8;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12; Enel S.p.A., Servizio Elettrico Nazionale S.p.A., Eni Gas e Luce S.p.A., Eni S.p.A., Gala S.p.A. e Axpo Italia S.p.A., non costituite in giudizio; Green Network S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenzo Cerulli Irelli, Carlo Mirabile ed Emilia Pulcini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Vincenzo Cerulli Irelli in Roma, via Dora, n. 1;

E.Ja S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e

difesa dall'avvocato Carlo Sarro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, viale Gramsci, n. 19; Associazione Codici – Centro per i Diritti del Cittadino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmine Laurenzano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Aiget - Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gennaro D'Andria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

quanto al ricorso n. 10098 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 11957/2019;

quanto al ricorso n. 10111 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 11954/2019;

quanto al ricorso n. 10092 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 11958/2019.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2022 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Aristide Police, Gianna Galluzzo, Carlo Mirabile, anche in sostituzione dell'avv. Vincenzo Cerulli Irelli, Cesare San Mauro, Gennaro D'Andria, Marcello Clarich, Vincenzo Meli, Francesco Anglani, Claudio Tesauro e Marco Trevisan, in sostituzione dell'avv. Sergio Fienga;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1 – La controversia ha ad oggetto il provvedimento del 20 dicembre 2018, prot. n. 27494, reso nel procedimento A511-Enel/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica, con cui l’Autorità Garante della concorrenza e del mercato (AGCM): (i) ha accertato che Enel S.p.A. (ENEL), Servizio Elettrico Nazionale (SEN) ed Enel Energia S.p.A. (EE) hanno commesso un abuso di posizione dominante *ex art. 102 TFUE*; (ii) ha irrogato loro in solido una sanzione di € 93.084.790,50; (iii) ha diffidato le stesse dal ripetere la condotta contestata o dall’attuare altre analoghe.

1.1 – Nelle motivazioni del provvedimento si legge che le suddette società avrebbero attuato una strategia escludente nei mercati della vendita di energia elettrica, volta a traghettare i clienti da SEN a EE. L’obiettivo del Gruppo ENEL sarebbe stato, in particolare, quello di evitare un passaggio in massa dei clienti SEN a fornitori terzi a seguito della futura abolizione del servizio di maggior tutela (“SMT”), che, nelle modalità discusse nei disegni di legge a partire dal 2015,

avrebbe potuto comportare una riassegnazione delle utenze di SEN mediante “aste per pacchetti di clienti”.

Nello specifico, la contestazione si fonda sui seguenti assunti:

- i) SEN avrebbe raccolto i consensi degli utenti a ricevere proposte commerciali (“Liste SEN”), con “modalità discriminatorie”, consistenti nel chiedere consensi separati per le società del gruppo Enel e per i terzi;
- ii) EE avrebbe lanciato, usando le Liste SEN, “specifiche offerte esclusivamente dedicate” alla clientela in SMT per convincerla a passare al mercato libero (“ML”);
- iii) le Liste SEN costituirebbero un “asset strategico e irreplicabile” a causa della introvabile informazione implicita ivi contenuta (l'appartenenza degli utenti al SMT) e avrebbero consentito a EE di proporre offerte dedicate solo a questa categoria di clienti;
- iv) tali condotte avrebbero avuto un potenziale effetto restrittivo della concorrenza, dato dalla circostanza che l'inclusione dei nomi dei clienti nelle Liste SEN (che, cumulando tutte le liste tra il 2012 ed il 2015, rappresenterebbero più del doppio del bacino di clienti medio dei primi 3 principali concorrenti di EE in un singolo anno) avrebbe “sottratto ai concorrenti una rilevante porzione, superiore al 40%, di domanda contendibile”, identificata con i flussi di clienti in uscita dalla maggior tutela nel periodo 2014-2017;
- v) la strategia escludente, secondo l'Autorità, sarebbe iniziata nel gennaio 2012 per fare fronte al rischio di perdita in blocco dei clienti SEN – in vista dell'annunciato proposito governativo (evocato per la prima volta nel disegno di legge concorrenza del maggio 2017) – e si sarebbe concretizzata nello sfruttamento delle Liste SEN, da parte di EE, per proporre offerte commerciali mirate alla

clientela in SMT, circostanza verificatasi nel marzo 2017, con l'offerta "Sempre con Te".

2 – Le società del gruppo Enel hanno presentato autonomi ricorsi avverso il provvedimento sanzionatorio.

3 – Il TAR per il Lazio, con le sentenze n. 11954 del 2019 e n. 11958 del 2019, pronunciandosi sui ricorsi di EE e SEN, li ha accolti limitatamente alle censure relative alla durata del presunto abuso e ai criteri utilizzati dall'Autorità per calcolare la sanzione, osservando che:

i) quanto al primo profilo, l'unica offerta di EE dedicata agli utenti in SMT sarebbe stata "Sempre con te", lanciata il 20 marzo 2017, pertanto, la durata dell'infrazione potrebbe includere solo il "periodo settembre 2015 – maggio 2017" (incurrendo però, ad avviso delle appellanti, in un errore: come statuito a chiare lettere nella motivazione della sentenza, l'abuso sarebbe dovuto decorrere dal 20.3.2017 e sarebbe, quindi, durato al più circa due mesi);

ii) riguardo al secondo aspetto, l'Autorità, sulla base delle proprie Linee Guida sulle sanzioni amministrative pecuniarie, avrebbe dovuto utilizzare come base del calcolo della sanzione il fatturato dell'ultimo anno intero della presunta infrazione: quello del 2016 e non del 2017.

In ottemperanza alle predette sentenze, l'Autorità, con il provvedimento n. 28001 del 27 novembre 2019, ha rideterminato l'importo della sanzione in €27.529.786,46.

3.1 – Con la sentenza n. 11957 del 2019, il TAR ha invece rigettato integralmente il ricorso proposto da ENEL, confermando anche in punto di sanzione il provvedimento dell'Autorità.

4 – Avverso le predette sentenze hanno proposto separatamente appello le società sanzionate, chiedendo l’annullamento integrale del provvedimento sanzionatorio o, in via graduata, la riduzione della sanzione.

4.1 – Le sentenze n. 11954 del 2019 e n. 11958 del 2019 sono state appellate anche dall’Autorità in via incidentale nelle parti in cui hanno ridotto la sanzione.

5 – All’udienza del 17 novembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1 – In via preliminare, deve essere confermata la riunione dei ricorsi in appello già disposta dalla Sezione per evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva.

2 – Sempre in via preliminare, è utile ricostruire il quadro fattuale e regolatorio nel quale si colloca la contestata violazione.

Il servizio elettrico è definito “a rete” in quanto la fornitura del bene elettricità passa attraverso un sistema di trasmissione e distribuzione strutturalmente limitato e non replicabile. In considerazione di tale monopolio naturale, mentre le fasi di produzione e vendita sono state aperte alla concorrenza, la gestione delle reti di trasmissione e distribuzione è rimasta disciplinata in regime di monopolio (regolato) e sulla base di una concessione rilasciata dal Ministero dello Sviluppo economico.

L’apertura del mercato della vendita è stata graduale. In particolare, la fase finale della filiera è stata inizialmente caratterizzata da una disciplina dicotomica, fondata sulla distinzione tra clienti “idonei” a essere titolari di rapporti di fonte contrattuale con un soggetto diverso dal proprio distributore locale e clienti “non idonei” (domestici e piccole imprese), la cui speciale incapacità giuridica al riguardo trovava giustificazione nella valutazione normativa della loro

inadeguatezza a negoziare i prodotti energetici in condizioni di compiuta consapevolezza e forza negoziale.

Successivamente, anche i clienti non idonei sono stati progressivamente abilitati al mercato libero, ma, anche dopo la completa liberalizzazione, è rimasto intatto il potere dell’Autorità di intervenire, tramite i propri provvedimenti di regolazione, nella definizione delle condizioni di vendita dell’energia ai clienti finali.

Per “servizi di tutela” si intendono i servizi di fornitura di energia elettrica predisposti in favore dei clienti finali di piccole dimensioni (quali famiglie e piccole imprese) che non hanno ancora scelto un venditore nel mercato libero e che vengono serviti, in base alla legge, da una società collegata al distributore alle condizioni contrattuali ed economiche definite dall’Autorità di settore.

Il legislatore italiano ha prefigurato il definitivo passaggio dal mercato tutelato a quello libero – dove il cliente seleziona liberamente l’offerta ritenuta più adatta alle proprie esigenze – fissando le date a partire dalle quali i servizi di tutela (della componente di prezzo) non saranno più disponibili.

Per comprendere appieno la fattispecie abusiva accertata va pure ricordato che, nel settore energetico, l’*unbuilding* – cioè la separazione tra le varie componenti della filiera produttiva dell’impresa verticalmente integrata ex monopolista, ed in particolare la scissione del segmento non concorrenziale da quello aperto alla libera competizione degli operatori – è il dispositivo tecnico utilizzato per garantire l’uso “plurisoggettivo” delle infrastrutture. La liberalizzazione di taluni settori di attività economica richiede, infatti, che siano disciplinate, in favore di operatori ed utenti, le condizioni di accesso, interconnessione e ripartizione della capacità della rete attraverso la quale l’attività necessariamente si esplica. Le

finalità in tal modo perseguite mirano a garantire la terzietà della gestione delle infrastrutture, ad impedire discriminazioni nell'accesso ad informazioni commercialmente sensibili, nonché ad evitare trasferimenti incrociati di risorse tra i segmenti delle filiere.

2.1 – Ai fini della liberalizzazione del mercato, l'ENEL, un'impresa fino ad allora verticalmente integrata monopolista della produzione di energia elettrica in Italia e operante nella distribuzione di quest'ultima, è stata sottoposta a una procedura di separazione delle attività di distribuzione e di vendita, nonché dei marchi. Al termine di tale procedura le attività relative alle varie fasi del processo di distribuzione sono state attribuite a società distinte. Così, alla E-Distribuzione è stato affidato il servizio di distribuzione, la EE è stata incaricata della fornitura di elettricità nel mercato libero e al SEN è stata attribuita la gestione del servizio di maggior tutela.

2.2 – La condotta contestata è consistita nell'attuazione, dal gennaio 2012 fino al maggio 2017, di una strategia volta a trasferire la clientela del SEN, il gestore storico del mercato tutelato, che rappresentava ancora nel 2017 tra l'80 e l'85% dei clienti domestici e tra il 70 e l'85% degli altri clienti, alla EE, la quale opera sul mercato libero. L'obiettivo del gruppo ENEL sarebbe stato, dunque, quello di scongiurare il rischio di un passaggio in massa dei clienti del SEN verso fornitori terzi, in previsione dell'abolizione totale del mercato tutelato, la cui data è stata tuttavia inizialmente fissata solo nel 2017.

A tale scopo, secondo l'Autorità, il SEN avrebbe raccolto, dal 2012, i consensi dei propri clienti del mercato tutelato a ricevere offerte commerciali relative al mercato libero con modalità discriminatorie, consistenti nel chiedere consensi

“separati” per le società del gruppo ENEL, da un lato, e per i terzi, dall’altro. Così facendo, il SEN avrebbe limitato il numero di consensi da parte dei clienti del mercato tutelato alla ricezione di offerte commerciali provenienti dagli operatori concorrenti. Invero, di tutti i clienti del mercato tutelato che hanno accettato di ricevere offerte commerciali dal gruppo ENEL - i quali sarebbero, nel corso del periodo compreso tra il 2012 e il 2015, in media circa 500.000 all’anno, ossia più del doppio della clientela media dei primi tre principali concorrenti - il 70% avrebbe accettato di ricevere unicamente un’offerta dal gruppo ENEL, contro il 30% che avrebbe accettato di ricevere anche offerte da concorrenti.

Le informazioni relative ai clienti del mercato tutelato che avevano accettato di ricevere offerte commerciali dal gruppo ENEL sono state successivamente inserite in liste (“Liste SEN”), le quali sono state trasferite a EE mediante contratti a titolo oneroso.

Poiché contenevano un’informazione introvabile altrove, ossia l’appartenenza degli utenti al servizio di maggior tutela, l’AGCM ha ritenuto che tali liste costituissero un “asset” strategico e non replicabile, in quanto consentivano azioni commerciali mirate.

Tali liste sono state utilizzate da EE, che ha lanciato offerte commerciali destinate esclusivamente a questo tipo di clienti, quali l’offerta commerciale “Sempre Con Te”, proposta nel periodo compreso tra il 20 marzo e il 1° giugno 2017, concretizzando in tal modo, nella prospettazione dell’Autorità, la strategia escludente.

Secondo l’AGCM, l’utilizzo delle liste SEN avrebbe consentito a EE di sottrarre ai propri concorrenti una rilevante porzione, ossia superiore al 40%, della

“domanda contendibile” dei clienti in uscita dal mercato tutelato verso il mercato libero.

Secondo l’Autorità, solo un concorrente di EE avrebbe contattato il SEN per l’acquisizione delle liste contenenti i dati anagrafici dei clienti che avevano acconsentito a ricevere offerte da altre imprese. Tale società, che ha riferito di essere venuta a conoscenza della messa in vendita di tali liste soltanto consultando il sito Internet del SEN, ha infine rinunciato ad acquisirle. Altre società, attive da svariati anni nel mercato rilevante, avrebbero affermato di non essere mai state informate di tale opportunità commerciale.

3 – Con l’appello SEN deduce:

- con il primo motivo, la violazione e falsa applicazione dell’art. 102 TFUE, l’eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà manifesta e carenza assoluta di motivazione, stante il carattere indimostrato della strategia escludente sottesa al preteso sfruttamento dell’informazione implicita contenuta nelle Liste SEN. Inoltre, secondo l’appellante, una campagna promozionale telefonica di poche settimane (dal 20 marzo al 31 maggio 2017), rivolta a una quantità minima di clienti, già in passato rivelatasi inidonea a provocare spostamenti di massa, dimostrerebbe in realtà l’insussistenza della strategia di acquisizione massiva di decine di milioni di clienti di SEN, stante la sua inidoneità a raggiungere l’obiettivo di produrre effetti escludenti o distorsivi della concorrenza;

- con il secondo motivo, SEN deduce la violazione e falsa applicazione dell’art. 102 TFUE, per insussistenza dell’abuso e inidoneità delle condotte contestate a produrre effetti escludenti, la carenza di motivazione e l’eccesso di

potere per travisamento dei fatti, contraddittorietà manifesta e mancata/erronea valutazione delle risultanze istruttorie, sottolineando in particolare l'inidoneità delle condotte sanzionate a distorcere la concorrenza. L'AGCM non avrebbe dimostrato la potenziale capacità escludente della condotta sanzionata e la probabilità che la stessa cagionasse effetti svantaggiosi per la concorrenza. Da un altro punto di vista, SEN impugna la sentenza di primo grado nella parte in cui questa afferma che per accertare un abuso basterebbe provare un "intento escludente", giacché il criterio dell'elemento soggettivo potrebbe, al più, coadiuvare, ma non certo sostituire l'analisi oggettiva della potenzialità escludente della condotta contestata, non ricorrendo ad ogni modo nelle parti l'intenzione di attuare condotte diverse ed escludenti;

- con il terzo motivo, SEN deduce la mancata prova della dominanza e la violazione del contraddittorio, giacché l'AGCM avrebbe ommesso di provare la dominanza nei mercati geografici rilevanti da essa definiti, non avendo svolto alcuna istruttoria sui "territori comunali" in cui SEN esercita la distribuzione e, quindi, offre il SMT, e non avrebbe neppure indicato quali siano in concreto i suddetti territori. Oltre alla carenza istruttoria in questione, l'AGCM avrebbe sottratto al contraddittorio con la società sanzionata taluni dati, prodotti per la prima volta nel provvedimento finale;

- con il quarto motivo si censura, infine, la sentenza impugnata nella parte in cui ha indicato la durata della presunta condotta abusiva nel periodo settembre 2015 – maggio 2017, nonostante il riconoscimento che il "concreto utilizzo" delle Liste SEN "al fine di proporre offerte dedicate ai clienti serviti in MT", presupposto necessario dell'abuso, si sarebbe verificato solo tra il 20 marzo e fine maggio 2017.

Da ciò discenderebbe la violazione del principio di proporzionalità sotteso al calcolo dell'entità della sanzione.

3.1 – Con l'appello, ENEL deduce:

- con il primo motivo, l'erroneità della sentenza nella parte in cui questa riscontra l'esistenza di materiale probatorio idoneo a dimostrare il coinvolgimento della società appellante nella concertazione della condotta asseritamente abusiva attribuita a EE e SEN;

- con il secondo motivo, censura la sentenza nella parte in cui non considera illegittimo il provvedimento sanzionatorio per difetto di motivazione sull'asserita incapacità di ENEL di dimostrare l'assenza dei presupposti per l'applicazione della *parent company liability*;

- in via subordinata, il Giudice di prime cure avrebbe erroneamente omissso di estendere ad ENEL l'annullamento del provvedimento, pronunciato solamente nei confronti di EE e SEN, nella parte in cui esso data la condotta al gennaio 2012, ordinandosi all'AGCM di ricalcolare la sanzione. Diversamente da quanto affermato dalla sentenza impugnata, la società appellante avrebbe impugnato il provvedimento nella parte in cui determina l'entità della sanzione e avrebbe altresì censurato le modalità di quantificazione della stessa e i parametri a tal fine utilizzati. Inoltre, in virtù del regime delle obbligazioni solidali, ENEL potrebbe beneficiare degli effetti favorevoli delle sentenze emesse nei confronti di SEN e di EE, che, pur non avendo riunito i tre ricorsi di primo grado, avrebbero esaminato la posizione delle tre società coinvolte in modo unitario ed indivisibile. L'annullamento del provvedimento impugnato non potrebbe operare per taluni soltanto dei suoi destinatari, stante la natura inscindibile di quel provvedimento,

che analizza la condotta asseritamente illecita quale oggetto di una “strategia di Gruppo” e che condanna le società al pagamento in solido della sanzione pecuniaria.

3.2 – Con l’appello Enel Energia deduce:

- con il primo motivo, l’erroneità della sentenza nella parte in cui non ha accolto la censura circa la violazione e falsa applicazione dell’art. 102 TFUE in merito alla qualificazione delle condotte di EE come abusive, il difetto di istruttoria, l’illogicità e la carenza di motivazione. Si contesta in particolare la sentenza impugnata nella parte in cui afferma che EE avrebbe utilizzato le liste per proporre l’offerta “Sempre con te”, così da acquisire i clienti SEN, richiamando apoditticamente le risultanze istruttorie utilizzate dall’AGCM senza motivare puntualmente in merito a gran parte delle censure sollevate dalla ricorrente. Più specificatamente, il TAR avrebbe erroneamente considerato le anagrafiche non replicabili e strategiche, avrebbe qualificato abusivo il loro utilizzo per commercializzare l’offerta “Sempre con te” e ravvisato un preteso intento escludente in capo a EE. L’utilizzo delle anagrafiche da parte di EE non sarebbe da ascrivere ad un ipotetico abuso di posizione dominante, ma configurerebbe il diritto per ogni impresa di tutelare i propri interessi commerciali e di competere sulla base dei propri meriti. Al riguardo, il TAR avrebbe omesso di accertare il carattere abusivo delle modalità con cui la società appellante avrebbe tentato di acquisire clienti dalla maggior tutela, inclusi quelli SEN. La sentenza impugnata non avrebbe inoltre appurato se il presunto abuso sarebbe stato idoneo a produrre effetti restrittivi della concorrenza, non essendosi d’altronde neppure verificato in

concreto alcun effetto escludente, come dimostrato dai dati dedotti in primo grado;

- in via subordinata, la sentenza appellata sarebbe erronea nella misura in cui ha identificato in un anno e nove mesi il periodo della condotta abusiva, benché l'unica offerta dedicata ai clienti serviti in MT abbia avuto una durata di soli due mesi.

4 – Gli appelli devono trovare accoglimento.

Il provvedimento e la sentenza impugnata paiono, già in prima battuta, non aver adeguatamente considerato e valutato i seguenti profili, sui quali si incentrano gli appelli di SEN e EE, che sono suscettibili di indebolire la prospettazione dell'Autorità:

- SEN ha offerto le “Liste SEN” sia a EE che ai concorrenti della stessa EE alle medesime condizioni, nel rispetto della volontà espressa dai soggetti interessati al momento del rilascio dei consensi per la *privacy*;

- la quantità di contatti raccolti e inseriti nelle Liste SEN è stata modesta: in media circa 500.000 all'anno nel periodo 2012-2015, in mercati con decine di milioni di utenze;

- vi era disponibilità sul mercato di analoghe liste di contatti di clienti in SMT;

- la condotta asseritamente abusiva contestata dall'AGCM ha comportato l'acquisizione di soli 478 clienti nei due mesi in cui è durata; ovvero un numero insignificante se confrontato con il mercato rilevante individuato dall'AGCM nella fornitura di energia elettrica al dettaglio ai clienti domestici e non domestici connessi in bassa tensione (si tratta dello 0,001% delle utenze elettriche) e con la base clienti di SEN (si tratta dello 0,002% di tali clienti).

4.1 - Alla luce delle censure dedotte dalle parti, tenuto conto delle predette criticità, con l'ordinanza n. 4646/2020, la Sezione ha sottoposto alla Corte di Giustizia i seguenti quesiti:

- 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 se le stesse debbano essere contrassegnate anche da una specifica componente di antiggiuridicità, 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.

4.2 – Con la sentenza del 12 maggio 2022 (causa C- 377/20) la Corte ha formulato i seguenti principi:

1) l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di accertare se una pratica costituisca uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, è sufficiente che un'autorità garante della concorrenza dimostri che tale pratica è idonea a pregiudicare la struttura di effettiva concorrenza sul mercato rilevante, a

meno che l'impresa dominante in questione non dimostri che gli effetti anticoncorrenziali che possono derivare da detta pratica sono controbilanciati, se non superati, da effetti positivi per i consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità e di innovazione;

2) l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di escludere il carattere abusivo di una condotta di un'impresa in posizione dominante, deve essere considerata non sufficiente, di per sé, la prova, addotta dall'impresa in questione, che tale condotta non ha prodotto effetti restrittivi concreti. Tale elemento può costituire un indizio dell'incapacità della condotta in questione di produrre effetti anticoncorrenziali, il quale, tuttavia, dovrà essere integrato da altri elementi di prova volti a dimostrare tale incapacità;

3) l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che l'esistenza di una pratica escludente abusiva da parte di un'impresa in posizione dominante deve essere valutata sulla base della capacità di tale pratica di produrre effetti anticoncorrenziali. Un'autorità garante della concorrenza non è tenuta a dimostrare l'intento dell'impresa in questione di escludere i propri concorrenti ricorrendo a mezzi o risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza basata sui meriti. La prova di un simile intento costituisce nondimeno una circostanza di fatto che può essere presa in considerazione ai fini della determinazione di un abuso di posizione dominante;

4) l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che una pratica lecita al di fuori del diritto della concorrenza può, qualora sia attuata da un'impresa in posizione dominante, essere qualificata come "abusiva", ai sensi di tale disposizione, se può produrre un effetto escludente e se si basa sull'utilizzo di

mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti. Qualora queste due condizioni siano soddisfatte, l'impresa in posizione dominante interessata può nondimeno sottrarsi al divieto di cui all'articolo 102 TFUE dimostrando che la pratica in questione era obiettivamente giustificata e proporzionata a tale giustificazione oppure controbilanciata, se non superata, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori;

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

5 — Alla luce della risposta data dalla Corte di Giustizia, in particolare in riferimento al primo principio innanzi richiamato ed alla relativa parte motiva della sentenza, gli appelli devono trovare accoglimento.

5.1 – Giova ricordare che SEN, nell'ambito del primo motivo di appello, al fine di escludere la sussistenza di una pratica contraria alla normale concorrenza in riferimento alle modalità con le quali è stata formata la "Lista SEN" – che in base al provvedimento sarebbe discriminatoria e a vantaggio del gruppo Enel - ha, tra l'altro, prospettato che "lasciare alle persone interessate la libertà di prestare

consensi distinti (anche in favore di società terze o solo in favore di società del gruppo Enel) non è una modalità intrinsecamente discriminatoria di raccolta del consenso, ma un modo lecito per consentire all'utente di esprimere le proprie preferenze nel modo il più possibile ampio". Nello specifico, secondo la società, si tratta di una modalità pienamente conforme alla normativa in tema di *privacy*, che impone di individuare i destinatari del consenso al trattamento dei dati personali e di specificare quanto meglio possibile i diversi trattamenti per i quali il consenso è chiesto, al fine lasciare la massima libertà all'utente di decidere a quali attività acconsentire.

5.2 – Anche EE ha svolto una censura sostanzialmente analoga nel proprio primo motivo di appello, deducendo che l'Autorità non ha provato l'esistenza di una strategia abusiva; essa, in particolare, non ha provato che SEN abbia acquisito le anagrafiche con il doppio consenso *privacy* per favorire EE.

Sotto altro profilo, la società rileva che l'affermazione che le anagrafiche siano quasi interamente riferibili a clienti serviti in maggior tutela è indimostrata, non potendosi pretendere di confermarla, come fatto dal TAR, sulla base della semplice constatazione che *“la casistica dei consensati non attinti dai clienti SEN ...sia da ritenere quale oggettivamente residuale”*. Secondo l'appellante non sarebbe dato sapere sulla base di quali elementi il TAR sia giunto a tale conclusione, non avendo citato alcun dato a supporto. Viceversa, sarebbe ben possibile che il consenso *privacy* venga rilasciato da un utente che non sia cliente SEN, ma che ha contattato il suo numero verde per ricevere informazioni.

6 – Tenuto conto dei rilievi sollevati dalle appellanti innanzi richiamati, come anticipato, appare fondamentale soffermarsi sulle considerazioni svolte dalla

Corte di Giustizia alla luce dello specifico caso in esame, al fine di giungere al primo dei principi dalla stessa affermati ed innanzi già richiamato.

La Corte, avuto riguardo alla situazione concreta dalla quale è scaturito il quesito sottoposto, ha argomentato nel senso che, sul piano generale, si deve ritenere costituisca uno sfruttamento di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti - in quanto poggia sullo sfruttamento di risorse inaccessibili, in linea di principio, a un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, ma che non gode di una posizione dominante - l'utilizzo da parte di un'impresa di diritti esclusivi di cui essa dispone; ne consegue *a fortiori* che, quando perde il monopolio legale che prima deteneva su un mercato, un'impresa deve astenersi, durante tutta la fase di liberalizzazione di tale mercato, dal ricorrere ai mezzi di cui disponeva in forza del suo precedente monopolio e che, a tal titolo, non sono disponibili ai suoi concorrenti, al fine di conservare, con modalità che esulano dai suoi stessi meriti, una posizione dominante sul mercato in questione recentemente liberalizzato.

Dopo tale considerazione generale, in riferimento al caso sottoposto, la Corte ha precisato che:

- tali considerazioni implicano che l'impresa, che avrebbero formato insieme, il SEN e la EE, aveva la particolare responsabilità di astenersi da qualsiasi comportamento sul mercato tutelato che fosse idoneo a pregiudicare una struttura di effettiva concorrenza sul mercato libero e, in particolare, dall'estendere su tale mercato, con mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti, la posizione dominante di cui essa godeva nel mercato tutelato;

- è pacifico che la possibilità di contattare la clientela del mercato tutelato presentava un interesse economico certo per qualsiasi impresa che intendesse svilupparsi sul mercato libero. Inoltre, giacché l'impresa, che avrebbero costituito insieme il SEN e la EE, intendeva trasferire a EE talune informazioni commerciali detenute dal SEN in merito alla sua clientela dietro pagamento, tale impresa doveva parimenti offrire, al fine di non pregiudicare una struttura di effettiva concorrenza, ai concorrenti della EE la possibilità di accedere a tali informazioni, e ciò a condizioni uguali per prestazioni equivalenti;
- alla luce del diritto alla protezione dei dati di carattere personale - il quale costituisce un diritto fondamentale garantito dall'articolo 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - non si può contestare a una società nella situazione del SEN di aver previamente raccolto i consensi dei propri clienti a che talune delle loro informazioni personali fossero così trasferite. Analogamente, una simile società non può nemmeno essere ritenuta responsabile della decisione di una parte dei suoi clienti di autorizzare il trasferimento delle loro informazioni personali solo a vantaggio di determinate società;
- al fine di ottemperare alla particolare responsabilità che gli incombeva per via della sua posizione dominante sul mercato tutelato il SEN doveva, in previsione dell'intenzione di una società terza desiderosa di svilupparsi sul mercato libero di accedere a propria volta alle informazioni in questione, proporre ai propri clienti di ricevere le offerte di società non appartenenti al gruppo ENEL in modo non discriminatorio, in particolare cercando, al momento della raccolta dei consensi, di non creare una distorsione tale che le liste destinate a essere cedute alla EE

fossero significativamente più esaurienti di quelle destinate alla vendita ai concorrenti di tale società.

Alla luce di tale ricostruzione, nello specifico, la Corte ha posto l'accento sulla necessità di *“stabilire con sufficiente chiarezza se tale nozione (“distorsione”) facesse riferimento alla circostanza che le richieste erano state inviate in momenti diversi o al fatto che esse comparivano in parti diverse di un medesimo documento...se una stessa richiesta di consenso riguardasse indifferentemente tutte le società terze, se fosse possibile acconsentire a ricevere le offerte di società terze senza dover anche acconsentire a ricevere quelle del gruppo ENEL o se i clienti del SEN potessero scegliere, in modo individualizzato, quali imprese terze fossero autorizzate a proporre loro offerte commerciali, così come era previsto, a quanto sembra, per il gruppo ENEL”*.

La Corte prosegue affermando che: *“l'onere della prova dell'idoneità della condotta del SEN a produrre effetti escludenti attuali o potenziali grava sull'AGCM. Poiché tale idoneità non deve essere puramente ipotetica, l'AGCM, per assolvere tale onere, doveva quindi dimostrare, nella decisione controversa, sulla base di elementi probatori, quali studi comportamentali, che il procedimento utilizzato dal SEN per raccogliere i consensi dei propri clienti al trasferimento dei loro dati era effettivamente idoneo a favorire le liste destinate a essere cedute alla EE”*.

7 – Alla luce dello specifico chiarimento proveniente dalla Corte, come anticipato, gli appelli devono trovare accoglimento, non avendo l'Autorità dimostrato *“sulla base di elementi probatori, quali studi comportamentali?”*, che il procedimento utilizzato dal SEN per raccogliere i consensi dei propri clienti al trasferimento dei loro dati fosse effettivamente idoneo a favorire le liste destinate a essere cedute alla EE.

In base alle specifiche indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia innanzi richiamate, il provvedimento avrebbe dovuto fornire la prova del perché la raccolta di un consenso *privacy* differenziato ai fini di future proposte di *marketing* da parte di SEN fosse discriminatoria.

Il provvedimento, al contrario, non chiarisce in alcun modo (con riferimento ai parametri menzionati dalla Corte) per quale motivo la raccolta del consenso *privacy*, ai fini delle future proposte commerciali, da parte di SEN sarebbe discriminatoria, limitandosi a censurare, in sé e per sé, la scelta di richiedere un doppio consenso, riferito alle società del gruppo, piuttosto che a società terze.

Al riguardo, il TAR ha già evidenziato che *“la raccolta dei consensi privacy da parte degli utenti a fini di future proposte di marketing, con richiesta differenziata a favore di società del gruppo ovvero a favore anche di terzi, non può ritenersi di per sé sola discriminatoria, rispondendo viceversa al diverso fine di consentire all’utente di esprimere le proprie preferenze nel modo il più possibile ampio”*.

Sul punto, la stessa Corte di Giustizia ha sottolineato che la richiesta di consensi *“separati” “non consente di stabilire con sufficiente chiarezza se tale nozione facesse riferimento alla circostanza che le richieste erano state inviate in momenti diversi o al fatto che esse comparivano in parti diverse di un medesimo documento, né tantomeno se una stessa richiesta di consenso riguardasse indifferentemente tutte le società terze, se fosse possibile acconsentire a ricevere le offerte di società terze senza dover anche acconsentire a ricevere quelle del gruppo ENEL o se i clienti del SEN potessero scegliere, in modo individualizzato, quali imprese terze fossero autorizzate a proporre loro offerte commerciali, così come era previsto, a quanto sembra, per il gruppo ENEL”*.

Ne consegue che, di per sé, la raccolta del doppio consenso *privacy*, in assenza di ogni approfondimento circa le modalità (nel senso indicato dalla Corte) con le quali lo stesso veniva raccolto, non può costituire la prova che il procedimento utilizzato dal SEN per raccogliere i consensi dei propri clienti al trasferimento dei loro dati fosse effettivamente idoneo a favorire le liste destinate a essere cedute alla EE, non sussistendo di conseguenza la prova che la condotta contestata fosse idonea ad integrare un abuso nel senso precisato dalla Corte.

7.1 - Alla ravvisata carenza istruttoria in riferimento alle modalità concrete con le quali venivano acquisiti i consensi si correla la conseguente impossibilità di affermare che le stesse fossero idonee a favorire le liste destinate a essere cedute a EE.

Sotto quest'ultimo profilo deve ribadirsi l'assenza di ogni spiegazione, da parte dell'Autorità, delle ragioni per le quali il solo doppio consenso *privacy* potesse qualificarsi una modalità discriminatoria, ovvero risolversi in un ingiustificato vantaggio per il gruppo ENEL.

A tal fine, in base alle indicazioni derivanti dalla citata pronuncia della Corte di Giustizia, non appare sufficiente l'assunto – che la stessa Corte di Giustizia richiama e, dunque, mostra di conoscere (*cf.* pg. 5 della sentenza) - secondo il quale “*in media, circa il 70% dei soggetti che rilasciano un consenso privacy per finalità di natura commerciale esprime il consenso al solo trattamento intra-gruppo, mentre il restante esprime il consenso anche al trattamento da parte di terzi?*” (punto 85 provvedimento sanzionatorio AGCM), essendo invece necessario corroborare tale dato da ulteriori elementi di riscontro, quali, come indicato dalla Corte, “idonei studi comportamentali”.

Anche volendo considerare tale ultima indicazione meramente esemplificativa, come prospettato dall'Autorità nella propria memoria, resta il fatto che il provvedimento non indica alcun altro elemento probatorio dal quale desumere l'idoneità della condotta del SEN a favorire EE e a produrre effetti escludenti.

7.2 - Nel rispetto delle indicazioni derivanti dalla sentenza della Corte di Giustizia, le carenze istruttorie e motivazionali innanzi rilevate comportano l'accoglimento delle censure dedotte da SEN e EE ed il conseguente annullamento del provvedimento impugnato, con assorbimento delle ulteriori censure dedotte dalle parti, il cui esame non potrebbe portare alcuna ulteriore utilità alle società ricorrenti.

8 – Tale esito, in accoglimento dell'ultimo motivo di appello dedotto da ENEL, implica che anche quest'ultima vada esente dalla sanzione.

La Sezione (*cf.* Cons. St. n. 1197 del 2022 e n. 362 del 2016) ha già avuto modo di precisare che, in genere, un provvedimento sanzionatorio dell'Autorità non è un atto inscindibile, bensì un atto plurimo a contenuto scindibile, tanto è vero che ogni soggetto coinvolto, usualmente, fa valere autonomamente la propria specifica situazione.

Tuttavia, nel caso in esame, le ravvisate carenze istruttorie e motivazionali portano a ritenere non provata la sussistenza oggettiva - non limitata solo ad alcuni soggetti per specifiche ragioni ad essi riconducibili - dell'illecito, il che non può non riflettersi sulla posizione della società capogruppo, attinta in quanto tale, in solido, dalla sanzione.

In buona sostanza, l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento è avvenuta non considerando le singole condotte riferibili solo ad alcuni dei soggetti

coinvolti, ma escludendo la stessa sussistenza dell'abuso sul piano oggettivo, per l'assenza di prova nei termini innanzi precisati; dunque, l'accertamento della inesistenza oggettiva dell'illecito, non può che valere per tutti i soggetti che sono stati considerati parti dall'Autorità (in questo senso *cfr.* Cons. St. 8568/2019).

9 – L'accoglimento degli appelli principali, comportando, in riforma della sentenza impugnata, l'annullamento integrale del provvedimento impugnato, determina l'improcedibilità degli appelli incidentali proposti dall'Autorità, aventi ad oggetto il capo della sentenza di primo grado che rideterminava la sanzione irrogata, non residuando alcun interesse al loro esame.

9.1 – Le spese di lite del doppio grado di giudizio, considerata la particolarità e la complessità della materia trattata, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), previa la loro riunione, accoglie gli appelli principali, dichiara l'improcedibilità degli appelli incidentali e, in riforma delle sentenze impuginate, accoglie i ricorsi di primo grado, annullando il provvedimento impugnato.

Spese di lite compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Lorenzo Cordi', Consigliere

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe