Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)

12 maggio 2022*

«Rinvio pregiudiziale – Concorrenza – Posizione dominante – Sfruttamento abusivo – Articolo 102 TFUE – Incidenza di una pratica sul benessere dei consumatori e sulla struttura del mercato – Abuso diretto all'esclusione di un concorrente – Capacità della pratica di produrre un effetto escludente – Ricorso a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti – Impossibilità per un ipotetico concorrente altrettanto efficiente di replicare la pratica – Esistenza di un intento anticoncorrenziale – Apertura alla concorrenza del mercato della vendita di energia elettrica – Trasferimento di informazioni commercialmente sensibili all'interno di un gruppo di società al fine di mantenere su un mercato una posizione dominante ereditata da un monopolio legale – Imputabilità del comportamento della società figlia alla società madre»

Nella causa C-377/20,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 21 maggio 2020, pervenuta in cancelleria il 29 luglio 2020, nel procedimento

Servizio Elettrico Nazionale SpA,

ENEL SpA,

Enel Energia SpA

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e altri,

nei confronti di:

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,

* Lingua processuale: l'italiano.

LA CORTE (Quinta Sezione),

composta da E. Regan (relatore), presidente della Quinta Sezione, K. Lenaerts, presidente della Corte, facente funzione di giudice della Quinta Sezione, C. Lycourgos, presidente della Quarta Sezione, I. Jarukaitis e M. Ilešič, giudici,

avvocato generale: A. Rantos

cancelliere: C. Di Bella, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 9 settembre 2021,

considerate le osservazioni presentate:

– per il Servizio Elettrico Nazionale SpA, da M. D'Ostuni, A. Police e M. Russo, avvocati;

– per la ENEL SpA, da M. Clarich e V. Meli, avvocati;

– per la Enel Energia SpA, da F. Anglani, C. Tesauro, S. Fienga e M. Contu, avvocati;

– per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, da G. Aiello, avvocato dello Stato;

– per la Green Network SpA, da V. Cerulli Irelli, C. Mirabile e A. Fratini, avvocati;

– per l'Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET, da G. d'Andria, avvocato;

– per il governo tedesco, da J. Möller e D. Klebs, in qualità di agenti;

– per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da G. Galluzzo e S. Fiorentino, avvocati dello Stato;

– per il Regno di Norvegia, da L. Furuholmen, K. Hallsjø Aarvik, K.S. Borge, E.W. Sandaa e P. Wennerås, in qualità di agenti;

– per la Commissione europea, da G. Conte, P. Rossi e C. Sjödin, in qualità di agenti;

– per l'Autorità di vigilanza EFTA, da C. Simpson e M. Sánchez Rydelski, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 9 dicembre 2021,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 102 TFUE.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di controversie tra, da un lato, il Servizio Elettrico Nazionale SpA (in prosieguo: il «SEN»), la ENEL SpA, sua società madre, e la ENEL Energia SpA (in prosieguo: la «EE»), una società consorella, e, dall'altro, l'Autorità Garante della Concorrenza e

del Mercato (Italia) (in prosieguo: l'«AGCM») e altre parti, in merito alla decisione di tale autorità di infliggere, sulla base dell'articolo 102 TFUE, una sanzione pecuniaria per abuso di posizione dominante alle suddette società (in prosieguo: la «decisione controversa»).

Controversie principali e questioni pregiudiziali

3 La presente causa si inserisce nel contesto della progressiva liberalizzazione del mercato della vendita di energia elettrica in Italia.

4 Dal 1º luglio 2007, tutti gli utenti della rete elettrica italiana, comprese le famiglie e le piccole e medie imprese, possono scegliere il loro fornitore. Tuttavia, l'apertura di tale mercato è stata caratterizzata, in un primo momento, da una distinzione tra, da un lato, i clienti ammessi a scegliere un fornitore sul mercato libero diverso dal loro distributore territorialmente competente e, dall'altro, i clienti del mercato tutelato, composti dai clienti domestici e dalle piccole imprese, i quali, in quanto considerati non in grado di negoziare i loro contratti di fornitura in condizioni di compiuta consapevolezza o di forza negoziale, hanno continuato a essere soggetti a un regime regolato, ossia il servizio di maggior tutela, che istituiva un mercato soggetto al controllo di un'autorità nazionale di regolazione settoriale riguardo alla definizione delle condizioni di vendita.

5 In un secondo momento, i clienti del mercato tutelato sono stati abilitati al mercato libero. Il legislatore italiano ha prefigurato il passaggio dal mercato tutelato al mercato libero fissando una data dalla quale le speciali tutele in materia di prezzi non sarebbero state più applicabili.

6 Quando l'AGCM ha adottato, il 20 dicembre 2018, la decisione controversa, la data di soppressione delle speciali tutele in materia di prezzi era fissata al 1º luglio 2020. Dopo vari rinvii, tale data è stata da ultimo fissata al 1º gennaio 2021 per le piccole e medie imprese e al 1º gennaio 2022 per le famiglie.

7 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.

8 Le controversie in esame scaturiscono da un esposto inoltrato all'AGCM dall'Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader - AIGET e dalle segnalazioni di singoli consumatori, volti a denunciare l'utilizzo illecito di informazioni commercialmente sensibili da parte di operatori in possesso di tali dati per via della loro appartenenza al gruppo ENEL. Su queste basi, l'AGCM, il 4 maggio 2017, ha avviato un'istruttoria nei confronti dell'ENEL, del SEN e della EE per verificare se i comportamenti di tali società configurassero una violazione dell'articolo 102 TFUE.

9 Tale istruttoria si è conclusa con l'adozione della decisione controversa, mediante la quale l'AGCM ha accertato che il SEN e la EE, con il coordinamento della loro società madre 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 a bassa tensione, nelle aree in cui il gruppo

ENEL gestiva l'attività di distribuzione. Di conseguenza, l'AGCM ha inflitto alle società summenzionate, in solido tra loro, una sanzione pecuniaria per un importo pari a EUR 93 084 790,50.

10 La condotta contestata è consistita nell'attuazione, dal gennaio 2012 e fino al maggio 2017, di una strategia escludente 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 di scongiurare il rischio di un passaggio in massa dei clienti del SEN verso fornitori terzi, in previsione dell'abolizione totale dal mercato tutelato, la cui data è stata tuttavia inizialmente fissata solo nel 2017.

11 A tale scopo, secondo la decisione controversa, 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. In questo modo, i clienti interpellati avrebbero teso a fornire il loro consenso in favore delle società del gruppo ENEL, essendo stati indotti a ritenere che il rilascio di un simile consenso fosse necessario al mantenimento del loro approvvigionamento di elettricità, e a negare, invece, il loro consenso ad altri operatori. 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.

12 Le informazioni relative ai clienti del mercato tutelato che avevano accettato di ricevere offerte commerciali dal gruppo ENEL sono state successivamente inserite in liste (in prosieguo: le «liste SEN»), le quali sono state trasferite alla EE mediante contratti di noleggio, 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 SEN costituissero un «asset» strategico e non replicabile, in quanto consentivano azioni commerciali mirate.

13 Tali liste SEN sono state utilizzate dalla EE, la quale 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 1º giugno 2017, concretizzando in tal modo la strategia escludente. Secondo l'AGCM, l'utilizzo delle liste SEN avrebbe consentito alla 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.

14 Secondo la decisione controversa, solo un concorrente della EE avrebbe contattato il SEN per l'acquisizione delle liste SEN 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.

15 L'ENEL, il SEN e la EE hanno proposto autonomi ricorsi avverso la decisione controversa dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia), giudice di primo grado.

16 Con sentenze del 17 ottobre 2019, tale giudice, pur constatando l'esistenza di un abuso di posizione dominante, ha accolto in parte i ricorsi proposti dalla EE e dal SEN per quanto attiene alla durata del preteso abuso e ai criteri utilizzati per il calcolo della sanzione. In ottemperanza a tali sentenze, l'AGCM ha ridotto l'importo della sanzione a EUR 27 529 786,46. Lo stesso giudice ha invece respinto integralmente il ricorso proposto dall'ENEL.

17 Queste tre società hanno proposto separatamente appello avverso tali sentenze dinanzi al giudice del rinvio, al quale chiedono di annullare tale sanzione o, in subordine, di ridurne l'importo.

18 A sostegno del loro appello, l'ENEL, il SEN e la EE deducono, in primo luogo, l'assenza di prova del carattere abusivo della loro condotta e, in particolare, della sua capacità di produrre, anche solo potenzialmente, un effetto escludente anticoncorrenziale.

19 Esse sostengono, anzitutto, che il mero inserimento del nominativo di un cliente in una lista di telemarketing al fine di promuovere servizi delle società affiliate non costituirebbe una condotta abusiva, poiché non comporterebbe alcun impegno di fornitura né 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.

20 Esse affermano poi che l'utilizzo delle liste SEN non era idoneo a consentire un rapido e massiccio passaggio dei clienti dal SEN alla EE. Infatti, tra marzo e maggio 2017, i soli due mesi intercorsi tra il lancio dell'offerta «Sempre Con Te» e la chiusura del canale di vendite per telefono (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.

21 Inoltre, l'AGCM non avrebbe preso in considerazione le evidenze economiche addotte dall'ENEL, dal SEN e dalla EE per dimostrare che la condotta contestata non sarebbe stata idonea a generare, e non avrebbe generato, alcun effetto restrittivo della concorrenza. A tale riguardo, i risultati positivi della EE nell'acquisizione 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 i risultati nel mercato libero sarebbero stati migliori per le società del gruppo ENEL e, dall'altro, la capacità attrattiva del marchio ENEL.

22 Infine, le liste SEN non sarebbero né strategiche né non replicabili, data la disponibilità nel mercato di analoghe liste di clienti del servizio di maggior tutela, più complete e a prezzi più bassi.

23 In secondo luogo, l'ENEL contesta l'applicazione da parte dell'AGCM di una presunzione semplice che sorreggerebbe la sua responsabilità in quanto società madre. A tale riguardo, essa sostiene che, a decorrere dal 2014, il gruppo ENEL è stato ristrutturato e i suoi processi decisionali sono stati decentrati. In tale rinnovato contesto organizzativo, l'ENEL, quale società capogruppo, avrebbe assunto la semplice funzione di promuovere sinergie e buone pratiche tra le diverse società operative, dismettendo il proprio ruolo decisionale.

24 Secondo il giudice del rinvio, il quale ha riunito i tre ricorsi di cui al procedimento principale, è indubbio che il gruppo ENEL detiene una posizione dominante nel mercato rilevante. D'altra parte, la nozione di «sfruttamento abusivo», segnatamente per quanto riguarda gli abusi «atipici», come quello volto a impedire la crescita o la diversificazione dell'offerta dei concorrenti, solleverebbe problemi interpretativi, considerato che, da un lato, l'articolo 102 TFUE non offre criteri di applicazione esaurienti e, dall'altro, la distinzione

tradizionale tra gli abusi di sfruttamento e gli abusi di impedimento non è pertinente. In particolare, si porrebbe la questione se occorra tener conto della strategia dell'impresa in posizione dominante allorché, come nel caso di specie, essa mirava a impedire il passaggio dei clienti verso concorrenti, nonché del fatto che le condotte di tale impresa erano di per sé lecite, in quanto, nella fattispecie, le liste SEN sarebbero state, secondo il giudice del rinvio, legalmente ottenute.

25 Il giudice del rinvio chiede altresì se sia sufficiente che la condotta in questione sia idonea a escludere concorrenti dal mercato rilevante, laddove il gruppo di cui trattasi ha prodotto, nel corso dell'istruttoria, studi economici volti a dimostrare che la propria condotta non aveva avuto, in concreto, effetti escludenti.

26 Infine, l'abuso di posizione dominante da parte di un gruppo di società solleverebbe la questione se si debba fornire la prova di un coordinamento attivo tra le varie società operanti all'interno di un medesimo gruppo oppure se l'appartenenza a tale gruppo sia sufficiente per presumere che anche un'impresa del gruppo che non abbia posto in essere la condotta abusiva ha concorso nella pratica abusiva.

27 Stante quanto precede, il Consiglio di Stato (Italia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le 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 se le stesse 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».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità

28 Varie parti hanno contestato, nelle osservazioni scritte presentate alla Corte, la ricevibilità di talune questioni pregiudiziali.

29 L'AIGET ritiene che la seconda questione pregiudiziale debba essere dichiarata irricevibile, argomentando che essa sarebbe formulata in termini generici e non sarebbe rilevante. Sarebbe infatti pacifico che, se l'abuso addebitato al gruppo ENEL fosse dimostrato, esso sarebbe idoneo sia a escludere concorrenti dal mercato sia ad arrecare un pregiudizio ai consumatori.

30 La Green Network SpA si interroga sulla ricevibilità delle prime quattro questioni pregiudiziali, in quanto queste non le paiono necessarie per la soluzione delle controversie di cui al procedimento principale e, in ogni caso, la Corte vi avrebbe già risposto.

31 Infine, l'AGCM e l'AIGET sostengono che la quinta questione pregiudiziale è irricevibile, in quanto ipotetica, poiché l'istruttoria condotta dall'AGCM avrebbe ravvisato l'esistenza di una strategia di gruppo diretta a trasferire i clienti dal SEN alla EE, così evitando il loro passaggio verso gruppi concorrenti.

32 Relativamente a questi diversi aspetti, occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumere la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolarità del caso, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria decisione sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, allorché le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (sentenza del 15 luglio 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, punto 54 e giurisprudenza ivi citata).

33 Ne consegue che le questioni vertenti sul diritto dell'Unione sono assistite da una presunzione di rilevanza. Il diniego della Corte di statuire su una questione pregiudiziale proposta da un giudice nazionale è possibile solo quando appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcuna relazione con la realtà effettiva o con l'oggetto della

controversia principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una risposta utile alle questioni che le vengono sottoposte (sentenza del 15 luglio 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, punto 55 e giurisprudenza ivi citata).

34 Nel caso di specie, si deve constatare, per quanto riguarda, anzitutto, la seconda questione pregiudiziale, che la circostanza che essa sia formulata in termini generici non esclude che la stessa possa essere rilevante ai fini della soluzione delle controversie principali.

35 Oltretutto, non spetta alla Corte, ma al giudice nazionale, accertare i fatti che hanno dato origine alla controversia principale e trarne le conseguenze ai fini della decisione che detto giudice è chiamato a emettere (sentenza del 10 marzo 2016, Safe Interenvíos, C-235/14, EU:C:2016:154, punto 119). Di conseguenza, purché il giudice nazionale esponga nella sua domanda gli elementi di fatto e di diritto necessari alla Corte per fornire una risposta utile alle questioni che le vengono sottoposte, queste ultime non possono essere dichiarate irricevibili per il solo motivo che sarebbero formulate in termini generici.

36 Quanto alla pretesa assenza di contestazione della capacità dell'asserito abuso di escludere dal mercato i concorrenti del gruppo ENEL e di arrecare un pregiudizio ai consumatori, quand'anche essa fosse appurata, resterebbe il fatto che l'interpretazione degli obiettivi perseguiti dall'articolo 102 TFUE potrebbe rivelarsi utile al giudice del rinvio per individuare le condizioni che devono essere soddisfatte affinché possa essere constatato un abuso di posizione dominante.

37 Per quanto riguarda poi la rilevanza della prima, terza e quarta questione pregiudiziale, è sufficiente rilevare che non appare in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non abbia alcuna relazione con la realtà effettiva o con l'oggetto delle controversie principali. Al contrario, tenuto conto delle rispettive circostanze, ciascuna di tali questioni risulta essere idonea a fornire delucidazioni al giudice del rinvio al fine di consentirgli di dirimere le controversie. Quanto alla circostanza che la Corte si sarebbe già pronunciata su tali questioni, si deve ricordare che non è in alcun modo fatto divieto al giudice nazionale di sottoporre alla Corte questioni pregiudiziali la cui risposta, secondo il parere di talune parti del procedimento principale, non lasci adito a ragionevoli dubbi (sentenza del 14 ottobre 2021, Viesgo Infraestructuras Energéticas, C-683/19, EU:C:2021:847, punto 26).

38 Infine, per quanto attiene alla quinta questione pregiudiziale, non si può escludere che il giudice del rinvio si pronunci in un senso diverso rispetto alla decisione controversa. Pertanto, non si può ritenere che, come sostengono l'AGCM e l'AIGET, tale questione sia manifestamente priva di relazione con la realtà effettiva o con l'oggetto delle controversie principali o sia di natura ipotetica.

39 Di conseguenza, le questioni pregiudiziali poste dal Consiglio di Stato devono considerarsi ricevibili.

Nel merito

Sulla seconda questione

40 Con la seconda questione pregiudiziale, che è opportuno esaminare per prima, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che, al fine di accertare se una pratica costituisca uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, è sufficiente che un'autorità garante della concorrenza dimostri che tale pratica è idonea a pregiudicare una struttura di effettiva concorrenza sul mercato rilevante oppure se occorra altresì, o alternativamente, dimostrare che la stessa pratica può incidere sul benessere dei consumatori.

41 A tale riguardo si deve ricordare che l'articolo 102 TFUE fa parte di un insieme di regole che, avendo l'obiettivo di evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuiscono a garantire il benessere all'interno dell'Unione europea (v., in tal senso, sentenza del 17 febbraio 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punti 21 e 22).

42 A tale titolo, l'articolo 102 TFUE è espressione dello scopo generale assegnato dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), TFUE all'azione dell'Unione, ossia l'instaurazione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno (v., in tal senso, sentenze del 2 aprile 2009, France Télécom/Commissione, C-202/07 P, EU:C:2009:214, punto 103, e del 14 ottobre 2010, Deutsche Telekom/Commissione, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punto 170).

43 Il carattere fondamentale delle disposizioni del Trattato FUE in materia di concorrenza risulta parimenti dal protocollo (n. 27) sul mercato interno e sulla concorrenza, il quale, a norma dell'articolo 51 TUE, costituisce parte integrante dei trattati, e ai sensi del quale il mercato interno comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata (sentenza del 17 novembre 2011, Commissione/Italia, C-496/09, EU:C:2011:740, punto 60).

44 Tra tali regole, lo scopo più specificamente assegnato all'articolo 102 TFUE è, secondo una costante giurisprudenza, quello di evitare che i comportamenti di un'impresa che detiene una posizione dominante abbiano l'effetto, a danno dei consumatori, di ostacolare, ricorrendo a mezzi o a risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale, la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza [v., in tal senso, sentenze del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione, 85/76, EU:C:1979:36, punto 91; del 27 marzo 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 24, e del 30 gennaio 2020, Generics (UK) e a., C-307/18, EU:C:2020:52, punto 148 e giurisprudenza ivi citata]. In tal senso, come constatato dalla Corte, tale disposizione mira a sanzionare non soltanto le pratiche che possono provocare un danno diretto ai consumatori, ma anche quelle che li danneggiano indirettamente pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza (v., in tal senso, in particolare, sentenze del 15 marzo 2007, British Airways/Commissione, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punti 106 e 107, e del 17 febbraio 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punto 24).

45 Per contro, come la Corte ha già sottolineato, detta disposizione non osta a che, in virtù di una concorrenza basata sui meriti, scompaiano o siano emarginati sul mercato in questione concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal

punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione (sentenza del 6 settembre 2017, Intel/Commissione, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punto 134 e giurisprudenza ivi citata).

46 Ne consegue, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 100 delle conclusioni, che il benessere dei consumatori, sia intermedi sia finali, deve essere considerato l'obiettivo ultimo che giustifica l'intervento del diritto della concorrenza per reprimere lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale del medesimo. Per tale ragione, come già dichiarato dalla Corte, un'impresa che detiene una simile posizione può provare che una pratica escludente non incorre nel divieto di cui all'articolo 102 TFUE, segnatamente dimostrando che gli effetti che tale pratica può produrre sono controbilanciati, se non superati, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità o di innovazione [v., in tal senso, sentenze del 6 settembre 2017, Intel/Commissione, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punti 134 e 140, e del 30 gennaio 2020, Generics (UK) e a., C-307/18, EU:C:2020:52, punto 165 e giurisprudenza ivi citata].

47 Pertanto, un'autorità garante della concorrenza assolve l'onere della prova a suo carico se dimostra che una pratica di un'impresa in posizione dominante è idonea a pregiudicare, ricorrendo a risorse o a mezzi diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale, una struttura di effettiva concorrenza, senza che sia necessario che la medesima dimostri che detta pratica ha, in aggiunta, la capacità di arrecare un danno diretto ai consumatori. L'impresa dominante in questione può nondimeno sottrarsi al divieto di cui all'articolo 102 TFUE dimostrando che l'effetto escludente che può derivare dalla pratica di cui trattasi è controbilanciato, se non superato, da effetti positivi per i consumatori.

48 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla seconda questione pregiudiziale dichiarando che 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.

Sulla terza questione

49 Con la terza questione pregiudiziale, che è opportuno esaminare per seconda, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che, al fine di accertare il carattere abusivo di una condotta di un'impresa in posizione dominante, devono essere considerati rilevanti gli elementi prodotti da tale impresa diretti a dimostrare che, nonostante l'astratta idoneità di tale condotta a produrre effetti restrittivi, questa non ha concretamente prodotto effetti di tal genere e, in caso affermativo, se l'autorità garante della concorrenza sia tenuta a esaminare tali elementi in modo approfondito.

50 Anzitutto, occorre rilevare che, per quanto riguarda le pratiche escludenti, categoria in cui rientrano le condotte dedotte nelle controversie principali, dalla giurisprudenza della Corte risulta che il carattere abusivo di simili pratiche presuppone, in particolare, che esse abbiano la

capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti escludenti addebitati [sentenza del 30 gennaio 2020, Generics (UK) e a., C-307/18, EU:C:2020:52, punto 154 e giurisprudenza ivi citata].

51 Di conseguenza, nel caso in cui, nel corso del procedimento amministrativo, un'impresa dominante sostenga, sulla base di elementi di prova, che la sua condotta non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza, l'autorità garante della concorrenza di cui trattasi deve verificare se, nelle circostanze del caso di specie, la condotta in questione avesse invece una tale capacità (v., in tal senso, sentenza del 6 settembre 2017, Intel/Commissione, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punti 138 e 140).

52 A questo proposito, conformemente al diritto di essere ascoltato, il quale, secondo una giurisprudenza costante, costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che trova applicazione ogniqualvolta un'amministrazione si proponga di adottare, nei confronti di un soggetto, un atto che gli arreca pregiudizio, le autorità garanti della concorrenza hanno l'obbligo di ascoltare l'impresa interessata, il che implica che esse prestino tutta l'attenzione necessaria alle osservazioni presentate da quest'ultima ed esaminino, in modo accurato e imparziale, tutti gli elementi rilevanti della fattispecie e, in particolare, le prove addotte da tale impresa (v., per analogia, sentenza del 16 ottobre 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, punti da 39 a 42).

53 Ciò detto, occorre ricordare che la qualificazione di una pratica di un'impresa in posizione dominante come abusiva non impone di dimostrare, nel caso di una pratica di una tale impresa diretta a escludere i propri concorrenti dal mercato in questione, che il suo risultato sia stato raggiunto e, dunque, di dimostrare un concreto effetto escludente sul mercato. Infatti, l'articolo 102 TFUE mira a sanzionare lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di esso indipendentemente dall'eventuale esito fruttuoso di un simile sfruttamento (v., in tal senso, sentenza del 30 gennaio 2020, České dráhy/Commissione, C-538/18 P e C-539/18 P, non pubblicata, EU:C:2020:53, punto 70 e giurisprudenza ivi citata).

54 Orbene, se è vero che, come sottolineato al punto 20 della comunicazione della Commissione europea intitolata «Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti» (GU 2009, C 45, pag. 7), quando il comportamento è durato per un periodo di tempo sufficiente, le prestazioni di mercato dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti possono fornire la prova di un effetto escludente della pratica in questione, la circostanza inversa per cui un determinato comportamento non abbia prodotto effetti anticoncorrenziali concreti non può escludere, anche laddove sia trascorso un lungo periodo di tempo dal verificarsi di tale comportamento, che esso avesse effettivamente una simile capacità quando è stato attuato. Infatti, una tale assenza di effetti potrebbe risultare da altre cause ed essere dovuta, in particolare, a cambiamenti sopravvenuti nel mercato rilevante dall'inizio di detto comportamento o all'incapacità dell'impresa in posizione dominante di attuare con successo la strategia all'origine di un comportamento del genere.

55 Pertanto, la prova addotta da un'impresa in posizione dominante dell'assenza di effetti escludenti concreti non può essere considerata sufficiente, di per sé, a escludere l'applicazione dell'articolo 102 TFUE.

56 Tale circostanza può tuttavia costituire un indizio del fatto che la condotta in questione non fosse idonea a produrre gli effetti escludenti dedotti. Tale principio di prova deve peraltro essere integrato, dall'impresa in questione, con elementi volti a dimostrare che tale assenza di effetti concreti era effettivamente la conseguenza dell'incapacità di detta condotta di produrre simili effetti.

57 Ne consegue che, nella presente causa, la circostanza, su cui le società di cui trattasi si basano per contestare l'esistenza di un abuso di posizione dominante, che la EE abbia ottenuto, mediante l'utilizzo delle liste SEN, soltanto 478 clienti, ossia lo 0,002% dei clienti del mercato tutelato, non può essere considerata di per sé sufficiente a dimostrare che la pratica in questione non avesse la capacità di produrre un effetto escludente.

58 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla terza questione pregiudiziale dichiarando che 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.

Sulla quarta questione

59 Con la quarta questione pregiudiziale, che è opportuno esaminare per terza, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che l'esistenza di una pratica escludente abusiva da parte di un'impresa che detiene una posizione dominante deve essere valutata unicamente sulla base della capacità di tale pratica di produrre effetti anticoncorrenziali oppure se occorra tener conto dell'intento dell'impresa in questione di restringere la concorrenza.

60 A tale riguardo, occorre ricordare che lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, vietato dall'articolo 102 TFUE, è una nozione oggettiva [v., in particolare, sentenze del 30 gennaio 2020, Generics (UK) e a., C-307/18, EU:C:2020:52, punto 148, e del 25 marzo 2021, Deutsche Telekom/Commissione, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punto 41].

61 Come ricordato al punto 50 della presente sentenza, la qualificazione di una pratica escludente come abusiva dipende dagli effetti escludenti che essa è o era capace di produrre. Pertanto, per accertare il carattere abusivo di una pratica escludente, un'autorità garante della concorrenza deve dimostrare che, da un lato, tale pratica aveva la capacità, quando è stata attuata, di produrre un tale effetto escludente, nel senso che essa poteva rendere più difficile la penetrazione o il mantenimento dei concorrenti nel mercato di cui trattasi, e, così facendo, che detta pratica poteva incidere sulla struttura del mercato, e, dall'altro, che la stessa pratica si basava sullo sfruttamento di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti. Orbene, nessuna di tali condizioni richiede, in linea di principio, la prova di un elemento intenzionale.

62 Di conseguenza, per constatare lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE, un'autorità garante della concorrenza non è affatto tenuta a dimostrare l'esistenza di un intento anticoncorrenziale in capo all'impresa in posizione dominante (sentenza del 19 aprile 2012, Tomra Systems e a./Commissione, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 21).

63 Nondimeno, sebbene, ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE, non sia affatto necessario dimostrare l'esistenza di un intento anticoncorrenziale in capo all'impresa in posizione dominante, la prova di un simile intento, pur non essendo sufficiente di per sé sola, costituisce una circostanza di fatto che può essere presa in considerazione ai fini della determinazione di un abuso di posizione dominante [sentenza del 30 gennaio 2020, Generics (UK) e a., C-307/18, EU:C:2020:52, punto 162 e giurisprudenza ivi citata].

64 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla quarta questione pregiudiziale dichiarando che 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.

Sulla prima questione

65 Con la prima questione pregiudiziale il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che una pratica, pur lecita al di fuori del diritto della concorrenza, può, qualora sia attuata da un'impresa in posizione dominante, essere qualificata come «abusiva», ai sensi di tale disposizione, unicamente sulla base dei suoi effetti potenzialmente anticoncorrenziali o se una qualificazione del genere richieda inoltre che tale pratica sia attuata con mezzi o risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale. In questa seconda ipotesi, lo stesso giudice si interroga sui criteri che consentono di differenziare i mezzi o le risorse propri di una concorrenza normale rispetto a quelli propri di una concorrenza falsata.

66 A tale riguardo occorre ricordare che l'articolo 102 TFUE dichiara incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.

67 Secondo una giurisprudenza costante, la nozione di «sfruttamento abusivo», ai sensi dell'articolo 102 TFUE, è fondata su una valutazione oggettiva del comportamento di cui trattasi. Orbene, l'illegittimità di un comportamento abusivo alla luce di tale disposizione è indipendente dalla qualificazione di tale comportamento in altri rami del diritto (v., in tal senso, sentenza del 6 dicembre 2012, AstraZeneca/Commissione, C-457/10 P, EU:C:2012:770, punti 74 e 132).

68 In concreto, come risulta dal punto 44 della presente sentenza, tale nozione designa qualsiasi pratica che possa pregiudicare, mediante risorse diverse da quelle su cui si impernia una concorrenza normale, una struttura di effettiva concorrenza. Essa mira quindi a sanzionare i comportamenti di un'impresa in posizione dominante i quali, in un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera l'impresa in questione, il grado di concorrenza è già indebolito, abbiano l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza [sentenza del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione, 85/76, EU:C:1979:36, punto 91, e del 25 marzo 2021, Deutsche Telekom/Commissione, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punto 41].

69 Per quanto riguarda le pratiche che costituiscono l'oggetto delle controversie principali, come rilevato al punto 50 della presente sentenza, il loro carattere abusivo presuppone che esse abbiano avuto la capacità di produrre gli effetti escludenti sulla base dei quali si fonda la decisione controversa.

70 È vero che effetti del genere non devono essere puramente ipotetici (sentenza del 6 ottobre 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punto 65). Di conseguenza, da un lato, una pratica non può essere qualificata come abusiva se è rimasta allo stadio di progetto senza essere stata attuata. Dall'altro, un'autorità garante della concorrenza non può basarsi sugli effetti che tale pratica potrebbe o avrebbe potuto produrre se talune circostanze particolari, che non erano quelle esistenti sul mercato al momento della sua attuazione e la cui realizzazione risultava allora improbabile, si fossero realizzate o si realizzino.

71 Per essere qualificata come tale, è invece sufficiente che tale pratica abbia avuto, nel periodo durante il quale è stata attuata, la capacità di produrre un effetto escludente nei confronti di concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punto 66 e giurisprudenza ivi citata).

72 Poiché il carattere abusivo di una pratica non dipende dalla forma che essa assume o assumeva, ma presuppone che detta pratica abbia o abbia avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre, al momento della sua attuazione, gli effetti escludenti contestati, tale condizione deve essere valutata alla luce di tutte le circostanze di fatto pertinenti [v., in tal senso, sentenze del 30 gennaio 2020, Generics (UK) e a., C-307/18, EU:C:2020:52, punto 154, e del 25 marzo 2021, Slovak Telekom/Commissione, C-165/19 P, EU:C:2021:239, punto 42].

73 Ciò premesso, come ricordato al punto 45 della presente sentenza, l'articolo 102 TFUE non ha assolutamente lo scopo di impedire a un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, e in particolare alle sue competenze e capacità, una posizione dominante su un mercato, né di garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti di un'impresa che detiene una posizione del genere. Invero, non tutti gli effetti escludenti pregiudicano necessariamente la concorrenza, poiché, per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione (sentenza del 6 settembre 2017, Intel/Commissione, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punti 133 e 134).

74 Tuttavia, alle imprese in posizione dominante incombe, indipendentemente dalle cause di una simile posizione, la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il loro comportamento, una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato interno (v., in particolare, sentenze del 9 novembre 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, 322/81, EU:C:1983:313, punto 57, e del 6 settembre 2017, Intel/Commissione, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punto 135).

75 Di conseguenza, le imprese in posizione dominante possono difendersi dai loro concorrenti, ma devono farlo ricorrendo ai mezzi propri di una concorrenza «normale», vale a dire basata sui meriti.

76 Tali imprese non possono invece rendere più difficile la penetrazione o il mantenimento sul mercato in questione di concorrenti altrettanto efficienti ricorrendo a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti. In particolare, esse devono astenersi dall'utilizzare la loro posizione dominante per estendersi in un altro mercato se non attraverso mezzi propri di una concorrenza basata sui meriti (v., in tal senso, sentenza del 3 ottobre 1985, CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, punto 25; del 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commissione, C-333/94 P, EU:C:1996:436, punto 25, e del 17 febbraio 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punto 87).

77 Dev'essere considerata come un mezzo diverso da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti qualsiasi pratica per l'attuazione della quale un'impresa dominante non ha alcun interesse economico se non quello di eliminare i suoi concorrenti per poter poi rialzare i propri prezzi traendo profitto dalla sua situazione di monopolio (v., in tal senso, sentenza del 3 luglio 1991, AKZO/Commissione, C-62/86, EU:C:1991:286, punto 71).

78 Lo stesso vale, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi da 69 a 71 delle conclusioni, per una pratica che non può essere adottata da un ipotetico concorrente il quale, benché altrettanto efficiente, non detenga una posizione dominante sul mercato di cui trattasi, poiché tale pratica si basa sullo sfruttamento di risorse o di mezzi propri di una tale posizione.

79 La rilevanza dell'impossibilità, materiale o razionale, per un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, ma non in posizione dominante, di imitare la pratica in questione, al fine di stabilire se quest'ultima si basi su mezzi propri di una concorrenza basata sui meriti, emerge dalla giurisprudenza relativa alle pratiche sia tariffarie sia non tariffarie.

80 Quanto alla prima di queste due categorie di pratiche, che comprende gli sconti di fedeltà, le pratiche di prezzi bassi sotto forma di prezzi selettivi o di prezzi predatori nonché le pratiche di compressione dei margini, dalla giurisprudenza risulta che esse sono valutate, in generale, applicando il cosiddetto criterio del «concorrente altrettanto efficiente», il quale mira appunto a valutare la capacità che avrebbe un tale concorrente, considerato astrattamente, di riprodurre il comportamento dell'impresa in posizione dominante (v., in particolare, sentenza del 17 febbraio 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punti da 41 a 43).

81 È vero che tale test è solo uno dei modi per dimostrare che un'impresa in posizione dominante ha fatto ricorso a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza «normale», sicché le autorità garanti della concorrenza non hanno l'obbligo di fondarsi sistematicamente su un test del genere per accertare il carattere abusivo di una pratica tariffaria (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punto 57).

82 Tuttavia, l'importanza generalmente attribuita al suddetto test, allorché esso è attuabile, dimostra nondimeno che l'incapacità di un ipotetico concorrente altrettanto efficiente di replicare il comportamento dell'impresa dominante costituisce, nel caso delle pratiche escludenti, uno dei criteri che consentono di stabilire se tale comportamento debba o meno essere considerato basato sull'utilizzo di mezzi propri di una concorrenza normale.

83 Quanto alla seconda categoria di pratiche, menzionate al punto 79 della presente sentenza, ossia le pratiche non tariffarie, quali i rifiuti di fornitura di beni o servizi, la Corte ha sottolineato che 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 laddove sia possibile per un concorrente creare una rete analoga per la distribuzione dei propri prodotti (v., in tal senso, sentenza del 26 novembre 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, punti 44 e 45).

84 Qualora un'autorità garante della concorrenza accerti che una pratica avviata da un'impresa in posizione dominante è idonea a pregiudicare una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato interno, resta possibile per tale impresa, affinché la pratica in questione non sia considerata uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, dimostrare che essa è o era obiettivamente giustificata o da talune circostanze del caso di specie, le quali devono segnatamente essere esterne all'impresa interessata (v., in tal senso, sentenza del 17 febbraio 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punti 31 e 75), o, tenuto conto dell'obiettivo ultimo perseguito dall'articolo 102 TFUE, dall'interesse dei consumatori [v. in particolare, in tal senso, sentenza del 30 gennaio 2020, Generics (UK) e a., C-307/18, EU:C:2020:52, punto 165].

85 Per quanto riguarda questa seconda ipotesi, occorre sottolineare che la nozione di concorrenza basata sui meriti si riferisce, in linea di principio, a una situazione di concorrenza da cui i consumatori traggono profitto mediante prezzi meno elevati, una qualità migliore e una scelta più ampia di beni e di servizi nuovi o più efficienti. In tal senso, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 62 delle conclusioni, devono in particolare essere considerati propri della concorrenza basata sui meriti i comportamenti che hanno l'effetto di ampliare la scelta dei consumatori immettendo sul mercato nuovi prodotti o aumentando la quantità o la qualità di quelli già offerti.

86 In un caso del genere, l'impresa dominante può giustificare attività suscettibili di incorrere nel divieto di cui all'articolo 102 TFUE dimostrando che l'effetto escludente che la sua condotta aveva la capacità di produrre era controbilanciato, se non superato, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori [v., in tal senso, sentenze del 15 marzo 2007, British Airways/Commissione, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 86; del 6 settembre 2017, Intel/Commissione, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punto 140, e del 30 gennaio 2020, Generics (UK) e a., C-307/18, EU:C:2020:52, punto 165].

87 Per quanto riguarda le controversie principali, spetta al giudice del rinvio valutare se l'AGCM abbia sufficientemente dimostrato che la strategia attuata dall'impresa ENEL tra il 2012 e il 2017 era tale da pregiudicare una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato interno. Tuttavia, al fine di guidarlo in tale valutazione, la Corte può fornirgli tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che possano essergli utili [v., in tal senso, sentenze del 16 luglio 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, punto 62, e del 6 ottobre 2021, A (Attraversamento di frontiere a bordo di imbarcazione da diporto), C-35/20, EU:C:2021:813, punto 85].

88 Nel caso di specie, dal fascicolo di cui dispone la Corte risulta, anzitutto, che, a seguito della separazione delle diverse attività dell'impresa ENEL, fino ad allora verticalmente integrata e monopolista sui mercati della produzione, del trasporto e della distribuzione di energia elettrica in Italia, al SEN era stata affidata la gestione dei clienti rientranti nel solo mercato tutelato in tale Stato membro. Tuttavia, era assodato che il mercato tutelato non era destinato a perdurare e che, al momento della sua abolizione, in una data futura, i clienti interessati avrebbero dovuto scegliere un nuovo fornitore. Inoltre, al fine di evitare il trasferimento di un vantaggio concorrenziale, la normativa settoriale autorizzava il trasferimento di informazioni commercialmente sensibili tra le società venditrici di energia elettrica sul mercato tutelato e le società attive sul mercato libero solo a condizione che la fornitura di tali informazioni non fosse discriminatoria.

89 Dalle indicazioni fornite dal giudice del rinvio risulta poi che la condotta oggetto della decisione controversa attiene, in sostanza, non già al rifiuto del SEN di consentire a concorrenti della EE di accedere allo strumento essenziale costituito dai dati anagrafici dei clienti del mercato tutelato, bensì alla decisione del SEN di trasferire, dietro pagamento, talune informazioni commerciali da esso detenute, relative ai suoi clienti, tra cui in particolare i loro dati anagrafici, alla EE, in un modo che sarebbe sfavorevole, e quindi discriminatorio, nei confronti dei concorrenti di questa seconda società nel mercato libero, ancorché il SEN fosse in posizione dominante nel mercato tutelato.

90 Infine, il giudice del rinvio sembra muovere dalla premessa che, quantomeno, il SEN e la EE formassero un'unica impresa ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

91 Alla luce di tali elementi, che è compito del giudice del rinvio verificare, risulta opportuno ricordare che 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, quali un monopolio legale, al fine di estendere su un altro mercato la posizione dominante che essa detiene in un mercato per via di tali diritti (v., in tal senso, sentenza del 17 luglio 2014, Commissione/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, punti da 45 a 47 e da 66 a 68).

92 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.

93 Nelle controversie principali, tali considerazioni implicano che l'impresa che avrebbero formato insieme, quantomeno, 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 (v., per analogia, sentenza del 3 ottobre 1985, CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, punto 27).

94 Orbene, 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 alla 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, la possibilità di accedere a tali informazioni ai concorrenti della EE, e ciò a condizioni uguali per prestazioni equivalenti.

95 È vero che, 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 (in prosieguo: la «Carta»), 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.

96 Tuttavia, 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.

97 Nel caso di specie, le informazioni trasmesse alla Corte non consentono di comprendere la natura esatta del trattamento discriminatorio individuato dall'AGCM. Infatti, dall'ordinanza di rinvio risulta che il SEN ha chiesto consensi «separati» dei suoi clienti del mercato tutelato a ricevere offerte commerciali da parte di società del gruppo ENEL e di terzi, ma tale indicazione 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.

98 Ciò premesso, occorre ricordare 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.

99 Se il giudice del rinvio dovesse constatare che, nella decisione controversa, l'AGCM ha sufficientemente dimostrato che il modo in cui il SEN ha chiesto il consenso dei suoi clienti a ricevere offerte era distorto al fine di favorire le società del gruppo ENEL a scapito dei suoi concorrenti, l'esistenza di una tale distorsione escluderebbe la possibilità di ritenere che la differenza di quantità di informazioni contenute nelle liste destinate alla EE e nelle liste destinate ai concorrenti fosse dovuta al fatto che le prestazioni sul mercato libero erano migliori per le società del gruppo ENEL o alla capacità attrattiva del marchio ENEL. Infatti, l'esistenza stessa di tale distorsione renderebbe, per definizione, impossibile individuare l'esistenza di cause oggettive esplicanti la differenza di consensi prestati. Pertanto, giacché, in tale ipotesi, detta distorsione sarebbe la conseguenza del comportamento del SEN, la differenza tra il numero dei clienti interessati dalle liste destinate alla EE e quello dei clienti compresi nelle liste destinate ai concorrenti di quest'ultima dovrebbe essere imputata al SEN.

100 Ne conseguirebbe che, così facendo, il SEN avrebbe trasferito alla EE una risorsa idonea a conferire un vantaggio comparativo all'impresa che, secondo l'affermazione di cui al punto 90 della presente sentenza, quantomeno queste due società avrebbero formato insieme, sul libero mercato, sebbene dagli elementi del fascicolo emerga che il processo di separazione delle attività dell'ENEL aveva proprio lo scopo di evitare un simile trasferimento. Pertanto, si dovrebbe ritenere che il successivo utilizzo di tale risorsa concretizzasse l'attuazione di una pratica avente, perlomeno all'inizio, la capacità di produrre effetti escludenti sul mercato libero.

101 Orbene, un comportamento del genere non potrebbe sicuramente essere adottato da un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, poiché, per via della posizione occupata dal SEN sul mercato tutelato, a seguito dell'abolizione del monopolio legale precedentemente detenuto dall'impresa ENEL, nessuna impresa concorrente poteva disporre di una struttura idonea a fornire una quantità così elevata di dati anagrafici dei clienti del mercato tutelato.

102 Ne consegue che, poiché lo sfruttamento abusivo di posizione dominante si valuta alla luce della capacità del comportamento in questione di produrre effetti escludenti, e non già alla luce dei suoi effetti concreti, se dovesse essere accertato che il SEN ha chiesto ai suoi clienti il loro consenso a ricevere offerte, rispettivamente, da società del gruppo ENEL e dai suoi concorrenti, in modo discriminatorio, questa sola circostanza basterebbe a dimostrare che il comportamento dell'impresa formata quantomeno dal SEN e dalla EE era idoneo a pregiudicare una concorrenza effettiva e non falsata. Una simile constatazione non può essere rimessa in discussione dalle ragioni per le quali nessuno di detti concorrenti ha deciso di acquistare le informazioni loro proposte, dalla capacità della EE di trasformare tale vantaggio comparativo in un successo commerciale o dalla diligenza che le imprese concorrenti hanno potuto, o avrebbero potuto, adoperare, per esempio acquistando presso terzi archivi contenenti dati relativi ai clienti del mercato tutelato, per limitare le conseguenze pregiudizievoli di tale pratica.

103 Tenuto conto di quanto precede, occorre rispondere alla prima questione pregiudiziale dichiarando che 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.

Sulla quinta questione

104 Con la quinta questione pregiudiziale il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che, qualora una posizione dominante sia sfruttata in modo abusivo da una o più società figlie appartenenti a un'unità economica, l'esistenza di tale unità è sufficiente per ritenere che la società madre sia anch'essa responsabile di tale abuso, ancorché non abbia partecipato alle pratiche abusive, o se sia necessario fornire la prova, anche indiretta, di un coordinamento tra queste diverse società e, in particolare, dimostrare un coinvolgimento della società madre.

105 In via preliminare, va ricordato che gli autori del Trattato FUE hanno scelto, per designare l'autore di un'infrazione al diritto della concorrenza, di ricorrere alla nozione di «impresa», la quale designa, in tale contesto, un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche (sentenza del 27 aprile 2017, Akzo Nobel e a./Commissione, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punto 48).

106 Da una simile scelta deriva che tale entità economica, laddove violi le regole dell'Unione in materia di concorrenza, è tenuta, secondo il principio della responsabilità personale, a rispondere di detta infrazione (sentenza del 25 marzo 2021, Deutsche Telekom/Commissione, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punto 73).

107 Poiché, tuttavia, una simile infrazione deve essere imputata a una persona giuridica alla quale possono essere inflitte sanzioni, l'applicazione della nozione di «impresa» e, attraverso di essa, quella di «unità economica» implicano ipso iure una responsabilità solidale tra le entità che componevano l'unità economica in questione al momento della commissione dell'infrazione (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2021, Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, punto 44).

108 Qualora persone giuridicamente distinte siano organizzate sotto forma di gruppo, per giurisprudenza costante esse formano un'unica impresa quando non determinano in modo autonomo il loro comportamento sul mercato di cui trattasi, ma, alla luce, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che le uniscono a una società madre, subiscono a tal fine gli effetti dell'esercizio effettivo, da parte di tale unità di direzione, di un'influenza determinante (v., in tal senso, sentenza del 25 marzo 2021, Deutsche Telekom/Commissione, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punti 74 e 75).

109 Da una giurisprudenza altrettanto costante emerge che, nella particolare ipotesi in cui la società madre detenga, direttamente o indirettamente, la totalità o la quasi totalità del capitale della società figlia responsabile di un'infrazione alle regole in materia di concorrenza dell'Unione, l'esercizio effettivo di un'influenza determinante da parte della società madre può essere presunto (v., in tal senso, sentenza del 15 aprile 2021, Italmobiliare e a./Commissione, C-694/19 P, non pubblicata, EU:C:2021:286, punto 55).

110 Una simile presunzione è tuttavia relativa (v., in tal senso, sentenza dell'8 maggio 2013, Eni/Commissione, C-508/11 P, EU:C:2013:289, punto 47). Infatti, come sottolineato dalla Corte, non è la detenzione di una tale percentuale del capitale sociale della società figlia a fondare tale presunzione, bensì il grado di controllo che essa implica (sentenza del 27 gennaio 2021, The Goldman Sachs Group/Commissione, C-595/18 P, EU:C:2021:73, punto 35). Orbene, la detenzione, da parte di una società, della quasi totalità del capitale sociale di un'altra società, pur costituendo un indizio molto forte a favore della detenzione di un simile controllo, non consente di escludere con certezza che una o più altre persone possano detenere, da sole o congiuntamente, il potere decisionale, poiché, in particolare, la proprietà del capitale sociale può essere stata dissociata dai diritti di voto.

111 Oltretutto, dalla giurisprudenza succitata risulta che, per formare con la propria società figlia un'unica impresa, una società madre deve esercitare un controllo sul comportamento della società figlia, il che può essere accertato dimostrando o che la società madre è in grado di esercitare un'influenza determinante sul comportamento della società figlia e ha inoltre effettivamente esercitato tale influenza o che tale società figlia non determina in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma si attiene, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società madre, in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra queste due entità giuridiche (v., in particolare, sentenza del 25 marzo 2021, Deutsche Telekom/Commissione, C-152/19 P, EU:C:2021:238, punti 94 e 95).

112 Di conseguenza, una società madre deve parimenti poter confutare la presunzione di cui al punto 109 della presente sentenza dimostrando che, benché detenesse la totalità o la quasi totalità del capitale di un'altra società, non le impartiva istruzioni, quando la pratica si è realizzata, né partecipava direttamente o indirettamente, in particolare attraverso amministratori designati, all'adozione delle decisioni di quest'altra società relative all'attività economica in questione.

113 Nel caso di specie, l'ENEL sostiene che le difficoltà che sarebbero sorte nell'ambito delle controversie principali sarebbero connesse non già all'applicazione di tale presunzione, bensì alla ripartizione dell'onere della prova del fatto che le diverse società del gruppo ENEL interessate formavano un'unica impresa, nonché all'obbligo di motivazione gravante sull'autorità garante della concorrenza quando quest'ultima intende respingere gli elementi addotti da una società madre per confutare la presunzione in questione.

114 A tale proposito, per quanto riguarda l'onere della prova, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 155 delle conclusioni, dalla giurisprudenza della Corte risulta che la presunzione derivante dalla detenzione, da parte di una società madre, della totalità o della quasi totalità del capitale sociale della società figlia implica che l'esercizio effettivo di un'influenza determinante da parte della società madre nei confronti della sua società figlia e, quindi, l'esistenza, tra tali società, di un'unica impresa siano considerati accertati, senza che l'autorità garante della concorrenza debba fornire prove supplementari (v., in particolare, sentenza del 16 giugno 2016, Evonik Degussa e AlzChem/Commissione, C-155/14 P, EU:C:2016:446, punti 29 e 30).

115 Per quanto attiene all'obbligo di motivazione, occorre ricordare che esso costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, riflesso all'articolo 41 della Carta, applicabile agli Stati membri quando attuano tale diritto (v., in tal senso, sentenza del 24 novembre 2020, Minister van Buitenlandse Zaken, C-225/19 e C-226/19, EU:C:2020:951, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).

116 Conformemente al diritto a un ricorso effettivo, garantito dall'articolo 47 della Carta, la motivazione fornita deve essere idonea a consentire, da un lato, agli interessati di valutare se la decisione adottata sia eventualmente inficiata da un vizio che consenta di contestarne la validità e, dall'altro, al giudice competente di operare un sindacato di legittimità (v., in tal senso, sentenza del 16 maggio 2017, Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, punto 84).

117 Pertanto, qualora una decisione constati che una società formava, all'epoca dei fatti, con una o più delle sue società figlie, un'unica impresa ai fini della realizzazione di un'attività economica, tale decisione deve contenere, per essere considerata debitamente motivata, un'esposizione delle ragioni che giustificano una simile constatazione (v., in tal senso, sentenze del 2 ottobre 2003, Aristrain/Commissione, C-196/99 P, EU:C:2003:529, punto 100, e del 29 settembre 2011, Elf Aquitaine/Commissione, C-521/09 P, EU:C:2011:620, punto 152).

118 Ne consegue che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 160 delle conclusioni, allorché, per infliggere a una società madre una sanzione per il comportamento adottato dall'impresa che essa formava, all'epoca dei fatti, con un'altra società che era allora una sua società figlia, un'autorità garante della concorrenza si sia basata sulla presunzione di influenza determinante derivante dalla detenzione, da parte di tale società madre, all'epoca dei fatti, della totalità o della quasi totalità del capitale di quest'altra società, nonostante che la stessa società madre avesse addotto, durante il procedimento amministrativo, elementi concreti al fine di confutare detta presunzione, l'autorità garante della concorrenza è tenuta, al fine di soddisfare il suo obbligo di motivazione, a esporre in modo adeguato le ragioni per le quali tali elementi non consentivano di confutare la presunzione in questione (sentenza del 29 settembre 2011, Elf Aquitaine/Commissione, C-521/09 P, EU:C:2011:620, punto 153).

119 Un simile obbligo di motivazione non implica tuttavia che l'autorità garante della concorrenza sia tenuta a prendere posizione su ciascuno degli elementi addotti dalla società madre per confutare detta presunzione (sentenza del 5 dicembre 2013, Commissione/Edison, C-446/11 P, non pubblicata, EU:C:2013:798, punto 23).

120 Infatti, da un lato, l'esistenza di una motivazione sufficiente di un atto dev'essere valutata alla luce del suo contesto e delle norme applicabili (v., per analogia, sentenza del 19 novembre 2013, Commissione/Consiglio, C-63/12, EU:C:2013:752, punto 99). Dall'altro lato, dal momento che la motivazione è un requisito formale, è sufficiente, affinché tale requisito sia soddisfatto, che la decisione impugnata menzioni una ragione idonea a dimostrare che, nonostante i diversi elementi dedotti, la presunzione non poteva essere confutata. Spetta poi ai destinatari di tale decisione contestare la fondatezza di una simile ragione.

121 Ne consegue che, nelle controversie principali, poiché è pacifico che l'ENEL deteneva la totalità o la quasi totalità del capitale del SEN, l'AGCM poteva presumere che tale società madre formasse con la propria società figlia un'unica impresa ai fini dell'attività di distribuzione di energia elettrica sul mercato in questione. L'ENEL poteva tuttavia tentare di confutare tale presunzione adducendo elementi di prova diretti a dimostrare che la detenzione di una simile quota di capitale non le consentiva nondimeno di controllare il SEN o che essa non si avvaleva, direttamente o indirettamente, della propria capacità, derivante dalla detenzione della totalità o della quasi totalità del capitale del SEN, di esercitare un'influenza determinante sul SEN. In tale eventualità, l'AGCM era tenuta a prendere posizione sulle prove addotte menzionando quantomeno una ragione per cui, nonostante questi diversi elementi, la presunzione non poteva essere confutata.

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

123 Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla quinta questione pregiudiziale dichiarando che 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.

Sulle spese

124 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quinta Sezione) dichiara:

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

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

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

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

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

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

Regan Lenaerts Lycourgos

Jarukaitis Ilešič

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 12 maggio 2022.

Il cancelliere
A. Calot Escobar

Il presidente
K. Lenaerts