Pubblicato il 27/11/2017

N. 05519/2017REG.PROV.COLL.

N. 06537/2016 REG.RIC.

N. 08478/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui ricorsi riuniti
A) – NRG 6537/2016, proposto dalla ENEL s.p.a. e dalla ENEL Servizio elettrico s.p.a., correnti in Roma, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avv. Marcello Cardi, con domicilio eletto in Roma, v.le B. Buozzi n. 51,

contro

l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il sistema idrico – AEEGSI, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12 e

e con l'intervento di

ad opponendum:
Associazione italiana grossisti di energia e *trade* - AIGET, con sede in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Dario De Blasi e Fabio Francario, con domicilio eletto in Roma, p.za Paganica n. 13,

B) – NRG 8478/2016, proposto dalla ENEL Energia s.p.a. e dalla ENEL s.p.a., correnti in Roma, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Luigi

Manzi, Guido Greco, Luca Griselli e Manuela Muscardini, con domicilio eletto in Roma, via F. Confalonieri n. 5,

contro

l'AEEGSI, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata per legge e

nei confronti di

– AIGET, come sopra rappresentata, difesa ed elettivamente domiciliata,
– Confederazione generale dell'artigianato e delle imprese – CNA, con sede in Roma, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Anna Rita Trombetta e Vanessa Vitale, con domicilio eletto in Roma, circonvallazione Clodia n. 5 e
– EON Italia s.p.a., Energia Concorrente, Confederazione nazionale dell'artigianato e della PMI - Confartigianato, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio,

per la riforma

A) – quanto al ricorso n. 6537/2016, della sentenza del TAR Lombardia – Milano, sez. II, n. 814 del 2016, resa tra le parti e concernente le disposizioni sugli obblighi di separazione del marchio e delle politiche di comunicazione per le imprese operanti nel settore energia e gas;

B) – quanto al ricorso n. 8478/2016, della sentenza del TAR Lombardia – Milano, sez. II, n. 1388 del 2016, resa tra le parti e concernente il medesimo oggetto;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio solo dell'intimata AEEGSI, dell'AIGET e della CNA;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 13 aprile 2017 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti costituite, gli avvocati Cardi, De Blasi, Francario, Guido Greco, Trombetta, Vanessa Vitale ed Andrea Reggio D'Aci (in dichiarata delega dell'avv. Luigi Manzi), nonché l'Avvocato dello Stato Del Gaizo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. – In Italia, a partire dal Dlg 16 marzo 1999 n. 72 ed ai fini della sua progressiva liberalizzazione, il mercato elettrico è stato suddiviso in una pluralità di mercati, per ognuno dei quali l'ordinamento stabilisce i soggetti operatori, le attività ammesse ed i modi di svolgimento.

Tra i predetti mercati particolari e differenziati (produzione, trasmissione, distribuzione e fornitura dell'energia elettrica), per quest'ultimo, in forza dell'art. 1, c. 2 del DL 18 giugno 2007 n. 73 (conv. modif. dalla l. 3 agosto 2007 n. 125) e dell'art. 35, c. 2 del Dlg 1° giugno 2011 n. 93, è prevista pure la distinzione tra mercato libero e regime c.d. "di maggior tutela".

Più in dettaglio, a decorrere dal 1° luglio 2007, i clienti finali domestici possono recedere dal loro preesistente contratto di fornitura di energia elettrica come clienti vincolati, secondo i criteri indicati dall'AEEGSI e di scegliere un fornitore diverso dal proprio distributore. Ove non fossero interessati ad approvvigionarsi dal mercato libero, a tali clienti la fornitura continua ad esser garantita dalla stessa impresa di distribuzione, anche mediante apposite imprese venditrici. In ogni caso e fino al 31 dicembre 2019, le condizioni economiche e contrattuali del servizio di maggior tutela restano soggette al controllo ed all'attività regolatoria dell'AEEGSI.

2. – Fino ai fatti della presente causa, la ENEL Servizio Elettrico s.p.a., corrente in Roma, è stata l'impresa del Gruppo ENEL che gestiva il servizio c.d. "di maggior tutela" per la distribuzione dell'energia elettrica nelle aree nelle quali ENEL Distribuzione s.p.a. è concessionaria del relativo servizio, mentre la ENEL Energia s.p.a. opera per i clienti del mercato libero.

Di recente, è intervenuto il c.d. "Terzo Pacchetto Energia" (regol. n. 713/2009/CE; direttive n. 2009/72/CE in materia di energia elettrica e n. 2009/73/CE sul gas naturale; regol. n. 714/2009/CE e n. 715/2009/CE, sull'accesso alle infrastrutture di trasmissione e trasporto), che ha impresso un nuovo assetto al mercato interno europeo dell'energia. Tanto allo scopo di rafforzarne l'integrazione, oltre che di migliorarne il funzionamento (il recepimento delle citate direttive è poi avvenuto ad opera del Dlg 93/2011). In particolare, l'art. 26, § 3) della dir. n. 2009/72/CE, per la distribuzione e la vendita dell'energia elettrica al dettaglio, ha posto talune regole per attuare la separazione (*brand unbundling*) dei relativi gestori, affinché vi sia autonomia e differenza di marchi e delle politiche di comunicazione aziendale tra il ramo distribuzione eed il ramo fornitura dell'impresa verticalmente integrata.

3. – È dunque intervenuta la delibera n. 296/2015/R del 22 giugno 2015, con la quale l'AEEGSI in via ha disciplinato il *brand unbundling* «*… ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui al precedente comma*…»,ossia dell'art. 38, c. 2 del Dlg 93/2011. Essa riguarda la regolazione di tale *brand unbundling* per l'attività di fornitura dell'energia elettrica, con distinzione delle politiche di comunicazione e dei marchi per gli operatori nel mercato libero, rispetto a quelli che lavorano con i clienti nel regime c.d. "di maggior tutela".

4. – Avverso tal delibera sono allora insorte la ENEL s.p.a. e la Enel Servizio elettrico s.p.a. innanzi al TAR Milano, col ricorso NRG 2135/2015, deducendo in punto di diritto: I) la nullità di essa, poiché l'art. 41 del Dlg 93/2011 ha attribuito all'AEEGSI poteri di vigilanza e non di regolazione sul *brand unbundling*, in particolare per i mercati della vendita al dettaglio; II) l'illegittimità costituzionale dell'art. 41 per violazione ai criteri della delega di cui all'art. 17, c. 3 della l. 96/2010 che, circa i criteri specifici della dir. n. 2009/72/CE, non introduce misure specifiche per il settore della vendita; III) l'illegittima estensione, da parte della delibera stessa ed in contrasto col ripetuto art. 41, ad altre materie colà non contemplate, nonché il difetto di proporzionalità nella misura di separazione pure dei canali informativi, delle strutture e del personale da destinare alla vendita per il mercato a maggior tutela; IV) l'illegittimità della delibera anche per contrasto con gli obblighi di pubblicità ex art. 2497-bis c.c. ai gruppi societari; V) l'illegittimità delle misure della delibera, che vanno oltre lo scopo della separazione funzionale per introdurre una disciplina speciale per i gruppi societari, in contrasto con le libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

L'adito TAR, con sentenza n. 814 del 27 aprile 2016, ha respinto integralmente la pretesa attorea, anche con riguardo alla pretesa illegittimità costituzionale dell'art. 41 del Dlg 93/2011.

Con l'appello di cui al ricorso NRG 6537/2016 in epigrafe, dette Società lamentano la erroneità di tal statuizione, all'uopo ribadendo in sostanza i cinque motivi di primo grado. Resiste in giudizio l'intimata AEEGSI, concludendo in modo articolato per l'infondatezza dell'appello. Interviene *ad*

opponendum la AIGET, con sede in Milano ed associazione di categoria di grossisti, fornitori e *trader*, la quale conclude per il rigetto dell'appello stesso.

5. – Contro la medesima delibera AEEGSI n. 296/2015, sono altresì insorte la ENEL Energia s.p.a. e la ENEL s.p.a. innanzi al TAR Milano, col ricorso NRG 2137/2015, deducendo in punto di diritto i medesimi insiemi di censure già visti nel ricorso NRG 2135/2016, sollevate dalle altre due imprese del gruppo ENEL.

L'adito TAR, con sentenza n. 1388 dell'11 luglio 2016, ha anche in questo caso respinto la pretesa così azionata, con gli argomenti già visti nella sentenza n. 814/2016.

Dal che l'appello di cui al ricorso NRG 8478/2015, con cui dette Società lamentano l'erroneità della sentenza impugnata per: a) aver frainteso i poteri spettanti all'Autorità in base agli artt. 38 e 41 del Dlg 93/2011 e all'art. 26, § 3) della direttiva n. 72, che riguardano solo il settore della distribuzione (e non della vendita) e un'attività di vigilanza e non di regolazione *ex ante*; b) l'assenza, in capo alla stessa Autorità, di c.d. "poteri impliciti" in soggetta materia, donde la sua impossibilità di regolare i marchi delle appellanti, neppure in base al principio del c.d. "effetto utile" nell'attuazione, né al citato art. 41, il quale comunque limita, senza che il successivo art. 43 ampli tal funzione, alla sola vigilanza i poteri concreti dell'ANR, verso un'unica società che eserciti la vendita in entrambi detti mercati; c) a tutto concedere su tali poteri, l'omessa statuizione sullo sviamento di cui la delibera n. 296 è affetta (le cui norme sulla separazione dei marchi e delle politiche di comunicazione servono non già ad evitare la confusione nei consumatori, ma ad occultare l'esistenza stessa del gruppo verticalmente integrato), nonché sulla violazione dell'art. 2497-bis c.c.; d) non aver pronunciato in ordine all'illegittimità della delibera stessa per diretta violazione del citato art. 41, ove essa pone a favore dell'ANR poteri regolatori *ex ante* e non, come vuole norma, di controllo *ex post*; e) per non aver colto i profili della violazione della proporzionalità e non aver pronunciato sulle altre censure d'irrazionalità e di discriminazione derivanti dalla citata delibera.

Pure nel presente giudizio resiste l'AEEGSI, che conclude per il rigetto del ricorso in epigrafe. Si son costituite in questo giudizio pure la AIGET, nonché la Confederazione generale dell'artigianato e delle imprese – CNA, con sede in Roma, che concludono per l'infondatezza dell'appello.

Alla pubblica udienza del 13 aprile 2014, su conforme richiesta delle parti costituite, i due ricorso in epigrafe sono congiuntamente assunti in decisione dal Collegio.

6. – I due appelli in esame, pur prendendo le mosse da due separate sentenze del TAR Milano, a ben vedere concernono lo stesso provvedimento impugnato in primo grado, la delibera AEEGSI n. 296 del 2015.

Con tal provvedimento, basato sugli artt. 38 e 41 del Dlg 93/2011, l'ANR ha regolato puntualmente come vadano svolte le politiche di comunicazione, di marchio e d'ogni altra attività informativa, stabilendo in particolare l'obbligo per cui tali politiche, la denominazione sociale, il marchio, la ditta, l'insegna e ogni altro elemento distintivo dell'impresa di distribuzione siano in uso esclusivo alla stessa e non contengano alcun elemento di tipo testuale o grafico, comunque ricollegabile alle attività di vendita svolte dall'impresa verticalmente integrata o dalle altre imprese del gruppo di d'appartenenza, atto ad ingenerare confusione nel pubblico. S'intende perciò presunto il rischio di confusione per il pubblico quando, da una valutazione globale sulla somiglianza visuale, auditiva o concettuale delle politiche di comunicazione e dai segni distintivi dell'impresa di distribuzione, il pubblico sia indotto a ritenere che essi siano ricollegabili alla stessa impresa verticalmente integrata o ad altre imprese del gruppo cui essa appartiene. Sicché le attività commerciali dell'impresa di distribuzione devono esser svolte solo con l'uso di canali informativi, di spazi fisici e di personale

distinti da quelli relativi all'attività di vendita svolti dall'impresa integrata verticalmente e dalle altre imprese del gruppo. La delibera impone quindi una rigorosa separazione delle politiche di marchio e di comunicazione le imprese di distribuzione e di vendita, nonché tra quelle che si dedicano alla vendita ai clienti del mercato libero rispetto a quelle che si rivolgono ai clienti del mercato tutelato, quindi con una sostanziale duplicazione della rete di vendita, oltre al cambio della denominazione sociale per chi si occupi dell'un ramo, anziché dell'altro.

Ebbene, stante sia la sostanziale identità delle questioni, sia la connessione soggettiva tra le appellanti (quattro imprese integrate verticalmente del Gruppo ENEL), i due appelli vanno riuniti e decisi contestualmente, per esser respinti perché infondati.

7. – Ma la vicenda litigiosa merita due precisazioni di carattere preliminare per ben inquadrarne il contesto normativo e per verificare la sussistenza di un fondamento giuridico reale su cui riposa la citata delibera AEEGSI n. 296.

La prima precisazione: l'art. 26, § 3) della dir. n. 2009/72/CE, per la distribuzione e la vendita dell'energia elettrica al dettaglio, ha posto regole ben precise per attuare in modo efficace il c.d. *brand unbundling*, cioè la separazione dei relativi gestori (laddove essi facciano parte di un'impresa verticalmente integrata), almeno per la forma giuridica, l'organizzazione aziendale ed il potere decisionale derivante da altre attività non connesse.

Ecco dunque che, in attuazione del citato art. 26 e stante l'articolazione del mercato distributivo, l'art. 38 del decreto n. 93 ha previsto i principi: 1) della *separazione giuridica* delle imprese operanti nel settore della vendita, assegnando i compiti inerenti al mercato di maggior tutela ad un soggetto distinto da quello operante per il mercato libero; 2) della *separazione funzionale* tra attività di distribuzione ed attività di vendita, nonché tra vendita sul mercato libero e vendita in maggior tutela. Tanto affinché (art. 38, c. 2 del Dlg 93/2011) il gestore del sistema di distribuzione, facente parte di un'impresa integrata verticalmente, non possa trarre vantaggio da tale integrazione per alterare la concorrenza. Sicché: a) le politiche di comunicazione e di marchio non devono creare confusione su qual impresa o ramo di azienda sia responsabile della fornitura di energia elettrica e nei confronti di quali clienti destinatari; b) le informazioni sulle proprie attività, che possano esser vantaggiose sotto l'aspetto commerciale, devono esser divulgate in modo non discriminatorio.

La seconda: non è vero che la dir. n. 2009/72/CE, come vorrebbe il ricorso NRG 8478/2016, non si occupi dell'attività di vendita al dettaglio, né che la delibera n. 296/2017 difetti della copertura normativa comunitaria. Invero, entrambi i concetti si rinvengono facilmente, oltre che in altri riferimenti premessi alla direttiva n. 72, nel suo art. 26, da leggere in combinato disposto con il *considerando* n. 26), poiché quest'ultimo rileva nell'individuare e dar consistenza al contenuto precettivo della norma. Questa, al § 3), afferma che «… *Se il gestore del sistema di distribuzione fa parte di un'impresa verticalmente integrata, gli Stati membri provvedono affinché le sue attività vengano controllate… in modo che esso non possa trarre vantaggio dalla sua integrazione verticale per falsare la concorrenza…* (ed)*… in particolare,…* (a detti)*… gestori… è fatto* divieto di creare confusione, *nella loro politica di comunicazione e di marchio,* circa l'identità distinta del ramo "fornitura" dell'impresa verticalmente integrata…». Il *considerando* 26), dal canto suo, precisa che «*… l'accesso non discriminatorio alla rete di distribuzione è un presupposto determinante per l'accesso alla clientela a valle, al livello della vendita al dettaglio. … Le norme sulla separazione giuridica e funzionale attualmente vigenti sono, pertanto, idonee a creare una separazione effettiva delle attività* a condizione che siano più chiaramente definite, che siano attuate correttamente e che la loro osservanza sia strettamente controllata. *Per creare condizioni di concorrenza omogenee a livello di vendita al dettaglio è opportuno* parimenti impedire *ai gestori dei sistemi di distribuzione*

di approfittare della loro integrazione verticale per favorire la propria posizione concorrenziale sul mercato, specialmente nei confronti dei piccoli clienti civili e non civili…».

Anzi, le appellanti sono ben consce del principio di *unbundling* funzionale ex artt. 38 e 41 del Dlg 93/2011, che parte sì dall'attività di distribuzione, ma s'invera direttamente al livello della vendita al dettaglio, poiché l'una e l'altro sono strettamente interrelati, tra loro e nella possibilità di creare confusione tra i clienti.

Il successivo art. 41, III per. ha previsto il potere dell'Autorità d'adottare ogni provvedimento al fine d'evitare che l'impresa non tragga un indebito vantaggio competitivo dall'integrazione verticale. La norma, nella sua estrema latitudine lessicale e nel fissare tal potere sia nei confronti dei clienti finali, sia per le valutazioni da compiere sulla qualità del servizio, così delinea una tutt'altro che implicita funzione regolatrice a tutela anticipata e successiva, più che di tali imprese, dei clienti stessi (cfr., per il vecchio regime, Cons. St., VI, 13 febbraio 2009 n. 778). Sicché la vigilanza ex art. 38, ben lungi dall'esser sinonimo di mero controllo *ex post* sulle attività più o meno improprie di tali imprese (quindi, solo repressivo del danno alla concorrenza), incorpora anche la regolazione *ex ante*, in caso contrario la conclamata ricerca dell'effettività delle regole sull'*unbundling* finendo per essere svuotate di senso. Su tale aspetto, la nota interpretativa della Commissione europea, parlando del comportamento delle ANR sull'attuazione delle direttive del Terzo pacchetto energia, precisa che «*… il nuovo elemento chiave delle direttive sull'elettricità e sul gas è aver affidato alle ANR non solo compiti piuttosto estesi ma anche i poteri necessari per poterli svolgere…*» («*… a new key element of the Electricity and Gas Directives is that the NRA is not only given quite extensive duties but also the necessary powers to be able to carry out its duties…*»).

Quindi, il divieto di confusione, sotteso al predetto *brand unbundling* e che di per sé si potrebbe tramutare in un principio solo enfatico, richiede non solo la pienezza dei poteri in capo alle ANR, pure regolatori, che ciascuna Autorità vi dia reale consistenza, declinandolo in concreto rispetto alle peculiarità dei mercati dell'energia elettrica.

8. – Neppure è vero che, in materia di interpretazione della legge, l'art. 12 Preleggi privilegi solo e comunque il criterio interpretativo letterale, poiché evidenzia, col riferimento «*… all'intenzione del legislatore …*» la necessità della coerenza tra la norma ed il sistema.

Scolora così ogni questione non solo sulla delimitazione del principio di *unbundling* funzionale al solo settore della distribuzione (perché il dato testuale non conclude in tal senso), ma soprattutto sull'assunto, in varia guisa proposto in entrambi gli appelli, per cui la norma UE in materia non darebbe poteri regolatori alle ANR, rivolgendosi direttamente alle imprese.

Tal assunto è scorretto, poiché la normativa stessa non lascia alle imprese spazi discrezionali di autoorganizzazione, ma si rivolge ai legislatori nazionali ed alle ANR. Tanto al fine di realizzare *a priori*, ossia attraverso la maggior chiarezza, la corretta attuazione e lo stretto controllo sulla retta osservanza delle relative norme (già a partire dalla dir. n. 2003/54/CE) l'effettiva separazione delle attività. Il *quid pluris* novativo, posto dalla direttiva n. 72 e che rafforza il quadro delle iniziative per realizzare tal effettività, consiste ora nell'aggiungere a tali misure anche la necessità d'impedire «*… ai gestori di sistemidi distribuzione di approfittare della loro integrazione verticale per favorire la propria posizione concorrenziale sul mercato, specialmente nei confronti dei piccoli clienti civili e non civili…*». Pure l'impedimento è una misura *ex ante* e non repressiva, nel senso, cioè, che i divieti sottesi al *brand unbundling* vanno precisati e resi chiari agli operatori *prima* che essi s'approccino alle clientele inerenti ai due mercati di vendita e non a riparazione dei torti inflitti ai terzi a causa di una siffatta "autoorganizzazione".

Eco di tali precisi concetti si rinviene nella normativa nazionale, ossia non solo nell'art. 43 del Dlg 93/2011, in base al quale l'AEEGSI ha il compito di garantire «*…l'applicazione effettiva, da parte degli esercenti i servizi, delle misure di tutela dei consumatori, incluse quelle indicate all'Allegato I delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE*…». Pure l'art. 42 che le impone, proprio per realizzare al meglio la separazione delle politiche di comunicazione e di marchio nel settore della vendita, di adottare tutte le misure ragionevoli e idonee, «*… affinché i clienti beneficino del funzionamento efficiente del mercato nazionale…* (, a)*... promuovere una concorrenza effettiva e contribuire a garantire la tutela dei consumatori*…». Ciò non toglie che le imprese verticalmente integrate non debbano, già da sole, provvedere a dar sostanza a tal separazione e che, a tal uopo, l'AEEGSI abbia compiti pure di vigilanza *ex post* ai sensi dell'art. 38, c. 2, lett. b) del Dlg 93/2011.

Non desidera il Collegio trarre argomenti a confutazione da taluni comportamenti materiali delle appellanti. Ma certo si appalesa sintomatico proprio quello per cui, fin dal 2007 e sotto l'imperio dell'art. 13 della direttiva n. 54, l'ENEL s.p.a. già provvide ad una parziale separazione dei marchi (ENEL Energia s.p.a. per il mercato libero; ENEL Servizio elettrico s.p.a., per quello di maggior tutela), il principio della quale era immanente in quel sistema. Quindi, detta Società a suo tempo ben comprese le implicazioni di esso anche per l'attività futura, mentre adesso incomprensibile si appalesa il ripudio di tali regole, sì da far dubitare dell'esistenza d'un loro interesse, se non soltanto emulativo, a contestazione di queste ultime. E ciò pur a fronte dell'importante precisazione resa sul punto dal TAR, secondo la quale «*… l'interrelazione tra profili normativi e giurisprudenziali, che traspare nella formulazione (anche lessicale) della disposizione censurata, risulta preordinata all'effettività del disegno amministrativo*…». Si tratta, com'è noto, del principio del c.d. "effetto utile" delle direttive UE, racchiuso nell'art. 4 del TFUE ed in virtù del quale «*… gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione*…».

Appunto ed anche per questo non hanno gran senso le doglianze sul giusto richiamo del TAR alla giurisprudenza UE sulla confusione tra i marchi, la quale certo si rivolge a tutelare le imprese, ma anche i consumatori, onde essa offre una linea-guida per la miglior comprensione delle impugnate ragioni della regolazione.

È *jus receptum* in tal giurisprudenza il principio (cfr. C. giust. UE, 29 settembre 1998, n. C- 39) per il quale la notorietà del marchio anteriore (dunque, radicata nei consumatori) è già in sé l'elemento rilevante per valutare se la somiglianza tra i prodotti o servizi contraddistinti da due marchi simili provochi confusione tra i consumatori. Fermo è anche l'altro principio (cfr. C. giust. UE, 22 giugno 1999, n. C- 342) secondo cui già la mera somiglianza fonetica dei marchi determina un rischio di confusione, nel senso che, se maggiore è la somiglianza di prodotti o servizi offerti e più forte è il carattere distintivo del marchio anteriore, più il rischio di confusione è elevato. Ciò vuol dire che la forza distintiva del marchio è fattore serio del predetto rischio e del condizionamento, effettivo od ipotetico, del comportamento economico del consumatore medio. Anzi, quando l'impressione visiva complessiva (o anche l'assonanza) di due marchi è notevole, non solo ciò crea nel consumatore un rischio di confusione (poiché i marchi sono di grande somiglianza), ma le eventuali differenze nelle denominazioni assumono un carattere trascurabile (arg. ex C. giust. UE, I, 3 settembre 2009, n. C-498). A più forte ragione, tal rischio si determina vieppiù ove i consumatori possano ritenere che, a ciò indotti dall'uso incongruo di un marchio notorio, certi prodotti o servizi provengano dalla stessa impresa o, eventualmente, da imprese tra loro collegate. Il relativo effetto nocivo va valutato nel suo complesso, tenendo cioè presenti tutti i fattori rilevanti, in particolare la notorietà del marchio sul mercato, l'associazione che può essere stabilita col segno utilizzato o registrato, nonché il grado di somiglianza tra prodotti o servizi.

Le appellanti si sforzano di confutare il citato passaggio della sentenza, basato sul principio del c.d. "effetto utile", mercé il richiamo, noto e superfluo, alle differenze di regime tra il mercato del gas e quello dell'energia elettrica e tra distribuzione e vendita. Ma così le appellanti propugnano nulla più che una lettura descrittiva, dunque a concetti compartimentati e senza alcuna visione globale d'un tal fenomeno, della confusione tra i marchi quale effetto direttamente nocivo sui consumatori e che non intendono cogliere. Per contro il TAR ha correttamente inferito dalla predetta giurisprudenza *non* il fondamento della regolazione *de qua*, ma come le regole di quest'ultima, già in sé supportate idoneamente dalle normative UE e nazionale, siano anche razionali e coerenti col diritto UE, per aver «*… fatto propri principi e, addirittura, espressioni contenute in pronunce della giurisprudenza comunitaria...*» che, appunto, fornisce utili (anzi, consonanti) criteri ermeneutici per ben definire le vicende riconducibili al «*rischio di confusione*».

Errano altresì le appellanti a misconoscere o sottovalutare la procedura d'infrazione, attivata dalla Commissione UE (proced. n. 2014/2286), a causa del non corretto recepimento della direttiva n. 72 (e della dir. n. 2009/73/CE). Ed errano soprattutto a non voler intendere la stretta relazione esistente tra tal procedura e l'esatta definizione dei poteri, nella specie, regolatori dell'AEEGSI per attuare in modo efficace l'art. 26 della direttiva. Nell'un caso e nell'altro, è proprio la strategia di marchio del gestore del sistema di distribuzione ENEL Distribuzione s.p.a. e del fornitore ENEL Energia s.p.a. (vendita commerciale) a non esser ben separata e creare confusione sull'identità, che invece deve esser distinta, tra chi fa distribuzione e chi si occupa della fornitura al dettaglio. È stata proprio la volizione dell'Autorità, anzi, d'introdurre misure più specifiche sulla separazione dei marchi dei rami aziendali responsabili della distribuzione e della fornitura nell'impresa verticalmente integrata, a confermare nella Commissione la difformità della prassi italiana col significato della direttiva n. 79, donde la ragionevolezza e la congruenza della delibera n. 296 rispetto a tal scopo.

Ebbene, fin d'ora si può affermare che il divieto d'ingenerare confusione, posto in capo alle imprese di distribuzione nell'uso dei marchi e, più in generale, per tener distinta l'identità della funzione di fornitura dell'impresa verticalmente integrata, si sostanzia nell' impossibilità, per il gestore del ramo di distribuzione, di usare non solo gli stessi marchi ed insegne dell'impresa di vendita che sta nel suo gruppo di imprese, ma ogni altro segno distintivo contenente elementi visivi, fonetici e concettuali idonei a creare un'associazione col ramo di vendita dell'impresa verticalmente integrata.

9. – Esaminando quindi i singoli appelli, quanto al ricorso NRG 6537/2016, s'avrà che:

– quanto al primo motivo, s'è già detto delle fonti da cui evincere, secondo un'interpretazione di buona fede, la funzione regolatoria in materia, mentre ora va aggiunto il rigetto dell'argomento con cui le appellanti vogliono inferire dalla delibera 327/2016/R/com, avente ad oggetto la proroga di sei mesi del termine per l'adempimento degli obblighi di separazione, la carenza di potere in capo all'Autorità e la sproporzione delle misure adottate, quando, invece, l'una non è certo revocata in dubbio (anzi, è ribadita) da detta proroga e l'altra non esiste in fatto, ché tal proroga è stata disposta a seguito di talune osservazioni e richieste degli operatori del settore elettrico (tra cui le appellanti) circa i problemi inerenti all'adempimento di detti obblighi;

– circa il secondo motivo, è *jus receptum* nella giurisprudenza costituzionale che, al fine di stabilire la conformità d'una normazione delegata all'art. 76 Cost., il contenuto della delega non possa essere individuato senza tener conto del sistema normativo in cui essa s'inserisce, sicché occorre dapprima identificarne la *ratio* per verificarne, in sede di controllo, se la norma delegata sia con essa coerente e ciò s'appalesa *maxime* nel caso di delega per l'attuazione di una direttiva UE, ove i principi che quest'ultima esprime s'aggiungono a quelli dettati dal legislatore nazionale ed assumono il valore di parametro interposto, sì da poter giustificare, *da soli ed in via autonoma*, l'intervento del legislatore delegato (cfr. C. cost., 29 ottobre 2015 n. 210, per cui il legislatore statale può e deve mantenere

forme di regolazione dell'attività economica volte a garantire la coerenza dell'ordinamento interno con gli *obiettivi di armonizzazione stabiliti dalle direttive europee*, se del caso mediante ragionevoli limiti alla libertà d'iniziativa economica, nel quadro di un bilanciamento con altri interessi rilevanti sotto il profilo costituzionale; ma cfr. pure id., 10 marzo 2017 n. 51, ove la Corte ha sanzionato l'eccesso di delega a fronte d'una puntuale e specifica scelta della medesima l. 96/2010 nella scelta di misure sanzionatorie; nonché id., 25 novembre 2016 n. 250, in caso di norma delegata in aperto contrasto con la delega e la direttiva che questa ha attuato);

– è così immune da vizi il rigetto della questione di legittimità costituzionale, per eccesso di delega, sul citato art. 41 (sollevata in quanto la l. 96/2010 non avrebbe fatto riferimento all'introduzione di misure volte alla predetta separazione nel settore della vendita), perché: a) rettamente il TAR ha applicato i principi della giurisprudenza costituzionale in tema di delegazione legislativa, nel senso che le relative norme servono tanto a circoscrivere il campo della delega (sì da evitare che essa sia esercitata in modo distonico dagli scopi per cui è stata concessa), quanto a consentire che il potere delegato regoli le particolari vicende giuridiche connesse; b) il fine essenziale della normativa UE da attuare coi poteri delegati è, nella specie, l'impedimento delle condotte anticompetitive (causate nel settore della vendita dell'energia elettrica dall'integrazione verticale tra il soggetto distributore e le altre imprese del suo gruppo dedite alla vendita, che ne sarebbero favorite; c) la delega concessa dalle varie leggi comunitarie, secondo una prassi recente, fissa non solo le direttive specifiche per ciascuna fonte UE da attuare nell' ordinamento interno, ma anche un complesso di principi generali, tra cui quello sull'introduzione, ai fini di un coordinamento migliore tra loro, di modifiche acconce alle discipline vigenti per i singoli settori coinvolti dalla normativa UE da attuare, coordinamento il quale serve a render conformi dette discipline ai principi sanciti nella direttiva UE da recepire; d) l'ampiezza d'un tal criterio direttivo consente al legislatore delegato di modificare o integrare dette discipline, al fine di realizzare, in tutti e ciascun argomento trattato da ogni singola direttiva UE da attuare (specie quando quest'ultima sia a sua volta costituita da numerose ed articolate norme, come la dir. n. 2009/72/CE), sia l'efficacia di tutte queste ultime, sia la congruenza ad esse della restante disciplina; e) poiché detto criterio generale di delega è posto in aggiunta a quelli contenuti nelle direttive UE da recepire (cfr. l'art, 2, c. 1 della l. 96/2010), non v'è ragione che la delega, grazie alla clausola generale così formulata, definisca principi e criteri direttivi per il recepimento di ciascuna singola disposizione contenuta in ogni fonte UE da attuare, così evitando aporie o antinomie sempre possibili nel recepimento di normative comunitarie complesse, articolate ed impattanti su regimi giuridici nazionali a loro volta articolati su fonti sparse; f) nella specie, come s'è osservato in esito alla ricognizione sulle regole-base della potestà regolatoria dell'Autorità, non si verifica né eccesso, né tampoco una reale difformità tra la l. 96/2010 ed il Dlg 93/2011;

– neppure convince il terzo motivo, con cui le appellanti lamentano il rigetto delle censure sulla delibera n. 296/2015 per violazione dell'art. 41 del Dlg 93/2011 e del principio di proporzionalità, come già accennato *supra* e nella considerazione che l'obiettivo, cui mira il divieto di confusione, è non tanto o non solo è quello di consentire ai clienti finali di distinguere quali società eroghino la fornitura sul mercato tutelato e quali sul mercato libero, ma quello di evitare che, in ragione di una posizione di vantaggio competitivo derivante dall' integrazione verticale e dalla appartenenza ad un gruppo societario, distribuzione e vendita godano di indebiti vantaggi competitive e sia falsata così la concorrenza sul mercato;

– invero, detto divieto di non ingenerare confusione va inteso nel senso che non è ammesso l'uso non solo degli stessi marchi e delle medesime insegne, ma anche d'ogni altro segno distintivo che contenga elementi visivi, fonetici e concettuali idonei a creare un'associazione tra le diverse società appartenenti al medesimo gruppo verticalmente integrato, sicché non basta, come già fece l'ENEL fin dal 2007, sdoppiare la rete di vendita tra i due mercati rilevanti, dovendo evitare pure l'uso della sigla «*ENEL*» nei marchi stessi, poiché la denominazione dell'ex-*incumbent* è notoriamente molto

suggestiva (anche ora), tra tutti i consumatori e pure nel linguaggio corrente, nella identificazione di detto Gruppo come un unico operatore in tutti i mercati dell'energia elettrica;

– inoltre, dall'art. 17, c. 8 della delibera n. 296 è facile evincere l'assenza d'ogni regola a favore di un'impresa unitaria, poiché il predetto divieto, contrariamente a quanto affermano le appellanti, è stabilito anche per le imprese che esercitino unitariamente le attività di distribuzione e di vendita, per le quali vige l'obbligo di adottare segni distintivi diversi per lo svolgimento di ciascuna di esse;

– del tutto infondato, anzi pretestuoso è il quarto motivo, ove si lamenta che il TAR non ha colto la sovrapposizione tra l'obbligo di separazione delle politiche di comunicazione e dei marchio e quanto stabilito dall'art. 2497-bis c.c. (che impone alle società appartenenti ad un gruppo societario specifici obblighi di pubblicità, per consentire a soci e terzi l'effettiva conoscenza dei rapporti di gruppo e di valutare i relativi effetti), in quanto rettamente il TAR ha evidenziato l'assenza tra dette due discipline che rispondono a scopi diversi e si muovono quindi su piani logici non omogenei, di talché gli oneri pubblicitari, che detto art. 2497-bis pone in capo agli amministratori delle società controllate, sono volti a render noti a terzi e soci i rapporti di direzione e coordinamento esistenti all'interno delle società di un gruppo e, dunque, riguardano le vicende del Gruppo societario in sé, mentre gli obblighi della delibera n. 296 concernono soltanto quelle imprese del settore elettrico che svolgono attività di vendita nel relativo mercato e, perciò, sono a tutela dei consumatori finali, onde hanno un ambito d'applicazione più ristretto di quelle ex art. 2497-bis e non intaccano l'efficacia o l'attuabilità di esse, né tampoco i poteri di direzione e coordinamento infragruppo;

– ancor meno significativo s'appalesa il quinto mezzo di gravame, con cui le appellanti affermano di vedere nella medesima delibera n. 296 una sorta di restrizione ai movimenti di capitali tra gli Stati membri, in violazione dell'art. 63 TFUE, giacché l'Autorità non ha così introdotto presunzioni legali di distorsione del mercato, ma si è limitata a dare significato al divieto di confusione nelle politiche di marchio e di comunicazione all'uopo facendo riferimento, nell' esercizio dei suoi poteri regolatori, ai principi posti dalla normativa e dalla giurisprudenza, europea e nazionale, sul divieto di confusione nell'uso del marchio e degli altri elementi distintivi dell'impresa.

10. – Circa l'appello di cui al ricorso NRG 8478/2016, s'avrà che:

– sul primo motivo di gravame, con cui si contesta l'errore dell' impugnata sentenza laddove non ha riconosciuto l'assenza in capo all'AEEGSI di poteri di diretta regolazione (al più, di mera vigilanza e controllo) in materia di *unbundling* funzionale, valgono le considerazioni svolte nei precedenti paragrafi, con la precisazione che è mera petizione di principio il non voler inferire dalla vigilanza (di base, una mera constatazione di fatti) anche i poteri di regolazione (o pianificazione che sia) senza con ciò fossilizzare la vigilanza stessa al primordiale ed inane stato di continuo inseguimento degli illeciti altrui;

– sul secondo motivo, essenzialmente rivolto a far constare l'assenza d'una base normativa, solida o no che sia, per i predetti poteri regolatori, vale quanto s'è detto sugli artt. 38, 41 e 43 del decreto n. 93 e sulla giurisprudenza comunitaria all'uopo richiamata in materia di marchi d'impresa, con la precisazione che non solo è corretto il richiamo alla procedura d'infrazione che la Commissione UE ha svolto sulla prassi italiana di cattivo recepimento del c.d. "Terzo Pacchetto", ma l'art. 26 della l. 29 luglio 2015 n. 215 ha inciso soltanto sugli evidenti mancati recepimenti delle citate direttive, con ciò confermando la bontà *in parte qua* dell'impianto regolatorio spettante all'AEEGSI;

– in ordine al terzo motivo, incentrato sul rigetto delle questioni sulla violazione dell'art. 2947-bis c.c., valgono le considerazioni svolte nel paragrafo precedente, con la precisazione, adesso, che la separazione dei marchi tra distribuzione e vendita e necessità d'evitare confusione nei consumatori

son dati coessenziali e riguardano la tutela di questi ultimi, nel senso che essi non devono esser tratti in inganno non già da marchi assonanti o simili, ma a causa della confusione tra le due attività il cui collegamento è vietato grazie ai marchi stessi, il venditore, appartenente all'impresa verticalmente integrata, non potendo ritrarre un vantaggio indebito sia dall'utilizzo di un marchio storico, sia dagli effetti ulteriori associati alla continuità di rapporto con tale marchio, cosa, questa, che costituisce una potenziale barriera alla competizione;

– quanto al quarto motivo, con cui le appellanti censurano l'impugnata sentenza perché non avrebbe pronunciato sulla dedotta violazione, da parte dell'art. 17 della delibera n. 296, dell'art. 41 del Dlg 93/2011, su tal doglianza valgono le considerazioni introduttive e quanto poi detto nel precedente paragrafo, fermo restando la manifesta erroneità della censura stessa poiché la sentenza ha invece esaminato la legittimità della disciplina contenuta nella stessa delibera n. 296/2015, affermando con chiarezza la congruenza di essa con l'obbligo di separazione delle politiche di comunicazione e dei marchi e con riguardo al divieto di confusione nei clienti finali, di cui al citato art. 41;

– né maggior pregio si ravvisa nella censura sulla maggiore gravosità di regime verso le imprese integrate rispetto a quelle unitarie (come s'è detto nel paragrafo precedente), né in quella inerente all'obbligo, per le imprese o rami d'impresa, che svolgono l'attività di vendita dell'energia elettrica ai clienti liberi e il servizio di maggior tutela mediante canali informativi, spazi fisici e personale separati, la ragione di tal ultimo dovere risiedendo nel fatto di evitare il rischio di divulgazione di informazioni commerciali vantaggiose, nonché di creare confusione nel pubblico, tra le imprese o i rami di impresa che svolgono le due attività di vendita in questione;

– infatti, entrambe dette vicende costituiscono, intrecciate tra loro, un effetto compressivo alla libera competizione nel mercato della vendita dell'energia elettrica e, quindi, la misura di cui alla delibera n. 296 in esame, appunto perché incide al contempo sulle vicende stesse, non è in sé sproporzionata rispetto ai vantaggi che ne derivano ai consumatori finali e non è surrogabile da altre misure interne al gruppo di imprese verticalmente integrate, se esse mantengono di fatto un marchio che induca tali consumatori a ritenere, confondendosi, del tutto irrilevante sia la differenza tra le due categorie nel mercato della vendita, sia il venditore come una sorta di mero esecutore di chi distribuisce l'energia elettrica;

– anzi, s'evince proprio dall'assunto di ENEL Energia s.p.a. —secondo la quale per poter attuare la separazione voluta dalla delibera n. 296 dovrebbe modificare molto, se non duplicare la propria rete di vendita sul territorio, gestita da ENEL Servizio elettrico s.p.a.—, che le due Società, nella misura in cui svolgono attività diverse ed in concorrenza tra loro in punti vendita in comune, a causa di ciò non fanno se non creare confusione nel cliente finale, il quale si rivolge all'una o all'altra senza poter cogliere con la dovuta immediatezza le differenze tra i due venditori, con ciò violando l'art. 17, § 4) della direttiva n. 72 laddove dispone che «… *al gestore del sistema di trasmissione è fatto divieto, per quanto riguarda l'identità dell'impresa, la politica di comunicazione e di marchio nonché i locali, di creare confusione circa l'identità distinta dell'impresa verticalmente integrata o di una parte di essa*…».

11. – In definitiva, gli appelli qui riuniti vanno respinti. Le spese del presente giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. VI), definitivamente pronunciando sugli appelli qui riuniti (ricorsi NRG 6537/2016 e NRG 8478/2016 in epigrafe), li respinge.

Condanna le appellanti al pagamento, a favore della sola Autorità resistente e costituita, delle spese di giudizio, che sono nel complesso liquidate in € 7.000,00 (Euro settemila/00). Compensa le spese nei confronti degli interventori *ad opponendum*.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 13 aprile 2017, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Marco Buricelli, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Italo Volpe, Consigliere

L'ESTENSORE
Silvestro Maria Russo

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO