

Pubblicato il 17/10/2019

N. 11958/2019 REG.PROV.COLL.
N. 02497/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2497 del 2019, proposto da Servizio Elettrico Nazionale S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Aristide Police, Maurizio Russo, Mario Siragusa e Marco D'Ostuni, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via di Villa Sacchetti, 11;

contro

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

nei confronti

Green Network S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vincenzo Cerulli Irelli, Emilia Pulcini e Carlo Mirabile, con domicilio digitale come da PEC

dei Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Dora, 1;

Gala S.p.A. in liquidazione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Rino Caiazzo e Federico Tedeschini, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, largo Messico, 7;

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

Associazione Codici, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Carmine Laurenzano, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

Enel S.p.A., Enel Energia S.p.A., Eni S.p.A., Axpo Italia S.p.A., E.Ja S.p.A., non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Associazione Energia Libera, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Carlo Mirabile e Cesare San Mauro, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

Metaenergia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cesare San Mauro e Carlo Mirabile, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Guido D'Arezzo, 2;

per l'annullamento

del provvedimento datato 20 dicembre 2018, prot. n. 27494, reso nel proc. A511-Enel/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica, notificato in data 8 gennaio 2019, con cui l'AGCM ha (i) accertato che Enel S.p.A., SEN ed Enel Energia S.p.A. avrebbero commesso un abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE; (ii) irrogato loro in solido una ammenda di € 93.084.790,50; (iii) diffidato le stesse dal ripetere la condotta contestata o dall'attuare altre analoghe;

di ogni altro provvedimento, atto o comportamento presupposto, consequenziale o comunque connesso, ivi incluso il provvedimento dell'AGCM, adottato in data 8 novembre 2017, di rigetto degli impegni presentati dalle Parti ex art. 14 *ter* l. 287/1990 e, ove occorrer possa, la delibera AGCM 24 maggio 2017, n. 26614 recante il "Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'AGCM, di Green Network S.p.A., di Gala S.p.A. in liquidazione, di Aiget e dell'Associazione Codici;

Visti gli atti di intervento *ad opponendum* dell'Associazione Energia Libera e di Metaenergia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 119, cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo n. 11591/2019;

Relatrice la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 2 ottobre 2019, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

I. Con il ricorso in epigrafe Servizio Elettrico Nazionale S.p.A. (SEN) ha impugnato, unitamente ad alcuni atti presupposti, il provvedimento del 20 dicembre 2018, prot. n. 27494, reso nel proc. A511-Enel/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica, con cui l'AGCM: (i) ha accertato che Enel S.p.A. (Enel), SEN ed Enel Energia S.p.A. (EE) hanno commesso un abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE; (ii) ha irrogato loro in solido una ammenda di € 93.084.790,50; (iii) ha diffidato le stesse dal ripetere la condotta contestata o dall'attuare altre analoghe.

Si sono costituiti in giudizio per resistere al gravame l'AGCM nonché Green Network S.p.A., l'Associazione Codici, AIGET (Associazione Italiana di Grossisti di Energia e *Trader*) e Gala S.p.A. in liquidazione; hanno spiegato intervento *ad opponendum* Associazione Energia Libera e Metaenergia S.p.A..

Con istanza del 25 marzo 2019 la parte ricorrente ha chiesto l'abbinamento al merito dell'istanza cautelare e, a seguito di istanza di prelievo, è stata fissata per la trattazione del merito l'udienza pubblica del 2 ottobre 2019.

La rinnovata istanza cautelare, formulata con atto del 28 giugno 2019, alla quale hanno resistito tutte le parti costituite, è stata respinta con ordinanza n. 5347 del 2 agosto 2019.

In vista della trattazione del merito le parti hanno depositato memorie conclusive e repliche e all'udienza pubblica del 2 ottobre 2019, dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

II. A seguito di alcune segnalazioni da parte di AIGET (Associazione Italiana di Grossisti di Energia e *Trader*), di singoli consumatori e di Green Network S.p.A., l'Autorità, nell'adunanza del 4 maggio 2017, avviava un procedimento istruttorio nei confronti delle società Enel S.p.A., Servizio Elettrico Nazionale S.p.A. e Enel Energia S.p.A. ipotizzando una violazione dell'articolo 102 del TFUE.

Con le segnalazioni in parola veniva denunciata la potenziale lesività di alcuni comportamenti posti in essere sul mercato della vendita *retail* di energia elettrica da venditori appartenenti a gruppi verticalmente integrati, tra i quali anche il Gruppo ENEL, finalizzati ad accelerare il processo di svuotamento del bacino di clienti ancora in maggior tutela, in previsione della possibile applicazione di meccanismi proconcorrenziali, utilizzando informazioni commercialmente sensibili relative al titolare dell'utenza, di cui gli operatori integrati dispongono in ragione della loro appartenenza a un medesimo gruppo societario.

Completato l'*iter* istruttorio e respinta l'istanza di assunzione di impegni (provvedimento dell'8 novembre 2017), dopo alcune proroghe veniva inviata la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (CRI) in data 3 agosto 2018 e, a seguito di ulteriori proroghe richieste dalle parti, svolta l'audizione finale il 19 novembre 2018, con il provvedimento del 20 dicembre 2018 l'Autorità accertava che SEN e Enel Energia, con il coordinamento della capogruppo Enel, avevano posto in essere, dal gennaio 2012 e fino al maggio 2017, un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE, nel mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti finali domestici e non domestici di minori dimensioni nei territori nei quali il Gruppo ENEL gestisce l'attività di distribuzione. Quindi l'Autorità ha

irrogato alle società in solido una ammenda di € 93.084.790,50 e le ha diffidate dal ripetere la condotta contestata o dall'attuare altre analoghe.

III. Servizio Elettrico Nazionale S.p.A., nell'impugnare il suddetto provvedimento, riporta le seguenti circostanze di fatto.

A) La condotta oggetto di contestazione.

SEN, già Enel Servizio Elettrico S.p.A., opera dal 1 gennaio 2008 nella fornitura di energia elettrica assicurando il servizio di Maggior Tutela (SMT); EE fornisce invece energia elettrica sul Mercato Libero (ML); SEN ed EE sono interamente controllate da Enel S.p.A., società a capo dell'omonimo gruppo.

Nel 2012 SEN ha avviato una raccolta di consensi a ricevere proposte commerciali (liste SEN), sia attraverso il *call center*, sia sul sito *web* sia nella modulistica contrattuale. I moduli di raccolta consentivano di rilasciare consensi distinti per le proposte provenienti da società del Gruppo ENEL o da terzi.

Dei consensi raccolti, pari in media a circa 500.000 ogni anno nel periodo 2012-2015, un terzo è stato rilasciato per ricevere offerte anche da società terze, estranee al Gruppo ENEL.

Le liste SEN contenevano esclusivamente dati anagrafici e recapiti telefonici degli utenti che avevano espressamente fornito il consenso, viceversa non contenevano dati fiscali, di fatturazione, di spesa, di propensione al consumo energetico o altro, né specificavano se l'interessato fosse cliente di SEN.

SEN ha offerto le liste a tutti gli operatori nel rispetto dei consensi ricevuti, pubblicizzando le liste SEN sul proprio sito *web*. Un contratto *standard* di noleggio disciplinava modalità di cessione dei dati e condizioni economiche; la cessione avveniva su base annua

con possibilità di utilizzo massimo per un biennio e le liste erano trasferite sotto forma di tracciato elettronico in un apposito tabulato, senza che fosse prevista alcuna forma di accesso alla banca dati dei clienti SEN.

Oltre a EE, risulta che solo una impresa attiva nel ML, Heracomm, ha contattato SEN con interesse alle sue liste, senza però finalizzare l'acquisto una volta informata su prezzi e contenuti, avendo dichiarato di ritenere più convenienti le altre liste di *telemarketing* disponibili sul mercato.

EE, invece, ha acquistato annualmente le liste SEN fino al 2017, pur non avendo di fatto utilizzato le liste 2016 e 2017, avendone abbandonato l'utilizzo prima dell'avvio dell'istruttoria dell'AGCM, scegliendo di chiudere il canale commerciale c.d. *teleselling outbound*, vale a dire l'unico in cui venivano usate le liste SEN, che infatti è stato chiuso a maggio 2017. In data 20 marzo 2017 EE ha lanciato la sua prima e unica offerta commerciale riservata alla clientela SMT, denominata "Sempre con te": solo 478 utenti contattati mediante le liste SEN hanno aderito all'offerta. Dal 2015 a maggio 2017, solo 20.880 utenti contattati mediante le liste SEN sono diventati clienti EE: quasi tutti questi utenti (tranne i suddetti 478) hanno aderito a offerte di EE rivolte alla generalità dell'utenza e non riservate alla clientela in SMT.

B) Il procedimento istruttorio.

Nel maggio 2017 l'AGCM avviava il procedimento A511 ipotizzando plurime violazioni dell'art. 102 TFUE (avvio).

Secondo l'avvio, nei mercati locali della vendita al dettaglio di energia elettrica a clienti domestici e non domestici allacciati in bassa tensione (BT), il Gruppo ENEL avrebbe realizzato una "ampia

strategia" volta ad accelerare il "passaggio di clientela" da SEN a EE, attuata con "strumenti irripetibili per i concorrenti non integrati", quali: (i) l'uso di "spazi fisici/canali di contatto" di SEN per promuovere offerte di EE; (ii) il passaggio coattivo a EE di clienti SEN che chiedessero attività gestionali delle utenze; (iii) la prospettazione del cambio di nome di SEN, della fine del SMT o il far valere la reputazione del Gruppo, per indurre i clienti SEN a passare a EE; (iv) l'uso da parte di EE del "patrimonio informativo privilegiato dei dati anagrafici, fiscali e di fatturazione" dell'intera "clientela tutelata" di SEN – definito "vantaggio competitivo non replicabile" – per accaparrarsi tale clientela; (v) una campagna denigratoria e aggressiva nei confronti del concorrente Green Network.

Secondo l'AGCM la strategia sorgeva dal timore che il Parlamento si determinasse ad approvare una legge – in discussione dal 2015 – volta a sancire la fine del SMT e dalla necessità di fronteggiare quella che, secondo la versione del disegno di legge proposta nel 2017, sarebbe stata la possibile riassegnazione mediante gara dell'intera clientela di SEN al miglior offerente.

Il ruolo di responsabile del procedimento veniva affidato a un funzionario dell'AGCM che, prima di assumere servizio presso quest'ultima, aveva lavorato nella Direzione Regolamentazione - Unità Antitrust di Enel tra marzo 2011 e dicembre 2012.

In data 25 settembre 2017 le Parti presentavano impegni ex art. 14 *ter* L. 287/90, che venivano respinti con provvedimento in data 8 ottobre 2017. In data 3 agosto 2018, l'AGCM notificava la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (CRI), con la quale le originarie accuse venivano circoscritte a due sole condotte: (i) SEN

avrebbe raccolto “con modalità discriminatorie” consensi presso la “base clienti tutelata”, permettendo a EE di predisporre e presentare “specifiche offerte esclusivamente dedicate” a tale “clientela” (parr. 213 e 214); (ii) SEN avrebbe condiviso con EE “strutture di vendita” (c.d. punti Enel) e personale, incentivando quest’ultimo a favorire le vendite di EE, per agevolare la migrazione dei clienti SEN verso la stessa EE (par. 214).

L'AGCM, per converso, riteneva insussistenti gli altri addebiti ipotizzati, tra cui il *winback* denunciato da Green Network S.p.A..

C) Il Provvedimento.

Con il provvedimento conclusivo l'Autorità confermava solo la prima delle due accuse testé richiamate, affermando che Enel, SEN ed EE avrebbero attuato “una strategia escludente” in violazione dell’art. 102 TFUE, nei mercati della vendita di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici connessi in BT; l’abuso sarebbe consistito nello sfruttamento di “prerogative possedute unicamente in virtù della propria posizione di operatore integrato a monte con la distribuzione e, quindi, con la vendita in [SMT], quali i dati di contatto della base clienti tutelata” (par. 194), infatti SEN avrebbe raccolto “con modalità discriminatorie” presso la propria “base clienti” in SMT anagrafiche e consensi per la ricezione di offerte commerciali, in tal modo permettendo ad EE di predisporre e presentare “specifiche offerte esclusivamente dedicate” ai clienti della stessa SEN, inclusa l’offerta “Sempre con te” (parr. 214 e 218).

La raccolta delle liste da parte di SEN e il loro successivo uso da parte di EE, “con il precipuo fine di offrire proposte commerciali dedicate alla clientela in MT” (par. 220), avrebbero avuto finalità di “traghetamento” del bacino di clienti SEN in EE (par. 243): tale

strategia sarebbe servita a “contrastare dinamiche genuinamente competitive nel mercato libero della vendita di energia elettrica” e a “rallentare il processo di transizione verso la completa liberalizzazione del mercato medesimo” (par. 245).

Quanto alla durata, ipotizza l'AGCM che l'abuso sarebbe iniziato il 1° gennaio 2012 (quando “SEN ha iniziato a raccogliere e cedere a EE i dati dei clienti del [SMT]”) e sarebbe finito il 31 maggio 2017, quando EE ha smesso di usare le liste SEN (par. 271).

La condotta in questione costituirebbe una “grave violazione” della concorrenza (par. 270).

Nel procedere alla determinazione della sanzione, il provvedimento: (i) utilizza come base di calcolo il fatturato rilevante realizzato da ENEL nel 2017; (ii) applica un coefficiente di gravità dello 0,5% ed un fattore moltiplicativo di durata dell'infrazione pari a 5 anni e 5 mesi (“5,416666667”); (iii) diminuisce l'importo così risultante del 10%, come attenuante per il programma di *antitrust compliance*; (iv) riduce ulteriormente l'importo risultante del 62%, corrispondente al peso del fatturato generato in SMT su quello complessivo, così irrogando la sanzione finale di € 93.084.790,50.

D) Il provvedimento A2A.

L'AGCM contestualmente conduceva istruttorie analoghe nei confronti di A2A e ACEA (in seno ai procedimenti A512 e A513).

In particolare, il primo dei due procedimenti si concludeva con il provvedimento 20 dicembre 2018, n. 27495, A512-A2A/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica, con cui l'AGCM – pur ritenendo “intrinsecamente discriminatoria” la modalità di acquisizione dei consensi da parte di A2A – non rilevava un “utilizzo pratico” dei dati dei clienti in SMT (id. par. 49), in

quanto, per promuovere telefonicamente offerte dedicate a tale tipologia di clienti, A2A avrebbe pescato dal *database* non i dati dei clienti serviti in SMT, ma solo tutti gli altri. L'AGCM, pertanto, non irrogava alcuna sanzione nei confronti di A2A.

IV. Così riportate le circostanze ritenute rilevanti, la ricorrente affida il ricorso ai seguenti motivi.

1) Illegittimità per violazione dell'art. 14 L. 287/1990 e dell'art. 14 d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 in tema di istruttoria, contraddittorio procedimentale e diritti di difesa delle imprese – Violazione dei principi di buon andamento e correttezza dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost. e L. 241/90 per omesso, e comunque incompleto, contraddittorio procedimentale e illegittima compressione dei diritti di difesa delle Parti nel corso dell'indagine sul tema della dominanza sul mercato – Violazione e falsa applicazione dell'art. 102 TFUE – Eccesso di potere per violazione dei principi del giusto procedimento – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e contraddittorietà manifesta.

1A. Violazione dei diritti di difesa.

Nella CRI, l'AGCM non avrebbe: (i) identificato in concreto i mercati geografici in cui SEN sarebbe dominante; (ii) analizzato le quote di mercato, il contesto e le dinamiche competitive nei diversi mercati locali; (iii) chiarito quali sarebbero le pretese ricadute delle condotte contestate in ciascuno di tali ambiti. Solo nel provvedimento finale avrebbe indicato i suddetti elementi, senza che, dunque, gli stessi siano stati oggetto di contraddittorio.

1B. Mancata prova della dominanza.

Il provvedimento non identificherebbe i mercati geografici in cui SEN sarebbe dominante, non conterrebbe alcun inquadramento

delle ricadute potenziali e concrete delle condotte contestate sulla concorrenza in ciascuno dei mercati rilevanti sul piano geografico, farebbe coincidere la posizione detenuta dal Gruppo ENEL nella distribuzione elettrica con quella detenuta nei mercati rilevanti della vendita di energia elettrica al dettaglio.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 102 TFUE per insussistenza dell'abuso e inidoneità delle liste SEN ad attribuire vantaggi competitivi strategici a EE – Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, contraddittorietà manifesta, illogicità manifesta e carenza di motivazione.

Erroneamente il provvedimento qualificerebbe le liste SEN come “un *asset* strategico e irreplicabile” – idoneo ad “avvantaggiare illecitamente” EE (par. 215) o ad “amplificare artatamente” il naturale “vantaggio competitivo” del Gruppo ENEL (par. 219) – sul quale la stessa EE avrebbe “fatto leva per attuare una politica di *pre-emption*” sui clienti in SMT (par. 226; anche parr. 215, 220). Oltretutto l'Autorità avrebbe considerato diversamente le stesse condotte nel parallelo provvedimento A2A.

3) Illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 102 TFUE a causa della completa inidoneità della condotta contestata a spiegare effetti escludent. – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà manifesta e carenza assoluta di motivazione.

La condotta contestata non avrebbe avuto capacità escludente.

4) Illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 102 TFUE per aver ipotizzato la sussistenza di una condotta discriminatoria nella raccolta e cessione delle liste SEN – Eccesso di potere per

difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà manifesta e carenza assoluta di motivazione.

Non sarebbe discriminatoria l'attività di raccolta differenziata dei consensi e il loro utilizzo, come ritenuto dall'Autorità, peraltro contraddicendo quanto ritenuto nel parallelo caso A513 in cui l'AGCM ha rimproverato ad Acea di aver raccolto il consenso *privacy* per finalità commerciali degli utenti del SMT a esclusivo vantaggio della stessa società e non anche a favore di terzi operatori concorrenti.

Non dimostrate, né fondate, sarebbero anche le motivazioni del provvedimento circa un presunto intento discriminatorio di SEN, la quale invece avrebbe adottato modalità trasparenti sia per la cessione delle liste con contratti regolari e dietro pagamento di corrispettivo, sia offrendo le liste a condizioni contrattuali ed economiche analoghe a tutti gli operatori.

5) Illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 102 TFUE a causa della manifesta contraddittorietà e travisamento dei fatti posti a sostegno delle accuse – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà manifesta e carenza assoluta di motivazione.

Erroneamente il provvedimento avrebbe ritenuto che le condotte contestate farebbero parte di "una strategia" di "*pre-emption*", consistita nel voler "traghetare il maggior numero di clienti possibili dalla MT alla ML" per "neutralizzare il più possibile gli effetti" dei disegni di legge in discussione sin dal 2015, volti a introdurre "aste per pacchetti di clienti" per porre fine al SMT.

6) Illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 14 *ter* L. 287/1990 - Violazione dei principi del giusto procedimento e di

buon andamento, imparzialità e correttezza dell'azione amministrativa – Violazione e compressione dei diritti di difesa.

6A. Illegittimità del rigetto degli impegni: il rigetto degli impegni sarebbe irragionevole e immotivato.

6B. Violazioni procedurali: (i) il funzionario responsabile del procedimento sarebbe stato in conflitto di interessi avendo, prima dell'assunzione presso le fila dell'AGCM, prestato servizio, fino al dicembre 2012 presso l'Unità Antitrust Italia e Supporto Regolatorio - Direzione Regolamentazione, Ambiente e Innovazione di Enel; (ii) il provvedimento è stato adottato da un Collegio costituito da due soli membri e senza che fra questi figurasse il Presidente di nomina parlamentare.

7) Illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 15 L. 287/1990 e dell'art. 11 L. 689/81 in ragione dell'assenza del presupposto della gravità, necessario per irrogare la sanzione.

Mancherebbe il presupposto della "gravità" per poter irrogare una sanzione nei confronti di SEN e del Gruppo ENEL.

8) Illegittimità per violazione degli artt. 2 e 15 e 31 L. 287/90 e dell'art. 11 e 3 L. 689/81 per erronea definizione della durata del periodo rilevante ai fini del computo della sanzione – Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, L. 287/90 – Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità e degli orientamenti per il calcolo delle ammende – Eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento dei fatti.

L'AGCM avrebbe errato nell'individuare la durata della condotta fin dal 2012.

9) In via subordinata: Illegittimità per violazione degli artt. 2 e 15 e 31 L. 287/90 e dell'art. 11 e 3 L. 689/81 – Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida per il calcolo delle sanzioni dell'AGCM – Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità e degli orientamenti per il calcolo delle ammende – Eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento dei fatti. L'AGCM avrebbe determinato una sanzione sproporzionata e abnorme rispetto alla dimensione economica delle condotte.

10) In via subordinata: Illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 15 L. 287/90 in relazione al calcolo della sanzione mediante l'utilizzo di un dato erroneo di fatturato -Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida per il calcolo delle sanzioni – Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e in particolare difetto di istruttoria, carenza assoluta di motivazione e contraddittorietà manifesta.

Il Provvedimento illegittimamente avrebbe quantificato la sanzione utilizzando come base di calcolo il dato di fatturato dell'anno 2017, benché l'ultimo anno intero di partecipazione alla (presunta) realizzazione dell'infrazione fosse il 2016, con la conseguenza di aver irrogato una sanzione più elevata.

DIRITTO

1. Devono tratteggiarsi, preliminarmente, il quadro normativo di riferimento e la giurisprudenza formatasi in *subjecta* materia.

L'art. 102 sul Trattato di funzionamento dell'Unione Europea stabilisce che “ *È 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. Tali pratiche abusive possono*

consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

La norma, al pari dell'art. 3 L. 287/90, vieta l'"abuso di posizione dominante", ma non fornisce una definizione dello stesso, rimettendo, in tal modo, all'interprete la specificazione dei concetti generali presenti nella disposizione nonché l'individuazione delle fattispecie delle condotte meritevoli di sanzione, stante la non esaustività dell'elencazione dei comportamenti ivi descritti.

In proposito si è, in primo luogo, osservato come *"la posizione dominante è una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori"* (Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, C - 27/76 United Brands).

L'analisi effettuale, di conseguenza, assume un valore determinante, atteso che *"l'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero stati necessariamente decisivi"* (Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, cit.).

La norma, dunque, delinea una fattispecie "aperta", con la conseguenza che, per aversi posizione dominante, non è necessario

che un'impresa si trovi in una posizione di monopolio o di quasi monopolio su un dato mercato, atteso che ciò che rileva è la possibilità per l'impresa di essere in grado (se non di decidere, quantomeno) di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza (Corte di giustizia CE 14 febbraio 1978, C-27/76, e 13 febbraio 1979, C-85/76, Hoffmann/La Roche).

L'esistenza di una posizione dominante, tuttavia, non è di per sé incompatibile con le norme in materia di concorrenza, atteso che è possibile che l'impresa competa lecitamente sul mercato con gli altri concorrenti.

Il problema è allora quello di individuare una linea di demarcazione tra "uso" e "abuso" della posizione dominante, che dovrà avvenire in ragione del principio generale di proporzionalità, indagando, in concreto, il potere economico dell'impresa e comparando lo stesso alle distorsioni della concorrenza che la condotta di quell'impresa in quello specifico ambito è in grado di generare (Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673).

In sostanza la "dominanza" genera nell'impresa una "speciale responsabilità" di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata in mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto (Corte di giustizia CE, 14 novembre 1996, n. 333/94).

Ne deriva, anche alla luce della già rilevata portata proteiforme della nozione di abuso, derivante dalla non esaustività dell'elenco contenuto nell'art. 102 del Trattato, che l'applicazione della suddetta disposizione implica *"un'attività di <<contestualizzazione>>, frutto di una valutazione complessa, che rapporta fattispecie giuridiche che, per il loro*

riferimento alla varia e mutevole realtà economica, sono di loro necessariamente indeterminate, come quelle di mercato rilevante e di abuso di posizione dominante, al caso specifico" (Cons. Stato, n. 1673/2014, cit.).

Ancorché tale attività implichi un ineliminabile "margine di opinabilità", l'interprete dovrà identificare, pur nella varietà e eterogeneità delle situazioni di fatto, la sussistenza di un rapporto effettivo tra l'interesse generale tutelato dalle previsioni, riferito alla tutela della concorrenza e del mercato, e il comportamento concretamente tenuto e considerato dai provvedimenti.

La giurisprudenza ha anche osservato che il carattere abusivo di un comportamento alla luce dell'art. 102 TFUE non ha relazione con la sua conformità ad altre normative, giacché gli abusi di posizione dominante consistono, per lo più, proprio in comportamenti leciti alla luce di altri settori dell'ordinamento, diversi dal diritto alla concorrenza (Corte di giustizia CE, 6 dicembre 2012, C-457/10, Astrazeneca, Cons. Stato, VI, 15 maggio 2015, n. 2479 e 12 febbraio 2014, n. 693).

Ne consegue che, pur in presenza di comportamenti leciti alla luce di singole normative settoriali, l'interprete potrà ravvisare la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale laddove la combinazione degli stessi sia espressiva di un intento escludente, da accertare indiziariamente come un *quid pluris* che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4 giugno 2019, n. 7175).

Diversamente opinando, l'abuso di posizione dominante sarebbe pressoché inconfigurabile, grazie al semplice fatto che consiste il più delle volte in comportamenti analiticamente leciti, se visti solo alla luce di settori dell'ordinamento diversi da quello della concorrenza.

Sempre in via generale, si è poi osservato come, una volta appurata l'astratta idoneità della condotta ad alterare il normale svolgimento del gioco concorrenziale, non occorre anche che se ne verifichino gli effetti concreti.

E infatti "Ai fini dell'art. 102 TFUE, la prova dell'oggetto e quella dell'effetto anticoncorrenziale si confondono tra loro: se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto" (Tribunale Ue, del 29 marzo 2012, causa T336/07, Telefonica; Tribunale Ue, del 30 settembre 2003, causa T203/01 Michelin).

L'illecito, in sostanza, si perfeziona con una condotta specifica, di per sé idonea a turbare il funzionamento corretto e la libertà stessa del mercato, nella misura in cui la stessa sia astrattamente idonea a produrre effetti anticoncorrenziali. Anche in tale campo, quindi, il criterio guida dell'interprete deve essere di tipo finalistico, essendo egli chiamato a verificare la sussistenza di un rapporto effettivo tra l'interesse generale tutelato dalle previsioni, riferito alla tutela della concorrenza e del mercato, e il comportamento concretamente tenuto e considerato dai provvedimenti.

2. Sulla base delle coordinate ermeneutiche fin qui tratteggiate si può passare all'esame dei motivi di ricorso.

Il ricorso è affidato sostanzialmente a tre gruppi di censure: il primo gruppo concerne presunte violazioni procedurali; il secondo riguarda presunte erroneità di metodo; il terzo contiene censure di tipo sostanziale.

Nella disamina del ricorso, pertanto, si seguirà il suindicato schema, sebbene le censure siano variamente dislocate all'interno dei motivi di ricorso.

3. Violazioni procedurali.

Nella seconda parte del VI motivo la ricorrente denuncia la violazione dei principi del giusto procedimento e di buon andamento, imparzialità e correttezza dell'azione amministrativa, lamentando l'assenza di terzietà dell'AGCM.

3.1. La prima violazione riguarderebbe l'aver affidato la funzione di responsabile del procedimento ad un funzionario che, fino al dicembre 2012, ha lavorato proprio presso l'Unità Antitrust Italia e Supporto Regolatorio - Direzione Regolamentazione, Ambiente e Innovazione, area aziendale responsabile della prevenzione del Gruppo ENEL.

Secondo la ricorrente, ragioni di opportunità e di rispetto dei principi di imparzialità dell'azione amministrativa e di terzietà avrebbero dovuto indurre, da una parte, il funzionario in questione ad astenersi e, dall'altra, la Direzione dell'Ufficio a procedere all'assegnazione dell'istruttoria in questione ad altro funzionario.

La censura è infondata.

Preliminarmente il Collegio osserva che la ricorrente non indica in che cosa si sarebbe tradotta l'asserita incompatibilità del funzionario istruttore, né ha allegato quale *vulnus* essa avrebbe in ipotesi subito. A privare ulteriormente di fondatezza la suddetta censura soccorre, altresì, il rilievo che, nel corso del procedimento, né la ricorrente né le altre società del gruppo coinvolte, hanno mai lamentato alcunché in proposito.

Né rileva, in punto di presunta illegittimità del procedimento, il fatto che il funzionario responsabile avesse maturato una particolare esperienza *antitrust* proprio all'interno delle strutture ENEL dal momento che, al contrario, una siffatta esperienza dovrebbe rappresentare una garanzia di competenza specifica in capo al responsabile del procedimento.

A ciò si aggiunga che, come obiettato dalla difesa erariale, sul punto il Codice etico del personale dell'AGCM (art. 6) prevede un periodo di incompatibilità di tre anni ai fini dell'assegnazione delle risorse ad una direzione settoriale dell'Autorità: nel caso di specie tale periodo è ampiamente superato atteso che il responsabile del procedimento ha prestato la propria attività presso ENEL fino al dicembre 2012, laddove il procedimento per cui è causa è stato avviato soltanto a maggio 2017.

3.2. La seconda violazione riguarderebbe la mancanza di collegialità dell'organo giudicante, atteso che il provvedimento è stato adottato da un collegio costituito da due soli membri e senza che fra questi figurasse il Presidente di nomina parlamentare.

Anche detta censura è infondata.

Della questione si è già occupata ripetutamente la Sezione la quale di recente ha chiarito che sebbene l'art. 10 L. 287/90 preveda che l'Autorità è un organo collegiale, costituito da tre membri compreso il presidente (come da modifica di cui all'art. 23, comma 1, lett. d), D.L. 201/11 come convertito in legge n. 214/11), nulla aggiunge sul numero minimo di componenti per assumere una decisione (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 26 settembre 2019, n. 11330).

Si rammenta che la giurisprudenza ha già chiarito che l'AGCM non costituisce collegio perfetto ed è demandata ad essa stessa, ai sensi

dell'art. 10, commi 2 e 6, L. 287/90, la definizione dell'assetto e delle maggioranze, con riferimento al *quorum* sia strutturale sia funzionale (Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 7 aprile 1999, n. 873).

Il Regolamento sul funzionamento dell'AGCM (delibera n. 26614 del 24 maggio 2017) conferma tutto ciò, prevedendo: a) all'art. 3, l'assenza del presidente o un suo impedimento, con funzioni assunte temporaneamente dal componente con maggiore anzianità nell'ufficio o, in caso di pari anzianità, dal più anziano di età; b) all'art. 6, che per la validità delle riunioni dell'Autorità è necessaria la presenza del presidente e di un componente, ovvero di due componenti; c) all'art. 7, che le deliberazioni dell'Autorità sono adottate a maggioranza dei votanti e in caso di parità prevale il voto del presidente ovvero, in sua assenza, del componente che ne assume temporaneamente le funzioni ai sensi dell'art. 3, comma 2.

Le modalità con cui è stata assunta la decisione impugnata, pertanto, appaiono conformi alla regolamentazione e alla legge che disciplinano il funzionamento dell'Autorità, nonché funzionali ad assicurare la continuità dell'azione amministrativa.

Inoltre, il Consiglio di Stato, in relazione a situazione comparabile a quella in esame relativa ad altra Autorità indipendente (ma riferibile a tutte le autorità indipendenti per le quali è stata prevista la riduzione del numero dei componenti dell'organo di vertice), ha chiarito che la disposizione sul valore "doppio" del voto del presidente si comprende agevolmente considerando che tutti i collegi posti al vertice delle autorità indipendenti (che non sono considerati collegi perfetti) sono stati portati a tre componenti (con le sole eccezioni dell'AGCom e della Commissione di garanzia per gli scioperi nei

servizi pubblici) e che tale riduzione del numero dei componenti ha reso assai più probabile il verificarsi di situazioni di *impasse* conseguenti all'astensione o all'impedimento di uno dei componenti del collegio, con conseguente necessità di evitare che, in ragione di tale impedimento o assenza, l'attività dell'Autorità risulti di fatto paralizzata, con chiaro *vulnus* al principio costituzionale di buon andamento (Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2016, n. 4936).

4. Violazioni di metodo.

4.1. Con il primo motivo la ricorrente lamenta innanzitutto la violazione dei diritti di difesa in quanto nella CRI l'AGCM non avrebbe: (i) identificato in concreto i mercati geografici in cui SEN sarebbe dominante; (ii) analizzato le quote di mercato, il contesto e le dinamiche competitive nei diversi mercati locali; (iii) chiarito quali sarebbero le pretese ricadute delle condotte contestate in ciascuno di tali ambiti.

Viceversa, solo nel provvedimento, con l'ultimo capoverso del par. 209 e dei parr. 210-212, l'AGCM avrebbe indicato i dati e le motivazioni che confermerebbero come la posizione a livello nazionale di SEN/EE sia "adeguatamente rappresentativa" della forza di mercato espressa a livello locale nelle aree in cui e-distribuzione opera come distributore (par. 212), senza che nessuno di tali elemento sia stato oggetto di contraddittorio.

Il motivo è infondato.

Osserva il Collegio che tanto nel provvedimento di avvio del procedimento quanto nella CRI l'Autorità ha individuato il mercato rilevante della vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti finali domestici e non domestici di minori dimensioni nel quale si ipotizzava l'abuso (CRI parr. 197 - 207) declinando, nei paragrafi a

seguire (CRI parr. 208-211) i profili della dominanza di ENEL sul mercato della vendita *retail* dell'energia elettrica.

Ciò è confermato dalla circostanza che la ricorrente ha puntualmente replicato sul punto nella memoria ex art. 14 d.P.R. 217/98, i cui paragrafi 86-95 si soffermano proprio a criticare l'individuazione del mercato rilevante e la dominanza del gruppo sul mercato.

Il fatto che nel provvedimento conclusivo l'Autorità si sia maggiormente diffusa nell'analisi dei suddetti profili da una parte depone per la completezza del provvedimento, dall'altra non può ritenersi, di per sé, indice di violazione dei diritti di difesa avendo l'Autorità sviluppato le proprie argomentazioni coerentemente con il rapporto che, secondo la giurisprudenza, intercorre tra comunicazione delle risultanze istruttorie e provvedimento finale (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 14 novembre 2018, n. 11000).

4.2. Con la seconda delle censure formulate nel primo motivo, la ricorrente lamenta che mancherebbe nel provvedimento la prova della dominanza. Il provvedimento non identificherebbe i mercati geografici in cui SEN sarebbe dominante, non conterrebbe alcun inquadramento delle ricadute potenziali e concrete delle condotte contestate sulla concorrenza in ciascuno dei mercati rilevanti sul piano geografico, farebbe illegittimamente coincidere la posizione detenuta dal Gruppo ENEL nella distribuzione elettrica con quella detenuta nei mercati rilevanti della vendita di energia elettrica al dettaglio.

La censura è infondata.

In via preliminare deve essere rilevato come, per giurisprudenza consolidata, l'individuazione del mercato rilevante, presupposto dell'esistenza della posizione dominante, che identifica e delimita il

contesto sociale ed economico ove opera l'impresa soggetta all'accertamento, è riservata all'AGCM e il giudice amministrativo non può sostituirsi ad essa, salvo che l'operato dell'Autorità presenti vizi di travisamento dei fatti, vizi logici e vizi di violazione di legge (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 25 luglio 2016, nn. 8499, 8500, 8502, 8504 e 8506; Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673, id. 14 gennaio 2014, n. 693).

Lo scrutinio delle censure in esame non può che essere condotto entro i limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, tenendo conto che *"la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato si estende altresì ai profili tecnici, laddove necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini"* (Cass., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013; Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334 e, da ultimo, 21 marzo 2018, n. 1821).

Nel caso di specie l'Autorità, in ragione delle condotte in esame, ha individuato i mercati rilevanti lungo la filiera elettrica nel mercato a monte dei servizi di distribuzione e nei mercati a valle della vendita di energia elettrica al dettaglio a clienti finali di minori dimensioni allacciati alla rete in bassa tensione, domestici e non domestici. Sotto il profilo geografico, per quanto concerne l'attività di distribuzione di

energia elettrica, il mercato rilevante è stato individuato come coincidente con il territorio oggetto della concessione, in cui il concessionario detiene quindi una posizione di monopolio *ex lege* ("la società opera in base ad una concessione unica rilasciata dal MSE relativa a un numero assai elevato di comuni italiani e ha distribuito nel 2016 – sia in termini di volumi che di numero di POD serviti - circa l'85% dell'energia elettrica consumata in Italia", cfr. parr. 208-2012). Aggiunge l'Autorità che nei mercati rilevanti della vendita di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici connessi in bassa tensione, il Gruppo ENEL, oltre a essere il principale *player* a livello nazionale, è il principale operatore in tutti i territori comunali di riferimento della propria società di distribuzione elettrica.

In particolare, in virtù della posizione di monopolio *ex lege* detenuta nella distribuzione, il Gruppo ENEL, esercente quindi anche il servizio di maggior tutela, detiene una posizione di assoluta preminenza in tali territori; sull'intera rete di distribuzione gestita da e-distribuzione, nel 2017 risulta che il Gruppo ENEL serve, nelle due modalità in maggior tutela e a libero mercato, l'80/85% dei clienti domestici e il 70/85% dei non domestici (par. 60), laddove invece il secondo operatore detiene, in entrambi i casi, quote inferiori al 5%.

Tale posizione di mercato a livello nazionale è l'effetto congiunto delle singole posizioni in ciascun mercato locale in cui il Gruppo ENEL è distributore e in cui, in considerazione della rilevante omogeneità su tutto il territorio nazionale del fenomeno della prevalenza di utenti serviti in maggior tutela rispetto a quelli a mercato libero, evidenziate anche nel Monitoraggio *Retail* ARERA 2018, e della conseguente presenza preponderante nel mercato *retail*

della vendita del relativo fornitore integrato, le società di vendita di ENEL risultano analogamente dominanti.

L'Autorità, a seguire, analizza nel dettaglio le quote di mercato (v. parr. 210-213).

Secondo l'Autorità i valori medi delle quote di mercato e la scarsa variabilità sul territorio nazionale del dato relativo alla prevalenza dei clienti forniti in maggior tutela rispetto a quelli serviti sul libero, esemplificata dai dati provinciali, confermano che la posizione di mercato a livello nazionale delle società di vendita del Gruppo ENEL sia adeguatamente rappresentativa della forza di mercato espressa a livello locale nelle aree in cui opera come distributore la società del gruppo e-distribuzione. Considerando altresì tutti gli ulteriori indicatori classici della dominanza, quali la stabilità nel tempo delle quote di mercato, la capacità economica e finanziaria dell'impresa rispetto alla media dei concorrenti, l'integrazione verticale, la notorietà del marchio e la *reputation*, l'operatività in esclusiva su un segmento significativo del mercato rilevante (ovvero la fornitura in regime di MT, *ex lege* offribile solo dal distributore territorialmente competente o società allo stesso collegata), le società di vendita del Gruppo ENEL risultano, secondo l'analisi dell'Autorità, senz'altro in grado di operare in modo alquanto indipendente dai concorrenti e dai consumatori in tutti i territori nei quali operano come venditori integrati con la distribuzione.

Osserva il Collegio che l'individuazione della posizione dominante del Gruppo ENEL nei mercati interessati dall'abuso, come effettuata dall'Autorità, è sufficientemente dettagliata e risulta del tutto logica nell'associare la dominanza alla presenza storica di ENEL quale concessionaria della distribuzione.

Non coglie nel segno l'esempio riportato dalla ricorrente, a pretesa confutazione della suddetta tesi, tratto dal provvedimento del 15 luglio 2015, n. 2550, C11990, SEL-Società Elettrica Altoatesina/Azienda Energetica, il quale, analizzando il mercato della vendita di energia elettrica ai clienti domestici, indica che esso ha dimensione regionale e, sebbene SEN sia presente, il Gruppo ENEL (SEN e EE) ha quote di mercato inferiori a quelle di altro operatore. Ciò in quanto in detta area geografica la società cui è affidata la distribuzione non è e-distribuzione: il che conferma e non smentisce l'analisi effettuata dall'Autorità.

Il Collegio ritiene condivisibile e persuasiva la tesi contenuta nel provvedimento, secondo cui la capacità del Gruppo ENEL di ostacolare in modo durevole la persistenza di una concorrenza effettiva, deriva dalla posizione di assoluta preminenza di ENEL nei territori in cui esercisce la maggior tutela anche in virtù della posizione di monopolio *ex lege* detenuta nella distribuzione.

In definitiva il provvedimento ha richiamato una pluralità di fattori, tutti di particolare pregnanza, la combinazione dei quali definisce, in termini economici coerenti e apprezzabili, funzionali al tipo di mercato oggetto di indagine, la ricorrenza di condizioni tali da consentire al Gruppo ENEL di determinarsi autonomamente nel mercato e di influire unilateralmente, con il suo comportamento, sulla struttura del mercato medesimo (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. I, 31 maggio 2018, n. 6080; id. 26 luglio 2017, n. 8945, che, a sua volta, richiama il caso United brands, cit.).

Il primo motivo è, dunque, da respingere.

4.3. Ulteriore censura di metodo, formulata nella prima parte del VI motivo, riguarda l'asserita illegittimità del provvedimento di rigetto

degli impegni i quali, in relazione all'unica condotta contestata nel provvedimento, prevedevano la "messa a disposizione a titolo gratuito o a prezzo di costo – a seconda del canale di raccolta – delle anagrafiche acquisite attraverso il meccanismo del consenso *privacy*" e "l'impegno ad astenersi *pro futuro* nelle proprie attività di *marketing* dall'utilizzo delle anagrafiche *privacy* di provenienza SEN".

Secondo la ricorrente il provvedimento di rigetto degli impegni sarebbe irragionevole, sproporzionato e immotivato.

La censura è infondata.

Il provvedimento in parola, nel caso di specie, è stato motivato dall'Autorità: con riferimento alla ricorrenza di un interesse pubblico a procedere all'accertamento dell'infrazione nell'attuale fase di transizione del mercato nazionale della vendita al dettaglio di energia elettrica verso il definitivo superamento del regime di maggior tutela, in mercati come quelli della vendita di energia elettrica a clienti finali domestici e non domestici connessi in bassa tensione, ove sono attivi gruppi verticalmente integrati; in ragione della ritenuta inidoneità e la parzialità delle misure presentate dalla ricorrente a fronte delle complessive criticità riguardanti le condotte contestate. Dunque non è ravvisabile né l'irragionevolezza né l'abnormità della motivazione, tenuto conto che, in quella fase procedimentale, l'Autorità ha ravvisato profili di gravità che giustificavano la prosecuzione dell'accertamento dell'illecito.

Il provvedimento di rigetto degli impegni, che comunque non vincola le successive valutazioni dell'Autorità, è, peraltro, espressione un ampio potere discrezionale; in particolare, nei procedimenti di accertamento di comportamenti anticoncorrenziali, "*la percezione della gravità della violazione costituisce un perfetto parametro sulla cui base può essere*

effettuata, "rebus sic stantibus", la valutazione relativa all'accettazione o meno degli impegni proposti, così che il riferimento alla rilevante gravità dell'illecito costituisce motivazione sufficiente ai fini del rigetto degli impegni delle imprese interessate, in linea con l'orientamento comunitario") (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 30 luglio 2014, n. 8349).

La conclusione appare coerente con la funzione dei provvedimenti sanzionatori in materia di violazioni *antitrust*, che è quella di disincentivare comportamenti anticoncorrenziali sotto il duplice profilo dell'orientare, anche alla luce di un calcolo di non convenienza economica correlato alla comminabilità di una sanzione pecuniaria, il comportamento degli operatori economici, e di individuare, in maniera quanto più possibile netta e diffusa, singole ipotesi di comportamenti anticompetitivi, così da produrre un utile effetto conformativo (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4 giugno 2019, n. 7175).

Ne deriva la sufficienza della riportata motivazione, incentrata sulla particolare rilevanza della fattispecie oggetto di esame, che appare altresì espressione di un corretto utilizzo del potere discrezionale.

In conclusione, anche la prima parte del VI motivo deve essere respinta.

5. Le censure afferenti ai vizi sostanziali.

Con gli ulteriori motivi la ricorrente affronta il cuore del provvedimento, soffermandosi a censurare le valutazioni svolte dall'Autorità sia in ordine alla complessiva condotta accertata come abusiva, sia alla durata e alla gravità della stessa, sia, infine, alle modalità seguite per calcolare la sanzione.

Prima di esaminare i suddetti motivi devono essere schematizzati come segue i passaggi che assumono rilevanza nella ricostruzione

dell'AGCM: (i) SEN, a far data dal 2012, ha raccolto il consenso *privacy* dagli utenti in modo differenziato, ossia chiedendo se consentissero ad essere contattati per finalità di *marketing* soltanto da società del Gruppo ENEL ovvero anche da società terze; (ii) la suddetta modalità di raccolta avrebbe avuto un intento discriminatorio, ossia volto a favorire Enel Energia, società intragruppo, a scapito degli altri operatori presenti sul mercato libero; (iii) EE nel 2017 ha proposto, attraverso il canale *teleselling outbound*, un'offerta ("Sempre con te") dedicata ai soli clienti forniti in maggior tutela utilizzando le anagrafiche acquistate da SEN nel 2015; (iv) le anagrafiche SEN avrebbero la consistenza di *asset* strategico e irreplicabile da altri, contenendo l'implicita informazione che i clienti "consensati" erano "ragionevolmente" serviti in MT; (v) la raccolta del consenso in modo differenziato da parte di SEN e la presentazione, da parte di EE, di offerte dedicate agli utenti del SMT, sarebbe il frutto di una "strategia" di gruppo volta a svuotare (*pre-emption*) la *customer base* di SEN in maggior tutela facendola transitare nel ML con il passaggio a EE, in vista della fine del regime di MT previsto normativamente entro il 1° luglio 2019 (successivamente slittato al 1° luglio 2020); (vi) la suddetta strategia avrebbe avuto portata "escludente" degli altri operatori presenti sul ML.

5.1. E' necessario tratteggiare le evidenze su cui poggia il provvedimento impugnato.

Dopo una descrizione dell'evoluzione normativa e regolamentare che ha interessato le attività di vendita di energia elettrica, sancendo a livello nazionale la definitiva liberalizzazione del mercato a partire dal 1° luglio 2019, termine poi posticipato al 1° luglio 2020 con il c.d.

decreto “mille proroghe” del settembre 2018, il provvedimento distingue fra attività di distribuzione di energia elettrica e attività di vendita al dettaglio di energia elettrica, quest’ultima attività a libero mercato cui, ancora oggi si affianca, per i clienti domestici e non domestici di minori dimensioni, un’offerta definita di “Maggior Tutela”.

6. Nei paragrafi successivi l’attenzione si sposta sull’analisi del contesto organizzativo/industriale e strategico del Gruppo ENEL e sulle condotte ritenute rilevanti.

6.1. In ordine al primo profilo il provvedimento rileva che, fin dall’ottobre 1999, il Gruppo ENEL, in ottemperanza alle previsioni del D.Lgs. 79/99, c.d. “decreto Bersani”, primo atto di liberalizzazione del settore elettrico sul territorio nazionale, ha creato un’apposita società che esercita l’attività di distribuzione (fino al 30 giugno 2016, denominata Enel Distribuzione S.p.A., poi divenuta e-distribuzione S.p.A.); dal 2008 il gruppo ha creato un’ulteriore distinta società per svolgere l’attività di vendita in MT (Enel Servizio Elettrico S.p.A., poi divenuta SEN), separandola quindi giuridicamente, pur in assenza di obblighi normativi o regolamentari in tal senso, dalla società che svolge l’attività di vendita di energia elettrica sul mercato libero (Enel Energia S.p.A.).

Inoltre rileva che, pur in presenza di una separazione societaria, sin dal 2008, tra il soggetto che svolge l’attività di vendita di energia elettrica in MT e la società che svolge l’attività di vendita sul ML (“autonoma scelta di impresa non necessitata dalle norme primarie o regolamentari vigenti, apprezzabile in un’ottica pro-concorrenziale”), le due società di vendita di energia attive a livello *retail* sul territorio nazionale “operano con profonde interessenze” (par. 61), presentano

“una commistione tra funzioni aziendali competenti per la maggior tutela e per il mercato libero maggiore di quella che si aveva nel modello precedente (*ante* 2014)” (par. 67) e “un rilevante grado di osmosi informativa tra le società SEN e EE” (par. 68).

Al par. 71 l’Autorità rileva: “In materia di condivisione delle informazioni, poi, numerosi documenti ispettivi, contenenti soprattutto presentazioni *Power Point* dei risultati o del *positioning* commerciale della medesima area “Mercato Italia”, contengono contestualmente dati sensibili afferenti sia l’attività di SEN che di EE. A titolo esemplificativo, il documento intitolato “*Mercato Italia –Budget Piano 2015 –2019*”, acquisito presso EE, secondo la stessa ricostruzione delle Parti offre una panoramica dei risultati conseguiti dalla divisione Mercato Italia nel 2014 e degli obiettivi fissati per gli anni 2015 –2019 ed è stato redatto dall’unità di *staff* “*Planning, Performance and Quality Management*”, la quale è - come visto - trasversale per SEN e EE. All’interno di tale documento, peraltro, tra le azioni necessarie per attuare una “strategia di valore della *Customer base*”, figura quella di “accelerare la migrazione dei clienti dalla Tutela al Libero””.

Ancora rileva: che il Gruppo ENEL ragionava sui possibili scenari di transizione al nuovo sistema, mostrando preferenza per un modello definito “simil-gas”, ovvero con passaggio automatico dei clienti della maggior tutela alla società collegata operante sul mercato libero per coloro che non avessero effettuato una scelta negativa espressa (*opt out*), rispetto ad un modello che prevedesse qualsiasi tipo di “aste” competitive per l’acquisizione di gruppi di clienti cui sarebbe stato fornito il servizio, modello che avrebbe potuto portare il gruppo alla perdita di rilevanti quote di mercato (par. 77); che in

alcuni documenti raccolti, corrispondenti per lo più a presentazioni *Power Point* di carattere strategico/di posizionamento del gruppo dell'ultimo biennio, si illustrano l'opportunità e la volontà del gruppo di attuare "in ogni scenario, [un] *focus* sulla spinta commerciale 2016/2017 per limitare l'impatto della transizione", di "accelerare il passaggio clienti da ESE", di porre in essere una "strategia di acquisizione massiva da SMT", di "svuotare la maggior tutela prima che arrivi l'Autorità", di "accelerare la migrazione dei clienti dalla tutela al libero" (e altre espressioni di similare tenore); che in un'*e-mail* tra il responsabile regolatorio-*antitrust* Italia del gruppo e i vertici della c.d. area "Mercato Italia", si legge espressamente "la strategia dovrebbe essere portarci il maggior numero di clienti sul libero in attesa che si definisca il quadro normativo-regolatorio"; che in un'ulteriore *e-mail* di dipendenti dell'area commerciale si legge "l'obiettivo da raggiungere è far migrare i 21 milioni di clienti SEN in EE" (par. 78); che tale obiettivo strategico è anche posto in stretta relazione con la predisposizione di un'offerta specificamente dedicata ai clienti ancora serviti in maggior tutela tanto che, in uno scambio *e-mail* di marzo 2016 si legge che sarebbe possibile e opportuno "estendere (...) a tutti i canali l'offerta dedicata al TLS [acronimo per *teleselling*, n.d.r.] per i clienti in ESE e accelerare il processo di acquisizione da SMT" (par. 79); che l'incentivo di "spostare" un cliente dal mercato tutelato al libero era riconducibile anche a motivazioni di natura strettamente economica, in quanto i due segmenti esprimono diversi livelli di redditività (par. 80).

6.2. In ordine al secondo profilo, riguardante le condotte d'impresa, il provvedimento riferisce che:

- SEN (e già precedentemente, Enel Servizio Elettrico – “ESE”) ha raccolto, a partire dal 2012, il c.d. consenso *privacy* prestato dai clienti per finalità commerciali e di *marketing*, richiedendo il consenso *marketing* ai clienti in maniera disgiunta per le società del Gruppo ENEL e per i terzi, “pur in assenza di qualsiasi obbligo normativo in tal senso di cui alla disciplina *privacy*” (par. 83);
- l’acquisizione dei consensi per il successivo ricontatto a fini commerciali, effettuata nei confronti dei clienti ESE/SEN tramite vari canali c.d. *inbound* (canale cartaceo attraverso la documentazione contrattuale, canale telefonico attraverso *vocal ordering* e canale *web* attraverso la compilazione di un apposito *form* presente sul sito *internet* di ESE/SEN) ha dato quindi vita a liste di contatti utilizzabili per la proposizione ai clienti di offerte di natura commerciale da parte delle società del gruppo, quindi *in primis* da parte di Enel Energia, e – in misura inferiore – da parte di operatori terzi: infatti SEN ha dichiarato che, in media, circa il 70% dei soggetti che rilasciano un consenso *privacy* per finalità di natura commerciale esprime il consenso al solo trattamento intragruppo, mentre il restante 30% esprime il consenso anche al trattamento da parte di terzi;
- fin dal 2012 le suddette liste “consensate” c.d. infragruppo, sono state cedute alla società collegata Enel Energia, a titolo oneroso (c.d. *permission marketing*), per la proposizione di offerte di vendita di energia elettrica sul mercato libero attraverso appositi contratti di noleggio di tali contatti;
- i contratti e le procedure operative interne relative all’utilizzo di tali dati prevedevano che EE accedesse ad un apposito *repository* creato da ESE/SEN, denominato *sharepoint*, nel quale quest’ultima società

faceva confluire (mensilmente, bimensilmente o trimestralmente) i nominativi e dati di contatto dei clienti tutelati "consensati", che poi EE poteva acquisire al proprio sistema c.d. *campaign* (dove confluiscono anche i dati di contatto relativi a soggetti "consensati" acquisiti direttamente dalla stessa EE o acquistati presso soggetti terzi – c.d. *list providers* -), al fine di utilizzarli per proporre offerte commerciali di mercato libero: i contatti erano utilizzabili per un periodo di due anni a partire dalla data di consegna degli stessi;

- EE ha acquisito da ESE/SEN le liste di contatti tra il 2012 e il 2015, mentre, pur in presenza di contratti sottoscritti anche per il 2016 e 2017, EE non ne ha poi effettivamente richiesto il trasferimento, pur ristorando SEN dei costi sostenuti per la suddetta attività;

- all'inizio del 2017 EE stava ancora impiegando a fini di contatto commerciale i dati forniti da SEN relativi ai consensi acquisiti nel 2015 e pensava di richiedere con sollecitudine anche i dati relativi agli ultimi due anni (fino alla decisione di EE di chiudere il canale *teleselling outbound*, cui ha fatto seguito anche il blocco dell'acquisizione di dati di contatto da parte di SEN): "in particolare, in uno scambio *e-mail* tra rappresentanti dell'area Mercato Italia con oggetto "*Retail transformation: liste consensi SEN 2017*" di marzo 2017, si legge: "Il TLS *outbound* sta attualmente lavorando sui consensati 2015. I consensati del 2016 arriveranno tra fine Marzo/inizio Aprile (...). Per garantire il raggiungimento dei volumi addizionali previsti con il nuovo piano, il canale ha la necessità di utilizzare liste di valore e possibilmente con *redemption* più elevata delle liste terzi. Le liste SEN risultano particolarmente strategiche in questo nuovo scenario e considerato anche il lancio nei prossimi

giorni dell'offerta "Sempre con te" prevista anche sui canali telefonici. I partner di SEN stanno lavorando alla raccolta dei consensi 2017. (...). È stata condivisa l'opportunità di ricevere i consensi della nuova raccolta (2017) in tempi più rapidi. (...) riteniamo opportuno avviare al più presto le attività per la stipula del contratto in modo da avere tali contatti già a partire da Aprile" (par. 90);

- quanto al *pricing* applicato per la cessione dei nominativi, dal 2012 al 2015 il corrispettivo pagato da EE è stato pari a 1,2 euro/contatto, mentre il corrispettivo pattuito per il 2016 risultava pari a 6,4 euro/contatto e il prezzo per gli anni a seguire sarebbe stato maggiore;

- sebbene la decisione di chiudere il canale *teleselling outbound* da parte di EE (assunta nei primi mesi del 2017, di cessare la propria attività di *teleselling outbound* a far data dal 1° giugno 2017) avrebbe di lì a poco portato all'interruzione dell'acquisizione delle liste contatti SEN, da un documento ispettivo del marzo 2017 risulta che EE considerasse particolarmente importante l'utilizzo dei contatti delle liste SEN proprio "in funzione del mutato quadro strategico che ha portato alla revisione in corso del piano vendite con forte focalizzazione sul processo di liberalizzazione" per puntare al "massimo dell'efficacia per la strategia di prodotto e comunicazione sulla fine della Tutela", in particolare con l'obiettivo di "lavorare anche il 2017 con la Sempre con te" (par. 94);

- anche precedentemente al lancio dell'offerta "Sempre con te", Enel Energia ha proposto analoghe offerte specificamente dedicate alla clientela servita in maggior tutela attraverso l'utilizzo delle liste SEN, quale, a titolo esemplificativo, l'offerta c.d. "Energia pura casa

special”, “diretta alla clientela in maggior tutela”, che è stata proposta da settembre 2015 a maggio 2017 “attraverso il canale *teleselling outbound*, utilizzando le liste anagrafiche di clienti che avevano rilasciato il proprio consenso *privacy* intra-gruppo noleggiate da SEN” (par. 103).

Riguardo all’attività di cessione a terzi dei contatti derivanti dall’acquisizione dei consensi *privacy* dei clienti in MT, il provvedimento riferisce che sul sito *internet* di SEN è presente un avviso che informa anche i soggetti esterni al gruppo della possibilità di acquisire tali liste di contatti: l’unica società terza che abbia preso contatto SEN per l’acquisizione delle liste è stata la società Heracomm nell’anno 2016, pur avendo poi detta società rinunciato all’acquisto.

7. Osserva il Collegio che le risultanze istruttorie riportate nel provvedimento evidenziano che il Gruppo ENEL - sebbene, come riferisce la stessa Autorità, abbia creato distinte società deputate alla vendita di energia sul mercato libero e sul mercato della MT - ha continuato a godere sia di una osmosi informativa fra le società del gruppo, sia di una struttura sostanzialmente unitaria ai vari livelli, esclusi soltanto quelli meramente operativi, tali da rendere plausibile che le informazioni che venivano scambiate, le opzioni che venivano prospettate e gli obiettivi che venivano discussi a livello integrato, pur nelle diverse modalità (rappresentazioni *power point*, scambi di mail ecc.), rappresentassero l’espressione di una strategia unitaria del gruppo.

Dalle stesse risultanze istruttorie risulta che era obiettivo strategico del gruppo far acquisire a EE la clientela di SEN prima dell’entrata in vigore di provvedimenti normativi che disponessero di assegnare

mediante aste gli utenti che non avessero ancora effettuato l'*opt out* allo spirare del termine del regime di MT.

8. Ciò posto, l'attenzione dell'Autorità si è focalizzata principalmente sulla raccolta dei consensi *privacy*: ciò sia per ragioni cronologiche, essendo non contestato che l'inizio della suddetta attività possa farsi risalire al 2012, sia per anteriorità logico-giuridica, atteso che la raccolta disgiunta di consensi, rappresenterebbe l'*incipit* della complessa strategia escludente posta in essere.

8.1. Al par. III.1.3 l'Autorità si sofferma, in generale, sulla natura strategica dei dati di contatto della clientela tutelata elettrica con idoneo consenso ad essere contattata per finalità commerciali osservando che in Italia, a oltre un decennio dalla liberalizzazione del mercato *retail*, il servizio regolato di maggior tutela costituisce ancora la modalità prevalente di fornitura, in particolare per i clienti domestici. In proposito l'Autorità afferma: "Si registra segnatamente una generale resistenza ad abbandonare il regime regolamentato, sebbene con una linea di tendenza crescente a favore dei passaggi a ML negli ultimi anni. Secondo i dati diffusi dal regolatore di settore ARERA, nel 2017 ancora il 59% dei clienti domestici erano riforniti in maggior tutela, mentre tale percentuale è pari al 46% per i clienti *business* di piccole dimensioni (c.d. clienti "BT altri usi)". Secondo l'Autorità la natura di *asset* strategico dei dati di contatto della clientela tutelata deriverebbe dal fatto che la società che esercisce la maggior tutela elettrica è l'unica a disporre delle informazioni commerciali, tra cui i dati di contatto dell'insieme dei suoi clienti; quindi i dati sulla clientela elettrica in MT non sarebbero sostituibili con eventuali informazioni o liste su clientela potenziale, ottenute da

fonti terze, cui mancherebbe la profilazione come utenti elettrici in MT.

Con riguardo al Gruppo ENEL l'Autorità, dopo aver precisato che i dati di cui trattasi afferiscono all'anagrafica della persona interessata e ai recapiti di contatto, aggiunge: "Naturalmente, il dato contiene anche l'informazione implicita – e cruciale – relativa al fatto che si tratta di un cliente intestatario di una utenza elettrica che ha, con ogni probabilità, un contratto di fornitura in MT in essere con il gruppo Enel" (par. 85). In replica all'obiezione di SEN secondo cui non si tratterebbe unicamente di dati di propri clienti, in quanto è possibile, a titolo esemplificativo, che il consenso *privacy* venga rilasciato da un soggetto non cliente che abbia contattato il numero verde della società per ricevere informazioni, l'Autorità osserva: "questa casistica sembra tuttavia potersi ritenere quale oggettivamente residuale" (par. 86).

Secondo l'Autorità: "Rispetto a ogni altra lista di fonte terza reperibile sul mercato, infatti, la crucialità dei dati trasmessi da SEN per EE è data proprio dall'informazione aggiuntiva e "intrinseca" che un dato di contatto contenuto in tali liste è in grado di fornire, ovvero la circostanza che quell'utente è un cliente elettrico servito ancora in maggior tutela da parte del gruppo. Tale informazione consente di sviluppare nei confronti dei clienti ESE/SEN azioni commerciali mirate, tese all'acquisizione sul ML con Enel Energia prima che i clienti stessi escano dal regime tutelato a vantaggio di un diverso operatore sul ML...".

Dunque l'Autorità correla la strategicità delle liste SEN all'informazione implicita che esse conterrebbero anagrafiche di clienti serviti in MT da SEN e, contestualmente, alla possibilità che le

stesse avrebbero offerto ad EE, di proporre offerte dedicate ai clienti in MT in chiave anticoncorrenziale: i prezzi fuori mercato pagati da EE per le Liste SEN "del 2016 e del 2017" ne confermerebbero l'indispensabilità (par. 227).

8.2. La ricorrente censura la ricostruzione dell'Autorità, ritenendola non suffragata da elementi concreti e frutto di travisamento.

Obietta la ricorrente che, come ammesso dalla stessa Autorità, SEN non ha condiviso con EE il *database* dei clienti, né dati sensibili né volumi di informazioni relative a un intero mercato, ma ha raccolto modeste quantità di consensi di clienti propri o altrui e ha offerto a tutti gli interessati, a condizioni analoghe, solo dati anagrafici e di contatto dei consenzienti, in conformità alla volontà da essi liberamente espressa. A dire della ricorrente questa modalità sarebbe idonea a sterilizzare qualsiasi vantaggio competitivo, perché: chiunque può raccogliere dati per mezzo di richieste di informazioni individuali presso ciascun cliente; il numero di consensi raccolti è sempre una piccola parte rispetto ai soggetti cui lo stesso viene domandato; sono stati i soggetti consenzienti a scegliere con chi potessero essere condivisi i propri dati; prezzi e modalità di cessione sono stati uguali per tutti.

Si tratta, a parere del Collegio, di obiezioni solo in parte condivisibili.

8.3. E' vero che la raccolta dei consensi *privacy* da parte degli utenti a fini di future proposte di *marketing*, con richiesta differenziata a favore di società del gruppo ovvero a favore anche di terzi, non può ritenersi di per sé sola discriminatoria, rispondendo viceversa al diverso fine di consentire all'utente di esprimere le proprie preferenze nel modo il più possibile ampio; la circostanza che, nel caso di specie, soltanto il 30% degli utenti contattati abbia rilasciato il

consenso per futuri contatti anche da parte di società estranee al Gruppo ENEL conferma e non smentisce la ricostruzione che precede.

Non è significativa la circostanza che la raccolta disgiunta del consenso *marketing* sia stata condotta “pur in assenza di qualsiasi obbligo normativo in tal senso di cui alla disciplina *privacy*” (par. 83); ciò in quanto il gruppo ENEL non è nuovo a scelte imprenditoriali non imposte da precetti normativi, quali la separazione societaria per la vendita di energia in SMT e in ML (cfr. par. 57), che l’impugnata delibera, al par. 61, definisce “autonoma scelta di impresa non necessitata dalle norme primarie o regolamentari vigenti, apprezzabile in un’ottica pro concorrenziale”.

Ne discende che l’aver effettuato una scelta imprenditoriale non obbligata da disposizioni normative, non è di per sé sintomo di un intento anticoncorrenziale.

Risulta, altresì, pertinente la censura della ricorrente circa la contraddittorietà della tesi dell’AGCM rispetto a quanto dalla stessa sostenuto nel parallelo caso A513, in cui l’Autorità ha rimproverato ad Acea di aver raccolto il consenso *privacy* per finalità commerciali degli utenti del SMT a esclusivo vantaggio della stessa società e non anche a favore di terzi operatori concorrenti (v. par. 95 del provvedimento relativo al caso Acea - doc. 9 del fascicolo della ricorrente).

8.4. L’Autorità, tuttavia, lega la portata discriminatoria a un *quid pluris*, rappresentato dal progetto di cedere le liste in parola ad EE al fine di consentire a quest’ultima di presentare offerte dedicate ai clienti serviti in MT.

Ciò impone di verificare se e quando il Gruppo ENEL ha concretamente proposto sul mercato offerte dedicate ai clienti in SMT e con quali modalità.

Come già visto in precedenza l'unica offerta di EE dedicata agli utenti in SMT è stata "Sempre con te", lanciata il 20 marzo 2017. Si legge nel provvedimento al par. 97: "Secondo quanto emerso in istruttoria, tale proposta commerciale di Enel Energia specificamente dedicata ai clienti serviti in maggior tutela, sia domestici che piccoli *business*, offriva un anno di prezzo della componente energia bloccato alle condizioni previste per il cliente servito in maggior tutela al momento della sottoscrizione. L'offerta risulta eventualmente sottoscrivibile anche da clienti serviti in maggior tutela da società diverse da SEN, ... La proposta commerciale è stata sottoscrivibile a partire dal mese di marzo 2017...".

8.5. Si deve rilevare che correttamente l'Autorità ha ritenuto che le liste SEN fossero di portata strategica per EE per la formulazione dell'offerta in parola: ciò sia perché il valore strategico di tali anagrafiche emerge chiaramente dalle risultanze istruttorie di cui si dà conto nel provvedimento, sia in ragione della irreplicabilità delle stesse, essendo condivisibile la valutazione dell'Autorità secondo cui la casistica dei "consensati" non attinti dai clienti SEN, prospettata dalla ricorrente in sede procedimentale, sia da "ritenere quale oggettivamente residuale".

Non coglie nel segno neanche la censura secondo cui le liste SEN sarebbero state perfettamente replicabili atteso che, sebbene sia incontestabile, come afferma la ricorrente, che chiunque può raccogliere consensi, è indubbio che le liste SEN, al pari di quelle eventualmente predisposte da altri operatori che esercitano il SMT,

contengano l'implicita informazione aggiuntiva che la quasi totalità degli intervistati è servita in MT: il che rende particolarmente appetibili le liste in parola all'operatore che voglia contattare il cliente per proporgli di passare al ML.

Pertanto, appare condivisibile la valutazione effettuata dall'Autorità circa l'irrePLICABILITÀ delle liste SEN.

Né incide su tale prospettiva la circostanza che sul sito SEN fosse presente l'annuncio che pubblicizzava l'offerta delle liste di contatti e che SEN sia stata contattata da Heracomm nel 2016 (peraltro si è trattato di un solo operatore), interessata all'acquisto delle liste, salvo poi rinunciarvi avendo ritenuto preferibili altre liste presenti sul mercato.

In proposito il Collegio condivide l'osservazione dell'Autorità (par. 222) che l'informativa per la cessione delle liste a terzi "non ha certamente avuto la visibilità che ci si sarebbe attesi" qualora SEN avesse avuto quale finalità un genuino interesse commerciale. L'Autorità ha, infatti, evidenziato che l'attività di cessione dei dati non è stata pubblicizzata in alcun altro modo al fine di ampliarne la conoscibilità nei confronti della platea dei soggetti potenzialmente interessati ritenendo, dunque, che le modalità prescelte siano state del tutto insufficienti a consentire la conoscibilità dell'attività di raccolta e cessione dei contatti derivanti dai consensi *privacy* ai concorrenti di Enel Energia.

Inoltre non va trascurato che le liste di "consensati" a favore di terzi che SEN metteva a disposizione per la vendita era pur sempre riguardante soltanto il 30% del campione intervistato, il che spiega come l'eventuale acquirente, di fronte ad una lista, pur contente anagrafiche di clienti quasi sicuramente serviti in MT ma, comunque,

numericamente ridotta, abbia preferito rifornirsi altrove attingendo a liste più complete e, eventualmente, anche meno onerose.

Conclusivamente, i motivi II, III, IV e V, pur con le precisazioni che precedono riguardanti la valenza non discriminatoria *ex se* nella raccolta dei consensi *privacy*, devono essere respinti.

8.6. Tanto chiarito, la parte di interesse di tale offerta, ai fini del provvedimento impugnato, è quella attuata fra la data del lancio (20 marzo 2017) e il maggio 2017: a far data dal 1° giugno 2017 infatti è stato chiuso il canale di *teleselling outbound*, unico canale attraverso il quale EE poteva attingere alla anagrafiche SEN.

La ricorrente fa presente che la suddetta offerta è stata lanciata solo nel 2017 e che l'altra offerta, "Energia pura casa *special*" lanciata a settembre 2015, non era dedicata ai soli clienti in SMT, come erroneamente sostenuto dall'Autorità, bensì veniva proposta, a identiche condizioni, a diverse categorie di clienti, anche sul ML, attraverso una pluralità di canali. Quindi censura la ricostruzione dell'Autorità, che fa risalire l'inizio della presunta condotta abusiva al 2012.

Il Collegio ritiene che quest'ultima censura sia fondata.

Invero le evidenze istruttorie acquisite dall'Autorità, fatta eccezione per la raccolta dei consensi, si collocano tutte fra il 2015 e la prima metà del 2017: scambi di *mail* e rappresentazioni *Power point* sono databili in questo arco temporale, l'offerta "Sempre con te" è stata lanciata il 20 marzo 2017, l'offerta c.d. "Energia pura casa *special*" è stata proposta da settembre 2015 a maggio 2017, sempre attraverso il canale *teleselling outbound*, utilizzando le liste anagrafiche, noleggate da SEN, di clienti che avevano rilasciato il proprio consenso *privacy* intra-gruppo.

Non può attribuirsi rilevanza all'intrapresa della raccolta disgiunta dei consensi *privacy* a far data dal 2012, atteso che, ciò che nella ricostruzione dell'Autorità rende escludente e discriminatoria la condotta è il concreto utilizzo delle liste di "consensati" intra-gruppo al fine di proporre offerte dedicate ai clienti serviti in MT per favorirne il passaggio al ML. Tanto è possibile desumere anche dalle conclusioni cui AGCM è giunta nel provvedimento reso all'esito del coevo procedimento A512 in cui A2A è stata ritenuta esente da responsabilità in quanto, pur avendo raccolto i consensi *privacy* in modo differenziato, non ha poi utilizzato le anagrafiche in questione per attività di *marketing* sul ML (doc. 8 del fascicolo della ricorrente – parr. 156-168).

Le conclusioni che precedono sono poi corroborate da una considerazione ulteriore.

L'Autorità riconduce le ragioni della contestata strategia abusiva di traghettamento della clientela in SMT al ML al timore del Gruppo ENEL che le preannunciate modifiche legislative potessero privare il gruppo di una notevole fetta di mercato.

Il testo originario del D.D.L. Concorrenza è stato presentato il 3 aprile 2015 e stabiliva l'abrogazione della maggior tutela a partire dal 1° gennaio 2018 prevedendo l'adozione di misure di trasparenza genericamente volte a facilitare il superamento del SMT. Invece i meccanismi di "asta competitiva" sono stati introdotti per la prima volta nel testo approvato dal Senato in data 3 maggio 2017.

In proposito il Collegio rileva che la prospettiva concreta dell'abrogazione della maggior tutela a partire dal 1° gennaio 2018 e, quindi, di modifiche legislative potenzialmente pregiudizievoli per il gruppo è databile nel 2015 e non prima, in quanto, sebbene il

processo di liberalizzazione del mercato dell'energia fosse già in atto e la discussione fosse aperta, appare condivisibile la tesi della ricorrente secondo cui il gruppo non avrebbe avuto interesse, prima di tale data, a spostare la propria clientela dal SMT alla MT. Invero è la stessa Autorità a riconoscere che "si registra segnatamente una generale resistenza ad abbandonare il regime regolamentato" (par. 53) e che invece "la clientela passata al mercato libero con EE potrà essere successivamente contendibile da parte dei venditori concorrenti" (par. 244).

In altri termini, prima di tale data, sarebbe stato più vantaggioso per il Gruppo ENEL ampliare il proprio portafoglio clienti attingendo il più possibile dal bacino di clienti serviti da altri gestori, sia in ML sia in SMT, tenendo preservata dagli appetiti dei *competitors* la sua clientela in SMT, la quale, di per sé restia a lasciare la MT, a maggior ragione lo è a passare ad altri operatori. Viceversa, trahettandola spontaneamente al ML, seppur intra-gruppo, il Gruppo ENEL l'avrebbe resa più facilmente avvicicabile da altri gestori.

Per le considerazioni che precedono, e stante la totale assenza di evidenze istruttorie sia di attività di *marketing* di EE dedicate ai clienti serviti in MT prima del settembre 2015, sia di programmazioni strategiche o direttive intra-gruppo prima di tale data, risulta fondata la censura secondo cui il provvedimento non è adeguatamente motivato ed è fondato su una istruttoria del tutto assente, nella parte in cui fa risalire l'inizio della condotta abusiva al 2012.

Conclusivamente, in accoglimento dell'VIII motivo, il provvedimento impugnato deve essere annullato nella parte in cui data l'inizio della contestata condotta al gennaio 2012, atteso che, in base alle evidenze riportate dall'Autorità, la condotta può ritenersi

posta in essere nel periodo settembre 2015 – maggio 2017 ed è, quindi, di durata pari a un anno e nove mesi.

9. Ciò posto, la ricorrente obietta che l'offerta "Sempre con te", presentata attraverso il canale *teleselling outbound* si è rivelata di scarsissima utilità, tanto che dopo soli due mesi il canale è stato chiuso ed è stato abbandonato l'uso delle liste SEN; osserva che gli aderenti all'offerta "Sempre con te" contattati mediante le liste SEN sono stati in tutto appena 478, pari allo 0,002% circa degli utenti SEN e allo 0,001% circa delle utenze elettriche sui mercati interessati; più in generale, la ricorrente rappresenta che nell'intero periodo 2015 -maggio 2017, sempre mediante le liste SEN ma con offerte non dedicate ai clienti SMT, EE ha attivato in tutto 20.880 clienti, pari allo 0,1% circa dei clienti di SEN e allo 0,05% circa delle utenze elettriche sui mercati interessati.

Secondo la ricorrente ciò dimostrerebbe la contraddizione in cui sarebbe caduta l'Autorità laddove, invece, nel sostenere che la presunta acquisizione massiccia di clienti da SEN a EE sarebbe stata motivata dai paventati mutamenti legislativi, non considera che la condotta coerente con tale timore sarebbe stata quella di imprimere un'accelerazione improvvisa al trasferimento massiccio di clienti da SEN a EE, anziché abbandonarne il canale di possibile transito.

Si tratta di una censura neutrale ai fini che interessano.

Invero, il movente sotteso alla decisione di dare inizio all'offerta resta integro pur in presenza della constatazione *ex post* che le modalità prescelte non si sono rivelate idonee allo scopo. In altri termini, come predicato dalla giurisprudenza innanzi richiamata, si può ravvisare la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale laddove la combinazione degli elementi raccolti sia espressiva di un intento

escludente, da accertare indiziariamente come un *quid pluris* che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti, e ciò a prescindere dal concreto verificarsi degli effetti.

Viceversa la limitata durata e la scarsa rilevanza degli effetti può essere valorizzata, nel caso di specie, ai fini della valutazione della gravità della condotta. Se è vero che, per valutare la sussistenza dell'illecito, deve tenersi conto della sola idoneità della condotta a produrre potenziali distorsioni alla concorrenza, nel caso di specie non può sottacersi la circostanza che l'Autorità, sebbene parli genericamente di offerte dedicate, in realtà focalizza la sua attenzione esclusivamente sull'offerta "Sempre con te".

Invero, l'altra offerta, ossia "Energia pura casa *special*" - secondo l'Autorità "diretta alla clientela in maggior tutela", che è stata proposta da settembre 2015 a maggio 2017 "attraverso il canale *teleselling outbound*, utilizzando le liste anagrafiche di clienti che avevano rilasciato il proprio consenso *privacy* intra-gruppo noleggiate da SEN" – è menzionata soltanto al par. 103 e rappresenta un *obiter dictum*, il cui valore indiziario in punto di condotta anticoncorrenziale è contestato dalla ricorrente senza che l'Autorità replichi o si soffermi a smentirne gli assunti.

Il rilievo che precede, a parere del Collegio, dequota la gravità della condotta contestata la quale, per quanto emerge dalle risultanze istruttorie evidenziate nel provvedimento, risulta sostanzialmente circoscritta alla utilizzazione delle liste SEN per concepire l'offerta "Sempre con te", la quale comunque è rimasta attiva, attraverso il contestato canale *teleselling outbound*, soltanto per due mesi ed ha prodotto vantaggi limitati.

Di tanto sembra consapevole la stessa Autorità laddove, pur avendo qualificato "grave" la condotta, le ha poi correlato, in sede di quantificazione della sanzione, una percentuale dell'importo base individuata nello 0,5% del valore delle vendite; si tratta, a parere del Collegio, di una percentuale che, data l'estensione del possibile *range* fino al 30%, appare coerente con una sanzione ritenuta di gravità relativa data la portata limitata dei relativi effetti sul mercato.

Conclusivamente, pur con le precisazioni fin qui svolte in punto di gravità della condotta, il VII motivo deve essere respinto.

10. Devono essere esaminati i subordinati motivi IX e X con i quali la ricorrente contesta la quantificazione della sanzione, ritenendola esorbitante e fondata su parametri illegittimi: la presunta gravità della condotta, la presunta durata dell'abuso, il fatturato considerato.

I motivi sono fondati per quanto di ragione.

Quanto ai primi due parametri si deve rinviare alle considerazioni svolte ai punti che precedono.

Quanto al fatturato, la ricorrente lamenta che sia stato utilizzato, come base di calcolo, il fatturato rilevante realizzato da Enel nel 2017, senza tener conto che in tale anno la violazione si sarebbe protratta solo per 5 mesi, laddove l'Autorità avrebbe dovuto considerare il fatturato del 2016, ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione.

La censura è fondata alla stregua del punto 8 delle "Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90" contenute nella Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152. Nel caso di specie non è

revocabile in dubbio che l'ultimo anno intero in cui è stata posta in essere la condotta abusiva debba farsi coincidere con il 2016.

11. Conclusivamente, in accoglimento dei motivi IX e X, il provvedimento deve essere annullato nella parte in cui quantifica la sanzione, dovendo l'Autorità ricalcolare la sanzione secondo i parametri di seguito indicati:

- assumere il valore delle vendite dei servizi interessati realizzate dalle imprese Parti, ovvero il fatturato derivante dalla vendita di energia elettrica a clienti finali di piccole dimensioni domestici e non domestici (c.d. segmento *retail*) nei territori nei quali il Gruppo ENEL esercisce il servizio di distribuzione e vendita in regime di maggior tutela, ritraendolo dal fatturato dell'anno 2016;

- in funzione del grado di gravità della violazione, di cui al punto 11 delle citate Linee Guida, mantenere l'applicazione della percentuale dell'importo base sanzionatorio già individuata in misura pari allo 0,5% del valore delle vendite;

- moltiplicare l'ammontare così ottenuto per il numero di anni di partecipazione all'infrazione, alla stregua dei criteri definiti nel paragrafo 16 delle Linee Guida, tenuto conto che, nel caso di specie, la durata dell'infrazione è pari a anni 1 (uno) e mesi 9 (nove), per le ragioni esposte al precedente punto 8.6, pertanto calcolare l'importo-base utilizzando il fattore moltiplicativo di 1,75;

- mantenere l'applicazione, all'importo che ne risulta, di una riduzione dell'importo base della sanzione pari al 10%, in linea con quanto previsto al punto 23 delle Linee Guida, a titolo di specifica circostanza attenuante già riconosciuta al gruppo ENEL in ragione del programma di *compliance* (parr. 280 e 281 del provvedimento);

- confermando la discrezionalità esercitata al par. 282 del provvedimento e non oggetto di specifica contestazione, in applicazione del punto 34 delle Linee Guida, mantenere l'applicazione, all'importo finale che ne risulta, di un abbattimento percentuale pari al 62% (salvo dal fatturato 2016 non ne risulti una percentuale maggiore), già ritenuto idoneo ad "ottenere una sanzione commisurata a una ragionevole *proxy* dell'idoneità escludente della condotta contestata relativamente al segmento a mercato libero, abbattimento valutabile quindi in ragione del peso del fatturato originato dai servizi di vendita in regime di maggior tutela rispetto al fatturato complessivo".

Conclusivamente, per quanto precede, il ricorso deve essere accolto in parte e, per l'effetto la sanzione deve essere rideterminata alla stregua degli specifici parametri innanzi indicati.

12. Le spese del giudizio, in ragione dell'accoglimento parziale, possono essere compensate fra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla in parte l'impugnato provvedimento n. 27494 del 20 dicembre 2018, disponendo che l'AGCM ricalcoli la sanzione sulla base dei parametri specifici di cui al penultimo capo della motivazione.

Spese compensate fra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Laura Marzano

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO