

Pubblicato il 17/10/2019

N. 11957/2019 REG.PROV.COLL.
N. 02707/2019 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 2707 del 2019, proposto da Enel S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giulio Fazio, Marcello Clarich e Vincenzo Meli, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, viale Liegi, 32;

contro

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

Servizio Elettrico Nazionale 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;

per l'annullamento

a) del provvedimento adottato in data 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'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha (i) accertato che Enel S.p.A., Enel Servizio Elettrico S.p.A. 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;

b) di ogni altro provvedimento, atto o comportamento presupposto, consequenziale o comunque connesso, ivi incluso il provvedimento

dell'Autorità, adottato in data 8 novembre 2017, di rigetto degli impegni presentati da Enel S.p.A. ex art. 14 *ter* L. 287/1990, nonché previa disapplicazione o, ove occorrer possa, annullamento in parte *qua*, della delibera AGCM 24 maggio 2017, n. 26614 recante "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 Aiget, di Green Network S.p.A., di Gala S.p.A. in liquidazione e dell'Associazione Codici;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo n. 11590/2019;

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

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 e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe la Enel S.p.A. 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), Servizio Elettrico Nazionale S.p.A. (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 Green Network S.p.A., l'AGCM, l'Associazione Codici, AIGET ("Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader") e GALA S.p.A. in liquidazione.

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 nuova istanza cautelare, formulata con atto dell'8 luglio 2019, alla quale hanno resistito alcune delle parti costituite, è stata respinta con ordinanza n. 5344 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.

2. 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.

Completato l'*iter* istruttorio e respinta l'istanza di assunzione di impegni con 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 S.p.a., hanno 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.

3. La ricorrente ha impugnato il suddetto provvedimento formulando i seguenti motivi.

I. Vizi procedurali.

I.1. Violazione dell'art. 10, L. 287/1990, dell'art. 23, D.L. 201/2011 e degli artt. 3 e 2 del Regolamento sull'organizzazione e funzionamento dell'Autorità: il provvedimento sarebbe illegittimo in quanto adottato da un Collegio costituito da due soli membri e senza che fra questi figurasse il Presidente.

I.2. Violazione dell'art. 14 d.P.R. n. 217/1998; eccesso di potere per irragionevolezza, difetto di proporzionalità e di motivazione: sebbene con nota del 31 ottobre 2018, Enel avesse chiesto una brevissima proroga della data dell'audizione finale convocata per il 19 novembre 2018, onde consentire la partecipazione ad essa del proprio Responsabile dell'Unità Legal and Corporate Affairs, l'Autorità con nota del 12 novembre 2018 ha ritenuto di non accordarla, senza alcuna motivazione, confermando la data originaria per lo svolgimento dell'audizione finale. Ciò rappresenterebbe una violazione dei diritti della ricorrente.

I.3. Violazione dell'art. 6 *bis* L. 241/1990, degli artt. 4, 5 e 6 del codice etico dell'Autorità, dei principi di imparzialità e di contraddittorio; eccesso di potere per irragionevolezza: 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. Vizi sostanziali.

II.1. Violazione dell'art. 102 TFUE, dell'art. 14, L. 689/1981, dell'art. 14 L. 287/1990 e degli artt. 6 e 14 d.P.R. n. 217/1998; eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, illogicità, contraddittorietà e difetto di motivazione: insussistenza di una strategia di Gruppo.

II.1.1. Tanto nel provvedimento di avvio dell'istruttoria del 4 maggio 2017 (parr. 33-35 del provvedimento di avvio dell'istruttoria), quanto nella CRI, si sosteneva che il Gruppo ENEL avesse indebitamente sfruttato i vantaggi della propria integrazione verticale al fine di perseguire una "strategia di svuotamento" (par. 213, CRI) della *customer base* di SEN, operante nel segmento della maggior tutela, e suo conseguente traghettamento in EE, attiva nel segmento del mercato libero, mediante due tipologie di condotte delle quali Enel S.p.A. – in quanto controllante al 100% di SEN e EE – veniva "ritenuta corresponsabile delle condotte tenute dai soggetti giuridici operanti sul mercato della vendita di energia in MT e ML", poiché sussisterebbe "una vera e propria strategia di gruppo" (par. 261, CRI). Si tratterebbe di teorema inconsistente e indimostrato.

II.1.2. Il Provvedimento sarebbe illegittimo per violazione del principio di correlazione tra il fatto contestato e quello per la quale è irrogata la sanzione: le condotte accertate dal provvedimento sarebbero qualitativamente differenti rispetto a quelle oggetto della CRI e con riferimento alle quali Enel aveva articolato le proprie difese.

II.1.3. Sotto altro profilo, il provvedimento non dimostrerebbe l'esistenza di una presunta strategia di gruppo, quale essa sia, anche tenuto conto che i documenti richiamati dall'Autorità sarebbero tutti relativi agli anni 2016 e 2017, il che smentirebbe la durata della condotta come risalente al 2012.

II.1.4. Nel periodo compreso tra il 2012 e il 2017 – nel quale il provvedimento colloca il compimento della presunta strategia abusiva –, sussisteva tra tutti gli operatori del settore un elevato livello di incertezza in merito al quando e al *quomodo* della dissoluzione del regime della MT; quindi sarebbe fisiologico che detti operatori tentassero, da un lato, di prevedere come sarebbero cambiati gli scenari di mercato e, dall'altro, di contendere agli altri concorrenti nel ML il maggior numero di clienti in MT.

II.1.5. L'Autorità, in mancanza di altro supporto probatorio, avrebbe finito con il giudicare abusiva l'occasionale espressione di aspirazioni – collocabile tra il 2016 ed il 2017 - che non esulanerebbero dalla normale condotta di un'impresa commerciale, in un regime di libera concorrenza, che si trova di fronte ad un mutamento di sistema dai contorni e dalle prospettive incerti.

II.2. Violazione dell'art. 102 TFUE, dell'art. 1, comma 4, L. 287/1990 e dei principi UE in tema di *parent company liability*, eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di motivazione: non

sussisterebbero i presupposti per l'estensione della responsabilità a ENEL S.p.A.. Il provvedimento si connoterebbe per un gravissimo *deficit* motivazionale, non avendo considerato una parte rilevante delle argomentazioni addotte da Enel o, pur prendendovi posizione, lo avrebbe fatto in modo tautologico e, in realtà, senza formulare alcuna considerazione critica su dette difese.

4. Deve 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, come pure l'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 chiara 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 di concorrente dominante, ciò 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, Consiglio di 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).

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.

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

5.1. Le violazioni procedurali sono dedotte nel primo motivo.

La prima 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.

La censura è infondata.

Della questione si è già occupata ripetutamente la Sezione, la quale di recente ha chiarito che l'art. 10 della L. 287/90 prevede sì 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) ma nulla aggiunge sul numero minimo di componenti per assumere una decisione (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 26 settembre 2019, n. 11330). La giurisprudenza ha anche 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 relativo 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 regolanti 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).

5.1.1. Con la seconda censura la ricorrente sostiene che l'Autorità le avrebbe impedito la partecipazione all'Audizione finale, respingendo la richiesta di proroga della data dell'audizione finale, convocata per il 19 novembre 2018, formulata per consentire la partecipazione del

proprio Responsabile dell'Unità Legal and Corporate Affairs, indisponibile in quella data in considerazione della concomitanza con la già programmata riunione del Consiglio di Amministrazione di Enel S.p.A. a Milano. Tale mancata proroga avrebbe leso il diritto di Enel S.p.A. ad un pieno contraddittorio.

La censura è infondata atteso che l'impedimento alla partecipazione del Responsabile dell'Unità Legal and Corporate Affairs di Enel è dipesa dal suo preesistente impegno e non dall'Autorità, la quale aveva già differito l'Audizione finale per due volte, proprio a seguito di richieste del Gruppo ENEL ritenute meritevoli di accoglimento, perché realmente connesse all'esercizio dei diritti di difesa.

Peraltro la ricorrente ha liberamente scelto di non partecipare, laddove avrebbe potuto farsi rappresentare da un altro Dirigente ovvero dai consulenti legali esterni che l'hanno assistita nel corso dell'istruttoria. Invero, come fa rilevare la difesa erariale, Enel S.p.A. ha comunicato all'Autorità, con nota del 19 novembre 2018, di rinunciare a partecipare all'Audizione finale. In ogni caso la ricorrente neanche allega quale pregiudizio avrebbe in ipotesi sofferto dalla mancata partecipazione all'Audizione finale, tenuto conto che, come risulta dagli atti, ha sempre partecipato al procedimento costantemente rappresentando la propria posizione, sia dinanzi agli uffici sia dinanzi al Collegio.

5.1.2. La terza violazione riguarderebbe l'aver affidato la funzione di responsabile del procedimento, che si è occupato della complessiva istruttoria, 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 dall'esercizio dei propri compiti professionali 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, non avendo neanche allegato quale lesione essa avrebbe in ipotesi subito. A privare di efficacia la suddetta censura soccorre, altresì, il rilievo che, nel corso del procedimento né la ricorrente né le altre società del gruppo coinvolte, hanno mai eccepito alcunchè in proposito. Né rileva il fatto che il funzionario in questione 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 possesso particolare competenza sulla materia da parte del 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.

Conclusivamente non sussistono i denunciati vizi procedurali, pertanto il primo motivo deve essere integralmente respinto.

6. I vizi sostanziali sono dedotti con il secondo articolato motivo.

Nella prima parte del secondo motivo la ricorrente, in sintesi, contesta l'intera ricostruzione dell'Autorità circa l'esistenza di una "strategia di gruppo". Tale contestazione investe da una parte l'asserita divergenza della condotta contestata con il provvedimento di avvio del procedimento e con la CRI da quella poi effettivamente accertata e sanzionata e, dall'altra, l'inconsistenza delle argomentazioni con cui l'Autorità ha ritenuto esistente una vera strategia di gruppo.

6.1. La ricorrente evidenzia che, sia nel provvedimento di avvio dell'istruttoria del 4 maggio 2017 sia nella CRI, si sosteneva che il Gruppo ENEL avesse indebitamente sfruttato i vantaggi della propria integrazione verticale al fine di perseguire una "strategia di svuotamento" della *customer base* di SEN – operante nel segmento della maggior tutela e suo conseguente traghettamento in EE, attiva nel segmento del mercato libero - mediante due tipologie di condotte consistenti: nella raccolta, secondo modalità discriminatorie per i concorrenti, dei dati di contatto dei clienti in MT serviti da SEN e nella loro messa a disposizione di EE, che ne avrebbe fatto uso per predisporre offerte mirate e finalizzate ad ottenere il passaggio di detti clienti dalla MT al ML; nella condivisione dei punti vendita e del personale di SEN per la vendita di contratti di mercato libero di EE. Enel S.p.A., in quanto controllante al 100% di SEN e EE, veniva "ritenuta corresponsabile delle condotte tenute dai soggetti giuridici operanti sul mercato della vendita di energia in MT e ML", poiché

sussisterebbe “una vera e propria strategia di gruppo” (par. 261 della CRI) volta al descritto traghettamento dei clienti da SEN a EE.

A tal proposito, la CRI evidenziava come “pur a fronte di una formale separazione societaria tra ESE/SEN e EE, [...] le attività relative alla vendita di energia elettrica ai clienti *retail* [...] sono gestite in maniera unitaria” afferendo “tutte a una medesima Area, cd. “Mercato Italia”, comune per le due società” (par. 234 id.); pertanto, “la strategia unitaria [...] è resa possibile [...] per il fatto che la medesima persona fisica è a capo di entrambe le società e che medesimi soggetti [...] sono responsabili di funzioni aziendali afferenti sia al ML che alla MT (mentre una vera e propria distinzione tra le due attività diviene netta solo a livello di funzioni operative)”. Inoltre, “nell’ambito della struttura Mercato Italia sono istituzionalmente previsti regolari momenti di incontro”, che permetterebbero di discutere obiettivi strategici relativi all’acquisizione di clienti sul ML (par. 235 id.). Tale struttura, infatti, non consentirebbe di “escludere flussi informativi bidirezionali” tra EE e SEN, alla luce del fatto che “le Parti non hanno dimostrato in alcun modo” che detti flussi informativi si realizzerebbero esclusivamente da EE verso SEN (par. 236, CRI).

La ricorrente fa presente di aver evidenziato l’inconsistenza delle suddette conclusioni rappresentando: (i) che, nonostante l’assenza di obblighi in tal senso, il Gruppo Enel avesse deciso di separare l’attività di vendita, costituendo due distinte società, Enel Energia per la vendita nel ML e Enel Servizio Elettrico per la MT; (ii) che nel 2005, nel 2009, nel 2011 e nel 2016, Enel aveva spontaneamente adottato una serie di programmi di *compliance antitrust* volti ad effettuare una mappatura dei rischi esistenti e/o potenziali e a

prevenire e, se del caso, correggere eventuali profili di criticità; (iii) che il mero dato di fatto per il quale, all'interno delle due società EE e SEN Gruppo Enel, si sia giunti alla comunanza di Presidente del CDA e alla condivisione delle strutture gerarchiche (ad esclusione delle funzioni meramente operative), e sia presente uno strumento di condivisione, quale l'Area Mercato Italia, non sarebbe in grado, di per sé, di colorare di illiceità detta struttura in assenza di indizi gravi, precisi e concordanti sul fatto che la struttura sia stata piegata per conseguire un vantaggio illecito; (iv) che le asserite evidenze addotte dall'AGCM sarebbero prive di idoneità probatoria; (v) che la struttura cd. Mercato Italia non avrebbe permesso alcuno scambio di informazioni aventi ad oggetto le ipotizzate strategie abusive.

6.1.1. Ciò posto la ricorrente ravvisa una contraddizione intrinseca al provvedimento laddove: da una parte, in ordine alla condivisione degli spazi commerciali tra EE e SEN, conclude nel senso che "non è emerso alcun elemento concreto in grado di provare che [...] vi sia stato un passaggio illecito di informazioni ..." (par. 250 del provvedimento); dall'altra afferma, con riferimento all'uso da parte di EE delle liste SEN, che "le evidenze in atti confermano pienamente l'ipotesi istruttoria secondo cui il gruppo Enel [...] abbia posto in essere, attraverso la capogruppo Enel S.p.A. e le società controllate [...] una strategia commerciale/industriale omogenea [...] finalizzata a contrattualizzare [...] la base clienti servita in regime di maggior tutela" (parr. 215 e 216 id.) mediante la predisposizione da parte di ESE/SEN di elenchi di anagrafiche di clienti tutelati, contattabili per offerte commerciali in virtù del consenso *privacy* richiesto a favore della consorella EE con modalità discriminatorie dei terzi.

La ricorrente deduce che, essendo stata stralciata la condotta relativa alla condivisione degli spazi fisici, vi sarebbe difetto di correlazione tra la condotta contestata e quella sanzionata.

La contraddittorietà del provvedimento emergerebbe dal fatto che, a suo dire, nonostante l'AGCM si sforzi di limitare la validità dell'affermazione sull'assenza di prova dello scambio di informazioni alla sola condotta sulla condivisione degli spazi fisici, detta conclusione andrebbe ben oltre lo spazio argomentativo cui l'AGCM vorrebbe confinarla, finendo per travolgere l'intero impianto accusatorio che sorreggeva la CRI.

Né potrebbe obiettarsi che la strategia rilevata nel provvedimento, in quanto avente ad oggetto una delle condotte originariamente contestate, sarebbe solo una versione "ridotta" dell'iniziale ipotesi accusatoria.

In altri termini, a dispetto della verbosità del testo, risulterebbe carente proprio la descrizione di una condotta abusiva definibile come disegno strategico del gruppo verticalmente integrato finendo l'Autorità con il costruire l'edificio del presunto abuso su un pregiudizio, ossia che "la "colpa" di Enel sia di essere un gruppo integrato verticalmente" (così a pag. 20 del ricorso).

6.1.2. Secondo la ricorrente non risulterebbe dimostrata l'esistenza di una presunta strategia di gruppo, atteso che "le evidenze ispettive" valorizzate dall'Autorità altro non sono che i documenti richiamati in nota 215 del Provvedimento ed in particolare: a) il doc. 37.58. del fascicolo istruttorio (che si deposita come doc. 12), dal quale si evincerebbe come il gruppo Enel, contemporaneamente alle discussioni parlamentari sul superamento della MT – poi sfociate nel cd. D.D.L. Concorrenza –, stesse ragionando in ordine ai possibili

scenari di transizione al nuovo sistema, “mostrando preferenza per un modello definito “simil-gas”, ovvero con passaggio automatico della maggior tutela alla società collegata”; b) i doc. 37.2, 36.16, 37.18, 37.27, 37.36, 61 e 89.42 (che si depositano, rispettivamente, come docc. 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19), dai quali emergerebbe l’obiettivo “di far migrare i 21 milioni di clienti SEN in EE”.

La ricorrente osserva che si tratterebbe di documenti tutti riguardanti il 2016 ed il 2017 che smentirebbero che possa provarsi una strategia avviata fin dal 2012, come vorrebbe l’Autorità. I documenti sarebbero, comunque, inidonei a provare l’assunzione di una decisione, a livello di Gruppo, di porre in essere condotte anticompetitive, ma rivelerebbero piuttosto l’esistenza di un dibattito interno sui possibili scenari conseguenti all’abolizione della MT: si tratta, infatti, di esternazione di opinioni personali e di ragionamenti su futuri scenari che non sarebbero utili a provare una strategia di gruppo.

6.1.3. L’Autorità avrebbe mosso al Gruppo ENEL l’addebito di avere avuto l’intenzione di svuotare la *customer base* di SEN a vantaggio di EE, utilizzando a tal fine le liste contenenti i dati dei consumatori di SEN, senza tuttavia supportare documentalmente la tesi, né avrebbe offerto prova degli effetti che da detta strategia sarebbe lecito attendersi. Al contrario: la richiesta di un doppio consenso non sarebbe in contrasto con la normativa sulla *privacy*; le anagrafiche con i dati di contatto dei clienti SEN contenevano una percentuale irrisoria del bacino di consumatori di tale ultima società; il presunto abuso non avrebbe prodotto alcun effetto escludente, posto che, attraverso le riferite liste, EE ha acquisito 20.880 clienti in tutto, pari a circa un decimo delle acquisizioni ottenute mediante il

canale *teleselling outbound*, a meno dell'1% del totale dei clienti acquisiti da EE in tale periodo, allo 0,1% circa della clientela di SEN e allo 0,05% delle utenze elettriche sui mercati interessati; la quota di mercato di SEN, dal 2012 ad oggi, non ha subito significative riduzioni potenzialmente indicative di uno svuotamento abusivo del suo bacino di clienti.

6.2. Infine mancherebbero i presupposti per l'estensione della responsabilità a Enel S.p.A. atteso che l'Autorità non avrebbe correttamente valutato i programmi di *compliance antitrust*, spontaneamente adottati negli anni da Enel S.p.A..

Quindi non sarebbe corretto ritenere, come ha fatto l'Autorità, che Enel non avrebbe provato che "la riorganizzazione aziendale del 2014 l'avrebbe portata a dismettere ogni ruolo decisionale, affidato alle società operative" o che non sia stato provato il mutato ruolo assunto dalla *holding* nel quadro della riorganizzazione societaria avviata nel 2014, anche perché ciò rappresenterebbe una inversione dell'onere della prova.

D'altra parte, anche i "concreti elementi volti a testimoniare il diretto coinvolgimento di Enel S.p.A. nella strategia di gruppo" (par. 262 del provvedimento), si ridurrebbero, in realtà, ad un solo documento, ossia uno scambio di *mail*, risalente al 15 marzo 2016, nel quale si parla delle modalità con le quali il legislatore potrebbe giungere all'abolizione della MT, prendendo in esame "il modello gas" e il modello delle aste competitive, nel cui contesto si legge: "è evidente che per noi la soluzione migliore è quella simil gas ma ancora più evidente è che a mio avviso la nostra strategia dovrebbe consistere nel portarci il maggior numero di clienti sul mercato libero in attesa che si definisca il quadro normativo-regolatorio".

7. Le censure della ricorrente investono esclusivamente il profilo della inesistenza di una strategia di gruppo, estrapolando quest'unico aspetto della complessiva condotta analizzata dall'AGCM e sostanzialmente disinteressandosi degli altri profili.

E' dunque, 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, da ultimo con la legge sulla concorrenza, la definitiva liberalizzazione del mercato a partire dal prossimo 1° luglio 2019, termine poi posticipato al 1° luglio 2020, 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 (ML), cui, ancora oggi si affianca, per i clienti domestici e non domestici di minori dimensioni, un'offerta definita di "Maggior Tutela" (MT o SMT).

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

8.1. 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 (allora, 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 (per i clienti di minori dimensioni, 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 maggior tutela e la società che svolge l'attività di vendita sul mercato libero (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 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, a titolo esemplificativo, 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).

8.2. 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*” (*punto 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 intra-gruppo, mentre il restante 30% esprime il consenso anche al trattamento da parte di terzi;

- fin dal 2012 le suddette liste "consensate" c.d. intra-gruppo, sono state cedute a titolo oneroso (c.d. "*permission marketing*") alla società collegata Enel Energia 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 Enel Energia 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 Enel Energia 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;

- Enel Energia 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 ha poi effettivamente richiesto il trasferimento delle liste contatti acquisiti da SEN negli ultimi due anni, benché la società abbia comunque ristorato SEN dei costi sostenuti per l'attività di acquisizione consensi in tali annualità;

- 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 la società di ML 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 consensi 2015. I consensi 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 contatti fornite da 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 contatti con ESE/SEN per l'acquisizione delle liste è stata la società Heracomm nell'anno 2016, contatti che non hanno poi avuto esito positivo per rinuncia da parte di quest'ultima. Sul punto l'Autorità (par. 222) peraltro rileva 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.

9. Deve premettersi che, per principio pacifico, in relazione ai provvedimenti dell'AGCM il giudice amministrativo esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: egli pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dalla detta autorità sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate (di recente: Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2019, n. 4180).

Dunque lo scrutinio delle censure in esame non può che essere condotto entro i limiti del descritto 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" (Cassazione, SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013; Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334 e, più di recente, 21 marzo 2018, n. 1821).

La stessa giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il sindacato del giudice, che ha carattere intrinseco, deve essere ritenuto comprensivo anche del riesame delle valutazioni tecniche operate dall'Autorità nonché dei principi economici e dei concetti giuridici indeterminati applicati (Cons. Stato, Sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 595 e 8 febbraio 2007, n. 515). È tuttavia incontestato che, ove la legittimità dell'azione amministrativa ed il corretto uso delle sottostanti regole tecniche siano stati accertati, il controllo giudiziale non può andare oltre, al fine di sostituire la valutazione del giudice a quella già effettuata dall'Amministrazione, la quale rimane l'unica attributaria del potere esercitato (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 3 giugno 2019, n. 7123; id. 24 ottobre 2010, n. 31278; Cons. Stato, Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864).

10. Tanto chiarito il Collegio osserva che la condotta analizzata nel provvedimento è ben più complessa di quell'unico segmento su cui si sofferma la ricorrente, ossia il venir meno della condotta, inizialmente ipotizzata, relativa alla condivisione dei punti fisici che, a dire della ricorrente, farebbe cadere l'intera architettura del provvedimento, confinandolo nella contraddittorietà e nel difetto di motivazione.

Il fatto che non siano risultate evidenze sufficienti a sostenere che "vi sia stato un passaggio illecito di informazioni afferenti alla

clientela gestita in maggior tutela finalizzato all'acquisizione della stessa sul mercato libero, ovvero ulteriore comportamento in grado, abusivamente, di promuovere passaggi di utenti ESE/SEN a contratti di Enel Energia" relativamente alla condivisione degli spazi fisici, non significa, come pretenderebbe la ricorrente, che non ci siano evidenze circa l'esistenza di una diffusa permeabilità informativa in ordine alla politica aziendale da attuare per neutralizzare gli effetti dei possibili provvedimenti legislativi in vista della cessazione del regime tutelato.

Diversamente da quanto sostiene la ricorrente, le risultanze istruttorie riportate nel provvedimento evidenziano che il gruppo ENEL ha continuato a godere sia di una osmosi informativa intra-gruppo, sia di una struttura unitaria, quanto meno ai vertici, tali da rendere credibile che le informazioni che venivano scambiate e le opzioni che venivano prospettate 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 emerge 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.

Non può essere seguita la tesi della ricorrente, secondo cui i documenti richiamati dall'Autorità conterrebbero semplici opinioni personali; infatti, la ricorrente non allega una plausibile spiegazione del perché, in un determinato periodo storico, concomitante con la discussione parlamentare circa le possibili evoluzioni normative in punto di cessazione del SMT, un numero significativo di operatori ai

vari livelli nel Gruppo ENEL avessero la stessa opinione e propendessero unanimemente per l'opportunità di seguire una certa politica aziendale: far transitare in modo massiccio il maggior numero di clienti SEN a EE, utilizzando a tal fine le anagrafiche SEN ritenute essenziali.

Che all'interno del gruppo si ragionasse sui possibili scenari futuri è comprensibile; ciò che non risulta spiegabile, se non con l'esistenza di una chiara strategia di gruppo, è la singolare convergenza di opinioni in ordine alla necessità di incrementare la descritta attività di "traghettaggio" della clientela SEN "prima che arrivi l'Autorità".

Del pari non coglie nel segno la tesi secondo cui un solo documento attesterebbe il coinvolgimento della capogruppo; la prospettazione della ricorrente, infatti, è la risultante della non condivisibile e non corretta estrapolazione di singoli elementi da un contesto complesso, nel quale la condotta accertata risulta il frutto di una concatenazione di molteplici fattori.

Osserva il Collegio che l'operazione di "destrutturazione" del provvedimento impugnato che emerge dal ricorso muove in direzione contraria ai principi predicati dalla giurisprudenza in *subjecta materia*, laddove ha precisato 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, n. 7175/2019 cit.).

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.

11. Tenendo presente il surriportato criterio guida, devono analizzarsi i fattori su cui poggia il provvedimento.

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 di consensi differenziati con intento asseritamente discriminatorio, rappresenterebbe l'*incipit* della complessa strategia escludente posta in essere.

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).

12. Osserva il Collegio che in ricorso non sono svolte censure in proposito e, sebbene sia condivisibile l'obiezione della ricorrente, peraltro solo accennata, per cui la raccolta disgiunta dei consensi *privacy* non sarebbe di per sé discriminatoria, tuttavia l'Autorità lega la portata discriminatoria a un *quid pluris*, rappresentato dalla cessione delle liste in parola ad EE al fine di consentire a quest'ultima di presentare offerte dedicate ai clienti serviti in MT.

Dalle evidenze documentali, da una parte emerge che della suddetta opzione di *marketing* si parlava nelle riunioni e negli scambi di *mail*, anzi a partire dal 2015 se ne sollecitava l'accelerazione, dall'altra risulta che, in effetti, EE ha proposto sul mercato offerte dedicate agli utenti serviti in SMT utilizzando le liste di anagrafiche SEN più corpose, in quanto contenenti i nominativi dei "consensati" intra-gruppo, sebbene ciò sia avvenuto soltanto a partire dal settembre 2015.

Ciò posto, la ricorrente, pur avendo accennato all'erroneità della datazione dell'inizio della condotta a gennaio 2012 (contestazione che sarebbe fondata alla luce della documentazione in atti), non ha impugnato il provvedimento nella parte in cui determina l'entità della sanzione, né ha censurato le modalità di quantificazione della stessa e i parametri a tal fine utilizzati (tra cui la durata), con la conseguenza

che la suddetta contestazione resta neutrale nell'economia del presente giudizio, apparendo inammissibile per carenza di interesse.

Né rileva la circostanza, valorizzata dalla ricorrente, che gli effetti della contestata condotta sarebbero stati limitati, atteso che, come già detto, una volta appurata l'astratta idoneità della condotta ad alterare il normale svolgimento del gioco concorrenziale, non occorre anche che se ne verificino gli effetti concreti.

Conclusivamente il Collegio ritiene che non sussista la denunciata contraddittorietà del provvedimento e che la motivazione ivi espressa, in punto di sussistenza di una strategia di gruppo sia convincente, esaustiva e adeguatamente supportata da elementi istruttori.

13. Per ragioni analoghe a quelle espresse al punto che precede deve escludersi la fondatezza della censura, formulata nella seconda parte del secondo motivo, secondo cui mancherebbero i presupposti per l'estensione della responsabilità a Enel S.p.A. e che l'Autorità non avrebbe correttamente valutato le allegazioni istruttorie tese a dimostrare i programmi di *compliance antitrust*, spontaneamente adottati negli anni da Enel S.p.A..

L'acclarata esistenza di una strategia del Gruppo ENEL diretta a sfruttare la posizione dominante detenuta nel mercato della vendita *retail* di energia elettrica per alterare le dinamiche competitive del medesimo mercato in danno dei concorrenti, sterilizza l'eventuale utilità dei programmi di *compliance antitrust*.

La motivazione del provvedimento sul punto, a parere del Collegio, è coerente.

Invero l'Autorità ha motivato la responsabilità di Enel S.p.A. non tanto in ragione della presunzione semplice in tema di c.d. *parent*

company liability, quanto in forza dell'esistenza di una strategia di gruppo volta al conseguimento dell'obiettivo di "spostare" quanti più clienti possibile dalla società operante in maggior tutela (SEN) alla società del mercato libero (EE), segnatamente nel momento in cui è emerso il definito superamento dello regime di MT con il passaggio verso il nuovo sistema completamente liberalizzato.

L'intervenuto accertamento dell'esistenza di una strategia di gruppo escludente rende recessiva ogni considerazione in ordine all'eventuale utilità della riorganizzazione aziendale posta in essere da Enel dal 2014, che l'avrebbe portata a dismettere ogni ruolo decisionale, affidandolo da lì in avanti alle società operative.

Non coglie nel segno la censura secondo cui l'Autorità avrebbe finito col determinare una illegittima inversione dell'onere della prova, atteso che, come già visto, la motivazione è chiara. Nel provvedimento infatti si legge che "il coinvolgimento della *holding* nel caso di specie non viene ricondotto al mero operare della presunzione derivante dal controllo totalitario, in quanto come visto sussistono concreti elementi volti a testimoniare il diretto coinvolgimento di Enel S.p.A. nella strategia di gruppo di cui alle contestazioni mosse mediante il presente provvedimento".

Conclusivamente, per tutte le suesposte considerazioni, il ricorso deve essere respinto.

15. Le spese del giudizio possono essere compensate fra tutte le parti in consolidazione della complessità della questione trattata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

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