



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 20 dicembre 2018;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTO il Regolamento n. 1/2003 del Consiglio europeo del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato istitutivo della Comunità Europea (oggi articoli 101 e 102 del TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modifiche;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE");

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTE le segnalazioni ricevute;

VISTO il proprio provvedimento n. 26581 adottato in data 4 maggio 2017, con cui è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90 nei confronti delle società Enel S.p.a., capogruppo dell'omonimo gruppo societario, e delle sue controllate Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. e Enel Energia S.p.a., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 TFUE;

VISTE le istanze di partecipazione al procedimento presentate, rispettivamente, in data 15 maggio 2017 dalle società Axpo Italia S.p.a. e Gala S.p.a., 16 maggio 2017 dalla società E.JA S.p.a., 14 giugno 2017 dalla società Eni S.p.a. e 23 maggio 2017 dall'associazione di consumatori CODICI ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera b), del D.P.R. n. 217/98;

VISTA la propria delibera n. 26837 dell'8 novembre 2017, con la quale è stato disposto il rigetto degli impegni presentati da Enel S.p.a., Servizio

Elettrico Nazionale S.p.a. e Enel Energia S.p.a., in considerazione della complessiva inidoneità degli impegni prospettati a far venire meno i possibili profili anticoncorrenziali individuati nella delibera di avvio dell'istruttoria e della sussistenza di un interesse dell'Autorità a procedere all'accertamento dell'infrazione;

VISTO il proprio provvedimento n. 27145 del 24 aprile 2018, con cui è stato prorogato al 31 ottobre 2018 il termine di conclusione del procedimento;

VISTA la comunicazione delle risultanze istruttorie e del termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori, inviata alle parti del procedimento in data 3 agosto 2018;

VISTO il proprio provvedimento n. 27299 dell'8 agosto 2018, con cui è stato prorogato al 15 novembre 2018 il termine di conclusione del procedimento;

VISTO il proprio provvedimento n. 27375 del 10 ottobre 2018, con cui è stato prorogato al 30 dicembre 2018 il termine di conclusione del procedimento;

VISTE le memorie finali presentate il 12 novembre 2018 da Axpo Italia S.p.a., E.JA S.p.a. e Gala S.p.a., il 14 novembre 2018 da AIGET, il 15 novembre 2018 da Enel S.p.a., Servizio Elettrico Nazionale S.p.a., Enel Energia S.p.a. e Green Network S.p.a. e il 16 novembre 2018 dall'associazione di consumatori CODICI;

SENTITI in audizione finale, in data 19 novembre 2018, i rappresentanti delle società Servizio Elettrico Nazionale S.p.a., Enel Energia S.p.a., Green Network S.p.a., Axpo Italia S.p.a., E.JA S.p.a., Gala S.p.a. e dell'associazione di categoria AIGET;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Enel S.p.a. (di seguito anche, "ENEL") è la società *holding* – quotata al mercato borsistico nazionale - a capo del gruppo Enel, attivo a livello mondiale nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale. In Italia, tra l'altro, il gruppo Enel è attivo nella distribuzione e nella vendita di energia elettrica. Il capitale sociale di ENEL è attualmente detenuto per il 23,6% dal

Ministero dell'Economia e Finanze e diffuso sul mercato per la restante parte. Nel 2017, il fatturato consolidato di Enel S.p.a. è stato pari a circa 72,7 miliardi di euro, di cui circa 27,9 miliardi realizzati in Italia.

2. Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. (già Enel Servizio Elettrico S.p.a.¹; di seguito anche, “Servizio Elettrico Nazionale” o “SEN”), interamente controllata da Enel S.p.a., è la società del gruppo Enel operante dal 1° gennaio 2008 nella vendita di energia elettrica ai clienti finali serviti in regime di maggior tutela. La società ha realizzato nel 2017 in Italia un fatturato pari a circa 9,3 miliardi di euro.

3. Enel Energia S.p.a. (di seguito anche, “Enel Energia” o “EE”) è una società del gruppo Enel attiva nella vendita di energia elettrica e gas ai clienti finali sul mercato libero, interamente controllata da Enel S.p.a.. Nel 2017 il fatturato realizzato da Enel Energia è stato pari a circa 12,2 miliardi di euro.

4. AIGET (“Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader”), parte del procedimento in qualità di soggetto segnalante, è l'associazione che riunisce più di 50 operatori grossisti di energia e trader in Italia, che ha tra i propri obiettivi quello della promozione della concorrenza e della trasparenza dei mercati energetici e della rappresentanza dei propri associati presso enti e istituzioni, nazionali, comunitari e internazionali, connessi al settore energetico, nonché di favorire lo sviluppo e la standardizzazione dei prodotti energetici primari e derivati e dei relativi mercati.

5. Green Network S.p.a. (di seguito anche, “Green Network” o “GN”), parte del procedimento in qualità di soggetto segnalante, è la società *holding* dell'omonimo gruppo attivo nella vendita di energia elettrica e gas ai clienti finali. La proprietà del gruppo Green Network, attivo dal 2003, è riconducibile a due soci fondatori.

6. ENI S.p.a. (“ENI”), parte del procedimento in qualità di terzo interveniente, è la società *holding* – quotata al mercato borsistico nazionale - a capo del gruppo ENI, attivo a livello mondiale nei settori dell'energia. Il capitale sociale di ENI è attualmente detenuto per il 26,4% da Cassa Depositi e Prestiti S.p.a., per il 3,9% dal Ministero dell'Economia e Finanze ed è diffuso sul mercato per la restante parte.

¹ Enel Servizio Elettrico S.p.a. (“ESE”) ha proceduto, a far data dal 1° gennaio 2017, a cambiare la propria denominazione, adottando quella di Servizio Elettrico Nazionale S.p.a., in ottemperanza agli obblighi di *brand unbundling* imposti dalla Del. ARERA (“Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente”) n. 296/2015 (cfr. *infra*).

7. Axpo Italia S.p.a. (“Axpo Italia” o anche solo, “Axpo”), parte del procedimento in qualità di terzo interveniente, è la società italiana dell’omonimo gruppo Axpo, con base in Svizzera e attivo in Europa nella produzione e vendita di energia elettrica e gas.

8. Gala S.p.a. (“Gala”), parte del procedimento in qualità di terzo interveniente, è una società operante in qualità di *trader* nei mercati della vendita di energia elettrica al dettaglio.

9. E.JA S.p.a. (“E.JA”), parte del procedimento in qualità di terzo interveniente, è una società operante in qualità di *trader* nei mercati della vendita di energia elettrica al dettaglio.

10. CODICI (“Centro per i Diritti del Cittadino”), parte del procedimento in qualità di terzo interveniente, è un’associazione di consumatori che ha la forma di organizzazione non lucrativa di utilità sociale (ONLUS), attiva sull’intero territorio nazionale e tesa alla promozione, all’attuazione e alla tutela degli interessi e dei diritti del cittadino consumatore e utente.

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

11. Con comunicazione del 28 aprile 2017², AIGET (“Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader”), segnalava 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 Enel Energia e Servizio Elettrico Nazionale, asseritamente finalizzati “*ad accelerare il processo di svuotamento del bacino di clienti ancora in maggior tutela in previsione della possibile applicazione di meccanismi pro-concorrenziali per l’erogazione di un servizio di salvaguardia ai clienti che non abbiano scelto un fornitore alla data di cessazione della maggior tutela*”. L’Associazione segnalante paventava, fra l’altro, l’utilizzo di informazioni commercialmente sensibili relative al titolare dell’utenza, di cui gli operatori integrati dispongono proprio in ragione della loro appartenenza a un medesimo gruppo societario che esercita anche in esclusiva la distribuzione e la vendita in maggior tutela.

12. L’associazione contestava a tal riguardo anche la natura discriminatoria della prassi - adottata dagli operatori della maggior tutela sia in fase di sottoscrizione di contratto sia in caso di registrazione alle piattaforme *on line* dedicate alla gestione del proprio contratto di fornitura - del richiedere ai clienti, attraverso due distinti passaggi, il rilascio del consenso al trattamento dei dati per finalità di *marketing* alle società del gruppo e alle società terze.

² Doc. 31.

In particolare, la richiesta del doppio e separato consenso avrebbe comportato una disparità di trattamento nei confronti dei terzi considerato che, il più delle volte, il cliente è indotto a ritenere che il rilascio del primo consenso sia necessario e funzionale alla gestione del rapporto in essere con il proprio fornitore e tende pertanto a fornirlo, negando invece quello rivolto ai soggetti esterni al gruppo.

13. Analoghe criticità sembravano emergere altresì da numerose segnalazioni di singoli consumatori giunte all’Autorità soprattutto a partire dalla seconda metà dell’anno 2016³, dalle quali si evincevano elementi in grado di costituire altrettanti indizi di una più ampia strategia posta in essere dal gruppo Enel, volta a far transitare il proprio parco clienti dal mercato tutelato al mercato libero, anche attraverso modalità che facevano leva sulle prerogative detenute in quanto esercente in esclusiva il servizio di maggior tutela⁴.

14. Green Network segnalava⁵, infine, più specificamente che, a partire dall’anno 2015 e soprattutto dalla seconda metà del 2016 in poi, Enel Energia, anche attraverso l’utilizzo di operatori di *teleselling* incaricati, avrebbe posto in essere una massiccia campagna volta a riacquisire clientela passata al suddetto operatore (c.d. *winback*) di carattere asseritamente anticoncorrenziale, in quanto svolta attraverso la veicolazione di informazioni errate e di carattere denigratorio nei confronti del medesimo concorrente ovvero con tempistiche di acquisizione dei clienti *ex-GN* compatibili unicamente con l’utilizzo di informazioni privilegiate nella disponibilità di altre società del gruppo⁶.

15. Sulla base del complesso delle denunce ricevute, l’Autorità, nell’adunanza del 4 maggio 2017, ha avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell’art. 14, della legge n. 287/90 nei confronti delle società Enel S.p.a., Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. e Enel Energia S.p.a., al fine di verificare

³ Docc. da 1 a 10, 13, da 16 a 28 e 30.

⁴ Rilevavano in particolare una serie di segnalazioni dalle quali emergevano, da parte di Enel Energia, condotte commerciali di acquisizione di clientela precedentemente servita in maggior tutela da Enel Servizio Elettrico/Servizio Elettrico Nazionale che sembravano presupporre un trasferimento da quest’ultima società di dati relativi a detta clientela. Apparivano altresì emergere elementi idonei a suffragare l’ipotesi che nella propria attività commerciale EE sfruttasse l’appartenenza al gruppo Enel - verticalmente integrato nei mercati della distribuzione e della maggior tutela - per far sottoscrivere proprie offerte di mercato libero, anche accreditandosi quale fornitore in grado di garantire una specifica, oggettiva e maggiore affidabilità industriale ovvero una maggiore convenienza economica rispetto ai propri concorrenti non integrati attivi nella sola vendita.

⁵ Con denuncia del 23 novembre 2016, successivamente più volte integrata (docc. 11, 15, 29).

⁶ La suddetta campagna di *winback* avrebbe altresì sfruttato la caratteristica di Enel Energia di appartenenza a un gruppo verticalmente integrato, veicolando ai clienti informazioni volte a far ritenere che si trattasse dello stesso soggetto distributore dell’energia, ovvero che il “tornare in Enel” garantisse un qualche vantaggio economico. Secondo le segnalazioni di GN, l’insieme di tali comportamenti aveva portato EE ad acquisire/riacquisire, nel solo 2016, più di 100.000 clienti di GN nel settore elettrico (peraltro con un tempo di permanenza notevolmente inferiore alla media - di circa 3 mesi - secondo GN compatibile solamente con un’attività di immediato e sistematico ricontatto del cliente nel momento della ricezione da parte di Enel della comunicazione di recesso). Nelle ultime segnalazioni, GN affermava che le condotte di EE oggetto di denuncia sarebbero state perduranti anche nei primi mesi dell’anno 2017.

se i comportamenti assunti dalle medesime configurassero una violazione dell'art. 102 del TFUE, nella specie di una articolata strategia escludente suscettibile di alterare le dinamiche concorrenziali nei mercati della vendita *retail* di energia elettrica a clienti finali domestici e non domestici, pregiudicando il processo di transizione in atto verso un'offerta di tali servizi completamente liberalizzata.

16. In data 11 maggio 2017 sono stati svolti accertamenti ispettivi, tanto presso le sedi delle società Parti del procedimento, quanto presso l'ulteriore società del gruppo Enel Italia S.r.l. e presso la società Mediatica S.p.a. – soggetto terzo *partner* commerciale di EE – al fine di acquisire documentazione a supporto dell'ipotesi istruttoria.

17. A seguito dell'avvio del procedimento, hanno richiesto la partecipazione al medesimo le società Axpo Italia (15 maggio 2017), Gala (15 maggio 2017), E.JA (16 maggio 2017) ed ENI (14 giugno 2017), nonché l'associazione di consumatori CODICI (23 maggio 2017)⁷. Tutti i soggetti istanti, con comunicazioni del 19 giugno 2017⁸, sono stati ammessi a partecipare.

18. Le Parti hanno più volte chiesto e ottenuto di esercitare il diritto di accesso alla documentazione del fascicolo non coperta da riservatezza.

19. In data 25 settembre 2017, a seguito della proroga del termine inizialmente previsto per l'11 agosto, Enel S.p.a., Servizio Elettrico Nazionale ed Enel Energia hanno presentato impegni⁹ ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, volti a rimuovere i profili anticoncorrenziali dell'infrazione contestata.

20. In particolare, gli impegni presentati dalle Parti consistevano in estrema sintesi: per Servizio Elettrico Nazionale, in misure volte ad assicurare maggiore separazione dei punti fisici di contatto diretti e indiretti con la clientela e in ulteriori misure comportamentali relative al trattamento delle informazioni commercialmente sensibili e alla gestione delle abilitazioni informatiche all'interno del gruppo, nonché in ulteriori impegni volti alla 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* (*cf. infra*); per Enel Energia, in misure speculari a quelle di SEN con riferimento ai punti fisici e alle ulteriori misure comportamentali in materia di accesso ai sistemi informativi, nonché nell'impegno ad astenersi *pro futuro* nelle proprie attività di *marketing* dall'utilizzo delle anagrafiche *privacy* di provenienza SEN; per Enel S.p.a., infine, in misure di chiusura, di controllo e garanzia circa l'effettiva implementazione degli impegni da parte delle due società controllate.

21. L'Autorità, con provvedimenti assunti nella riunione dell'8 novembre

⁷ Docc. 96, 97, 102, 109, 119.

⁸ Docc. da 127 a 131.

⁹ Docc. 178, 179 e 180.

2017, ha disposto il rigetto degli impegni presentati dalle Parti¹⁰, al contempo ritenendoli complessivamente inidonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria e manifestando altresì, in particolare nell'attuale fase di transizione del mercato nazionale della vendita al dettaglio di energia elettrica verso il definitivo superamento del regime di maggior tutela e completamento del processo di liberalizzazione, un interesse alla prosecuzione dell'accertamento istruttorio.

22. Le Parti e i terzi intervenienti che ne abbiano fatto richiesta sono stati sentiti in audizione dalla Direzione: Servizio Elettrico Nazionale il 26 luglio 2017 e il 12 febbraio 2018¹¹, Enel Energia il 26 luglio 2017 e il 14 febbraio 2018¹², Enel S.p.a. il 5 marzo 2018¹³, Green Network il 9 ottobre 2017¹⁴ e il 5 giugno 2018¹⁵, ENI il 20 ottobre 2017¹⁶ e AIGET il 23 ottobre 2017¹⁷. ENI, Green Network, Axpo Italia e AIGET hanno altresì prodotto ulteriori memorie e/o informazioni, da ultimo rispettivamente in data 10 gennaio 2018¹⁸, 13 luglio 2018¹⁹, 24 luglio 2018²⁰ e 2 ottobre 2018²¹.

23. Sono state inoltre richieste informazioni, oltre che in più occasioni alle Parti, a terzi soggetti ritenuti in grado di fornire elementi utili ai fini dell'istruttoria, e in particolare alla società Heracomm S.r.l., in data 19 ottobre 2017²², ad alcuni distributori elettrici attivi sul territorio nazionale - tra cui la società del gruppo e-distribuzione S.p.a. (28 novembre 2017, 1° dicembre 2017 e 7 marzo 2018²³), nonché le ulteriori società distributrici Inrete Distribuzione Energia S.p.a. (28 novembre e 1° dicembre 2017²⁴) e Ireti S.p.a. (28 novembre e 1° dicembre 2017²⁵) -, al regolatore di settore AEEGSI (oggi ARERA), il 18 dicembre 2017 e 7 giugno 2018²⁶, e infine ad alcune società di *teleselling* indicate da Green Network quali soggetti idonei a detenere informazioni utili ai fini dell'istruttoria, in data 11 giugno 2018²⁷.

24. In data 24 aprile 2018 (provv. n. 27145) è stata deliberata una prima proroga del termine di chiusura del procedimento, al 31 ottobre 2018, come

¹⁰ Cfr. docc. 208, 209 e 210.

¹¹ Docc. 157 e 260.

¹² Docc. 156 e 259.

¹³ Doc. 269.

¹⁴ Doc. 185.

¹⁵ Doc. 337.

¹⁶ Doc. 202.

¹⁷ Doc. 203.

¹⁸ Doc. 240.

¹⁹ Doc. 342.

²⁰ Doc. 356.

²¹ Doc. 472.

²² Doc. 195.

²³ Docc. 218, 226 e 268.

²⁴ Docc. 216 e 224.

²⁵ Docc. 217 e 225.

²⁶ Docc. 235 e 312.

²⁷ Docc. da 317 a 325.

comunicato alle Parti in data 3 maggio²⁸.

25. In data 22 giugno 2018, la società Enel Italia S.r.l. ha trasmesso, a ogni fine utile nell'ambito del procedimento, una relazione illustrativa del programma di *compliance antitrust* adottato da tutte le società del gruppo Enel attive nel perimetro Italia, incluse le società Enel S.p.a., Servizio Elettrico Nazionale ed Enel Energia²⁹.

26. In data 26 luglio 2018 l'Autorità, ai sensi dell'art. 14, comma 1, D.P.R. n. 217/1998, ha autorizzato l'invio alle Parti della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (di seguito, CRI) con contestuale fissazione, al 27 settembre 2018, sia del termine di conclusione della fase di acquisizione degli elementi probatori, sia della data di svolgimento dell'audizione delle Parti davanti al Collegio. La CRI è stata inviata alle Parti del procedimento il 3 agosto 2018³⁰.

27. L'8 agosto e il 10 ottobre 2018, su richiesta delle società del gruppo Enel, sono state deliberate (provv. n. 27299 e n. 27375) due ulteriori proroghe del termine di chiusura del procedimento, da ultimo fissato al 30 dicembre 2018. Tali proroghe sono state accordate al fine di consentire l'accesso a dati confidenziali contenuti nel fascicolo istruttorio (i.e. dati di *stock* e flussi di clientela in alcune aree del territorio nazionale acquisiti in atti) secondo la procedura di c.d. *data room*, ai fini del pieno esercizio del diritto di difesa e del contraddittorio. La procedura di *data room* si è svolta nei giorni 8 e 9 ottobre 2018³¹. Il termine di conclusione della fase di acquisizione degli elementi probatori, coincidente con la data di svolgimento dell'audizione davanti al Collegio, è stato conseguentemente spostato, da ultimo al 19 novembre 2018³².

28. Sono pervenute memorie finali il 12 novembre 2018 da Axpo Italia S.p.a., E.JA S.p.a. e Gala S.p.a., il 14 novembre 2018 da AIGET, il 15 novembre 2018 da Green Network S.p.a., Servizio Elettrico Nazionale S.p.a., Enel S.p.a. e Enel Energia S.p.a. e il 16 novembre 2018 dall'associazione di consumatori CODICI³³.

29. L'audizione finale davanti al Collegio si è svolta il 19 novembre 2018 alla presenza delle Parti che ne avevano fatto richiesta³⁴: le società Servizio Elettrico Nazionale, Enel Energia, Green Network, ENI, Axpo Italia, Gala ed E.JA, l'associazione di categoria AIGET e l'associazione di consumatori CODICI³⁵.

²⁸ Cfr. docc. da 277 a 284, 287 e 299.

²⁹ Doc. 336.

³⁰ Docc. da 383 a 392.

³¹ Cfr. verbale della procedura, doc. 489.

³² Docc. da 510 a 519.

³³ Rispettivamente docc. 525, 526, 527, 528, 531, 533, 534, 535 e 544.

³⁴ La società Enel S.p.a., pur avendo presentato istanza, con comunicazione del 19 novembre 2018 (doc. 556) ha successivamente informato della propria rinuncia a partecipare all'audizione finale. L'associazione di consumatori CODICI ha richiesto di presenziare alla medesima senza intervenire (doc. 544).

³⁵ Cfr. verbale dell'audizione finale, doc. 561.

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

30. I paragrafi che seguono - 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 2020³⁶ - analizzano le modalità, come esse emergono dall'attività istruttoria, con le quali il gruppo Enel ha organizzato e gestito, anche attraverso le condotte specifiche delle sue società controllate analizzate, l'attività di vendita *retail* di energia elettrica sul territorio italiano nell'ambito di detto contesto evolutivo.

III.1 IL PROCESSO DI LIBERALIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ DI VENDITA DELL'ENERGIA ELETTRICA IN ITALIA: I RISCHI CONCORRENZIALI

31. Ai fini del presente procedimento, rilevano lungo la filiera elettrica, a monte, i servizi di distribuzione e, a valle, i servizi della vendita al dettaglio a clienti finali di minori dimensioni, domestici e non domestici, allacciati alla rete in bassa tensione.

32. L'attività di distribuzione di energia elettrica consiste nel trasporto dell'energia dispacciata attraverso la rete di trasmissione nazionale dai punti di interconnessione con tale rete ai punti di prelievo nella titolarità dei clienti finali allacciati alla rete di distribuzione locale³⁷. L'attività di distribuzione è svolta sulla base di una concessione, rilasciata dal Ministero per lo Sviluppo Economico, comprendente uno o più comuni. Le vigenti concessioni, assentite a più soggetti sul territorio nazionale, scadranno il 31 dicembre 2030.

33. L'attività di vendita al dettaglio di energia elettrica consiste nella commercializzazione, fornitura e consegna dell'energia ai clienti finali allacciati alle reti di distribuzione. Si individuano diverse categorie di clienti finali, con riguardo ai volumi e ai profili di consumo, ai costi di commercializzazione, alla standardizzazione o meno delle condizioni di vendita, al diverso grado di mobilità e al rischio di morosità.

34. Sotto il profilo delle modalità di offerta, l'attività di vendita di energia elettrica rappresenta un'attività a libero mercato (ML). All'offerta di mercato, ancora oggi si affiancano altresì, per i clienti domestici e non domestici di minori dimensioni, un'offerta definita di "Maggior Tutela" (MT o SMT) con prezzo stabilito dal regolatore e i cui soggetti responsabili della

³⁶ Art. 3 del testo coordinato del decreto-legge 25 luglio 2018, n. 91 con la legge di conversione del 21 settembre 2018 n. 108.

³⁷ L'attività di distribuzione è in particolare definita, ai sensi del d.lgs. n. 79/1999, come "il trasporto e la trasformazione di energia elettrica su reti di distribuzione a media e bassa tensione per le consegne ai clienti finali".

fornitura sono individuati, *ope legis*, nei distributori localmente competenti (nella generalità dei casi il servizio è fornito da società collegate ai distributori locali, *cf. infra*), e, per quelli non domestici non aventi diritto alla maggior tutela, un'offerta di "salvaguardia", in cui i fornitori sono scelti tramite procedure di gara a evidenza pubblica su base territoriale³⁸.

35. Nel corso del 2017 il progressivo processo di liberalizzazione di matrice eurounitaria³⁹ ha interessato anche l'attività di vendita al dettaglio di energia elettrica. E infatti, dopo una lunga fase di gestazione parlamentare, la legge n. 124/2017 (c.d. legge sulla concorrenza), in coerenza con la natura transitoria del regime della maggior tutela, ne ha disposto l'abolizione a decorrere dal 1° luglio 2019⁴⁰. La stessa legge ha, altresì, rimesso all'ARERA l'adozione delle necessarie disposizioni per assicurare al momento della cessazione, ai clienti finali precedentemente riforniti in regime di maggior tutela, un servizio di salvaguardia, da organizzare mediante procedure concorsuali per aree territoriali e a condizioni che incentivino il passaggio al mercato libero (*cf. art. 1, comma 60*)⁴¹. Da ultimo, il c.d. decreto "mille proroghe" del settembre 2018 ha ulteriormente posticipato il termine per la fine della maggior tutela al 1° luglio 2020 (*cf. D.L. n. 91/2018, convertito in L. 108/2018 del 21 settembre u.s.*).

III.1.1 Il carattere progressivo dell'apertura del mercato della vendita in Italia e la natura del servizio "di maggior tutela" quale servizio pubblico transitorio

36. Nel presupposto che le caratteristiche del settore e il lungo periodo precedente di gestioni nazionalizzate potessero rendere difficoltosa una immediata esposizione al libero mercato dell'attività di vendita, la normativa

³⁸ Il servizio di salvaguardia è stato introdotto dall'art. 1, comma 4, del D.L. n. 73/2007.

³⁹ Attraverso l'adozione di tre successivi "pacchetti" di direttive tra il 1996 e il 2009 (Direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996; Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003; Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009). In ambito nazionale, dopo il d.lgs. n. 79/1999 (c.d. "Decreto Bersani") che, in recepimento della Direttiva 96/92/CE (c.d. "primo pacchetto energia"), ha avviato il processo di apertura al mercato del settore elettrico nazionale e le correzioni apportatevi dalla legge n. 239/2004 (c.d. "Legge Marzano"), sono intervenuti: il D.L. n. 73/2007 (convertito con legge n. 125/2007), di recepimento della Direttiva 2003/54/CE (c.d. "secondo pacchetto energia"), e il d.lgs. n. 93/2011, di recepimento della Direttiva 2009/72/CE (c.d. "terzo pacchetto energia").

⁴⁰ La legge sulla concorrenza è stata oggetto di un lungo *iter* parlamentare iniziato con la presentazione del relativo Disegno di Legge alla Camera dei Deputati il 3 aprile 2015 (D.d.L. n. 3012) e conclusosi con l'entrata in vigore, il 29 agosto 2017, della richiamata Legge n. 124/2017. Nel corso di tale percorso, la data di decorrenza della fine della maggior tutela è slittata da quella inizialmente fissata al 1° gennaio 2018 dal D.d.L. n. 3012 a quella del 1° luglio 2019, di cui al testo di legge approvato, termine infine ulteriormente slittato al 1° luglio 2020 (*cf. infra* nel testo).

⁴¹ L'art. 1, comma 68, della L. 124/2017 rimette a un decreto del Ministero dello Sviluppo Economico (previsto entro aprile 2018, ma che non è stato a oggi ancora emanato) la definizione delle "[...] misure necessarie a garantire la cessazione della disciplina transitoria dei prezzi di cui ai commi 59 e 60 e l'ingresso consapevole nel mercato dei clienti finali, secondo meccanismi che assicurino la concorrenza e la pluralità di fornitori e di offerte nel libero mercato".

eurounitaria e nazionale ha previsto un'evoluzione graduale del mercato, affinché gli utenti disponessero di un diritto concreto ed effettivo di scegliere il loro fornitore⁴².

37. In particolare, in una prima fase del processo di liberalizzazione, le norme nazionali hanno previsto solo per una platea ristretta di grandi clienti la qualifica di utenti c.d. “*idonei*” (vale a dire autorizzati a scegliere il proprio fornitore), gli altri clienti rimanendo inizialmente utenti c.d. “*vincolati*”, in quanto obbligati ad acquistare energia elettrica in un regime pienamente regolato, potendo essere riforniti solo dal distributore territorialmente competente⁴³, unico per ogni ambito locale⁴⁴. Il numero dei clienti vincolati è stato nel tempo gradualmente ridotto, mediante la progressiva attribuzione della qualifica alternativa di cliente idoneo a un numero crescente di utenti, inizialmente non domestici di grandi dimensioni, per poi essere estesa progressivamente a clienti non domestici sempre meno consumatori e, successivamente, essere attribuita anche ai clienti domestici o “*civili*”, riconosciuti “*idonei*” a partire dal 1° luglio 2007⁴⁵.

38. La logica della “*protezione*” dei clienti ritenuti meno capaci non si è esaurita, tuttavia, dopo il riconoscimento della qualifica di clienti idonei a tutti i consumatori di energia; con il D.L. n. 73/2007 (convertito in l. n. 125/2007) è stato istituito il servizio pubblico di tutela dei piccoli clienti che, pur avendo la possibilità di scegliere il proprio fornitore, decidano di non esercitare tale facoltà. Sia la normativa europea sia quella nazionale hanno, infatti, previsto che fosse comunque garantito a questi utenti un servizio universale, definito come “*il diritto alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili*”

⁴² Così il Considerando (20) della Direttiva 2003/54/CE: “*I clienti dell’energia elettrica dovrebbero poter scegliere liberamente il loro fornitore. Nondimeno sarebbe opportuno seguire un approccio graduale per completare il mercato interno dell’energia elettrica al fine di consentire alle imprese di adeguarsi e garantire che siano poste in essere misure e sistemi adeguati per proteggere gli interessi degli utenti, e far sì che essi dispongano di un diritto reale ed effettivo di scegliere il loro fornitore*”.

⁴³ “*Cliente vincolato è il cliente finale che, non rientrando nella categoria dei clienti idonei, è legittimato a stipulare contratti di fornitura esclusivamente con il distributore che esercita il servizio nell’area territoriale dove è localizzata l’utenza*” (d.lgs. 79/99, art. 2, comma 7).

⁴⁴ “*Al fine di razionalizzare la distribuzione dell’energia elettrica, è rilasciata una sola concessione di distribuzione per ambito comunale. [...]*” (d.lgs. 79/99, art. 9, comma 3). Il distributore, a sua volta, doveva approvvigionarsi di energia per la rivendita ai clienti vincolati esclusivamente ricorrendo a un unico fornitore (denominato “Acquirente Unico”) e non poteva decidere autonomamente il prezzo di vendita dell’energia elettrica ai clienti vincolati, dovendo applicare una tariffa unica valida a livello nazionale fissata dal regolatore di settore.

⁴⁵ In particolare, all’entrata in vigore del decreto Bersani, venne prevista la immediata attribuzione della qualifica di clienti idonei non solo a utenti intermediari (grossisti, distributori), ma anche a un primo gruppo di utenti finali molto grandi, che consumavano più di 30 GWh annui (d.lgs. n. 79/1999, art. 14, commi 1 e 2). Il Bersani specificava altresì le date per il successivo riconoscimento della medesima qualifica a clienti di dimensioni via via minori, ancorché sempre molto consistenti. Il medesimo articolo del decreto prevedeva infatti che dal 1° gennaio 2000 diventassero clienti idonei gli utenti che consumavano più di 20 GWh annui (comma 3) e dal 1° gennaio 2002 quelli che ne consumavano più di 9 (comma 4). Successivamente, la legge Marzano, in ciò riprendendo quanto già stabilito dalla seconda direttiva comunitaria, ha previsto che divenissero clienti idonei tutti gli utenti non domestici a partire dal 1° luglio 2004 e tutti i clienti finali, ivi inclusi i clienti domestici, a partire dal 1° luglio 2007.

e trasparenti”⁴⁶. E’ qui necessario sottolineare che la garanzia del servizio universale, detto anche di “*tutela*”, viene esplicitamente ricondotta in numerosi passaggi delle direttive e delle leggi di liberalizzazione del mercato elettrico al dettaglio allo svolgimento di un *servizio pubblico*, per ottemperare al quale gli operatori interessati vengono gravati di *obblighi corrispondenti*⁴⁷.

39. Il comma 3 dell’art. 1 del D.L. n. 73/2007 riassume tutte le caratteristiche salienti del servizio nazionale di tutela, ricondotto esplicitamente al servizio universale previsto dalla normativa comunitaria ed erogato, previo approvvigionamento di energia presso l’Acquirente Unico, unicamente dal distributore o da una sua società di vendita, in ottemperanza a obblighi di servizio pubblico: “*Per garantire le disposizioni comunitarie in materia di servizio universale, l’Autorità per l’energia elettrica e il gas indica condizioni standard di erogazione del servizio e definisce transitoriamente, in base ai costi effettivi del servizio, prezzi di riferimento per le forniture di energia elettrica ai clienti di cui al comma 2 [...], che le imprese di distribuzione o di vendita, nell’ambito degli obblighi di servizio pubblico, comprendono tra le proprie offerte commerciali*”⁴⁸. Infine, e sempre in aderenza al dettato europeo, la normativa nazionale di recepimento ha previsto l’automatica applicazione del servizio di maggior tutela anche in favore delle “*imprese connesse in bassa tensione, aventi meno di cinquanta dipendenti e un fatturato annuo non superiore a dieci milioni di euro*”⁴⁹.

40. Quanto alle condizioni generali di approvvigionamento e vendita di energia in maggior tutela, le linee fissate dal D.L. n. 73/2007 sono state

⁴⁶ Così l’art. 3, comma 3 della Dir. 2003/54/CE: “*Gli Stati membri provvedono affinché tutti i clienti civili e, se gli Stati membri lo ritengono necessario, le piccole imprese (vale a dire aventi meno di 50 dipendenti e un fatturato annuo o un totale di bilancio non superiore a 10 milioni di euro) usufruiscano nel rispettivo territorio del servizio universale, cioè del diritto alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili e trasparenti. Per garantire la fornitura del servizio universale, gli Stati membri possono designare un fornitore di ultima istanza [...]*”.

⁴⁷ La seconda direttiva elettrica (2003/54/CE), dopo aver fatto un riferimento analogo nel Cons. (24), definisce il perimetro e le modalità del servizio universale all’art. 3, recante “*Obblighi relativi al servizio pubblico e tutela dei consumatori*”, nel quale si consente, al comma 2, agli Stati membri, “*nell’interesse economico generale*” di “*imporre alle imprese che operano nel settore dell’energia elettrica obblighi relativi al servizio pubblico concernenti [...] la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture [...]*”. Ancor più esplicita è la terza direttiva (2009/72/CE), che al Cons. (42) parla espressamente, per clienti civili e piccole imprese, della necessità di “*beneficiare di garanzie relative al servizio pubblico*”, replicando le previsioni della precedente direttiva all’art. 3, anch’esso recante “*Obblighi relativi al servizio pubblico e tutela dei consumatori*”. E’ importante sottolineare, tuttavia, come sia la seconda che la terza direttiva, dopo aver previsto la possibilità di imporre obblighi di servizio pubblico per garantire la tutela dei consumatori, si preoccupino di specificare che tali disposizioni “*vengono attuate in maniera trasparente e non discriminatoria e non ostacolano l’apertura del mercato prevista dall’articolo [...]*” (Dir. 2003/54/CE, art. 3, comma 2; Dir. 2009/72/CE, art. 3, comma 3).

⁴⁸ Come sottolineato, la norma citata rimarca la natura transitoria del servizio di maggior tutela, evidenziando il carattere altrettanto transitorio della potestà tariffaria dell’Autorità di regolazione.

⁴⁹ Cfr. art. 1, comma 2, D.L. n. 73/2007. Per questa ragione, le imprese di MT distinguono, tipicamente, tra clienti domestici e non domestici, quest’ultimi denominati anche “BT altri usi” o “*micro/soho*”, dove *soho* è acronimo di “*small office/home office*”.

successivamente riprese dal d.lgs. n. 93/2011⁵⁰, di recepimento della Direttiva 2009/73/CE. In particolare, l'art. 35, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 93/2011, ha confermato il ruolo svolto dall'Acquirente Unico ("AU"), il quale approvvigiona la materia prima destinata ai clienti riforniti nell'ambito del servizio di MT. Sulla base dei relativi costi di approvvigionamento, viene definito mensilmente un prezzo medio dell'energia (c.d. prezzo di cessione) che viene poi trasferito alle imprese di vendita dei distributori locali, esercenti la MT, secondo le direttive dell'Autorità di regolazione di settore.

41. Il regolatore fissa in particolare, con cadenza trimestrale, il prezzo che i clienti del mercato tutelato devono corrispondere all'esercente la maggior tutela in termini di materia prima energia, trasporto, gestione del contatore e oneri di sistema, al netto delle imposte. Il regolatore stabilisce altresì periodicamente una componente che i clienti "tutelati" devono corrispondere per coprire i costi sostenuti dagli esercenti la maggior tutela per svolgere le attività di gestione commerciale della clientela⁵¹.

42. In conclusione, per quanto qui più rileva, il SMT costituisce un servizio pubblico di durata transitoria per il cui assolvimento sono stati, *ope legis*, incaricati i distributori (o società di vendita da questi indicate). Tale servizio, predisposto per i piccoli clienti che non intendano scegliere autonomamente il proprio fornitore sul ML, prevede: (i) un unico fornitore per ogni ambito locale (*i.e.* il distributore o la società dallo stesso incaricata); (ii) l'obbligo per gli esercenti la MT di approvvigionarsi di energia dall'Acquirente Unico che, a sua volta, deve cedere loro l'energia nel rispetto delle direttive dell'Autorità di regolazione; (iii) l'obbligo agli esercenti la MT di rivendere dell'energia al prezzo unico nazionale stabilito dall'Autorità di regolazione in base ai costi effettivi del servizio⁵².

III.1.2 I rischi concorrenziali derivanti dalla presenza di venditori integrati nella distribuzione

43. In questo contesto regolamentare appare evidente il rischio, nella delicata fase di liberalizzazione del mercato *retail*, che i gruppi energetici integrati nell'intera filiera elettrica e, in particolare, nei mercati della distribuzione e della vendita al dettaglio, possano sfruttare tale integrazione per favorire la

⁵⁰ Decreto Legislativo 1° giugno 2011, n. 93, cit..

⁵¹ Tale componente (c.d. "PCV" - Prezzo Commercializzazione e Vendita) è parametrata a un livello corrispondente ai costi medi attribuibili alle imprese di vendita che operano nel mercato libero e si applica in misura fissa (euro/anno). Di tale componente corrisposta dalla clientela tutelata, tuttavia, solo una parte va effettivamente a remunerare gli esercenti la MT (c.d. componente "RCV" - Remunerazione Commercializzazione e Vendita) per i costi di commercializzazione da questi sostenuti, mentre la parte restante rappresenta una voce di compensazione a credito, in bolletta, per tutti i clienti del mercato elettrico, tanto in MT, quanto con contratto di ML (componente c.d. "DispBT"). Più precisamente, la "DispBT" è una componente della tariffa di dispacciamento, si applica in misura fissa (euro/anno) a credito del cliente e, per le utenze residenziali, anche all'energia consumata (euro/kWh).

⁵² Cfr. il richiamato art. 1, comma 3, D.L. n. 73/2007, sul punto confermato dal d.lgs. n. 93/2011.

propria società di vendita, ostacolando la concorrenza nel mercato interno dell'energia elettrica. Il Legislatore eurounitario ha per primo introdotto misure regolamentari *ex ante* volte a sterilizzare o comunque minimizzare detto rischio, le quali sono state assunte anche a livello nazionale mediante la normativa di recepimento.

i. I principi euro-unitari di separazione societaria fra attività in esclusiva e a libero mercato e gli obblighi funzionali a evitare alterazioni della concorrenza sul mercato della vendita

44. La prima misura prevista è consistita nell'imposizione alle società di distribuzione dell'obbligo di separare, “*quantomeno sotto il profilo della forma giuridica*”, l'attività di distribuzione da quella di vendita, introdotto dall'art. 15 della Direttiva 2003/54/CE⁵³.

45. La Direttiva 2009/72/CE ha successivamente rafforzato gli obblighi di separazione imposti alle società di distribuzione di energia elettrica che siano parte di un gruppo verticalmente integrato, al fine specifico di impedire il trasferimento di vantaggi concorrenziali derivanti dalla gestione di infrastrutture essenziali per lo sviluppo del mercato elettrico alla società di vendita del gruppo di appartenenza⁵⁴. Sono quindi stati previsti in capo ai soggetti distributori: (a) obblighi di c.d. separazione funzionale, diretti a distinguere nettamente l'ambito dell'attività di distribuzione in monopolio rispetto a quelle di vendita, integrandoli, altresì, con l'imposizione dell'obbligo per le società di distribuzione di separare le proprie politiche di marchio e di comunicazione rispetto a quelle della società consorella operante nella fornitura di energia elettrica, qualora esse siano idonee a creare nel pubblico confusione tra l'identità del distributore e quella del venditore verticalmente integrati (art. 26, comma 3, c.d. obbligo di *brand unbundling* o “*debranding*”) e (b) obblighi sul trattamento di informazioni commercialmente sensibili. L'art. 27 della Direttiva, al fine di prevenire il rischio di indebiti trasferimenti di vantaggi informativi tra imprese integrate, ha infatti confermato l'obbligo, per le imprese di distribuzione, di “*riservatezza sulle informazioni commercialmente sensibili acquisite nel corso della sua attività*”, integrandolo con l'obbligo per il distributore “*di impedire che le informazioni concernenti le proprie attività, che potrebbero essere commercialmente vantaggiose, vengano divulgate in modo discriminatorio*”⁵⁵.

⁵³ L'obbligo della sola separazione societaria tra attività di distribuzione e di vendita di energia elettrica è stato poi ribadito dall'art. 26 della Direttiva 2009/54/CE e dall'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 93/2011 di recepimento.

⁵⁴ Cfr. Considerando (26) della Direttiva 2009/72/CE, cit..

⁵⁵ Di cui già all'art. 12 della prima Direttiva di liberalizzazione 96/92/CE e poi all'art. 16 della successiva 2003/54/CE.

ii. *Le misure previste nell'ordinamento interno*

- *La separazione societaria fra attività di distribuzione e attività di vendita*

46. Il principio generale di separazione societaria di cui alla Direttiva 2003/54/CE è stato attuato nell'ordinamento interno dal D.L. n. 73/2007, che ha imposto alle società di distribuzione, le cui reti alimentassero almeno 100.000 clienti, di garantire lo svolgimento dell'attività di vendita di energia elettrica in regime di separazione societaria. Nessun obbligo di separazione societaria è stato, invece, previsto, né a livello europeo né nazionale, fra lo svolgimento dell'attività di esercente il servizio di maggior tutela e quella di venditore di energia elettrica sul mercato libero.

- *La separazione del marchio e delle politiche di comunicazione (c.d. brand unbundling) fra attività regolate e a libero mercato e l'applicabilità in Italia al rapporto fra attività di fornitura in maggior tutela e attività di vendita a libero mercato*

47. Con il d.lgs. n. 93/2011 il Legislatore nazionale ha recepito, fra le altre, la Direttiva 2009/72/CE⁵⁶, introducendo i principi di separazione funzionale cui deve conformarsi il soggetto distributore integrato nella vendita ivi contenuti, esplicitamente evidenziandone la necessità come derivante dal rischio che i vantaggi dell'integrazione potessero alterare la concorrenza⁵⁷. Inoltre, in quella sede il legislatore nazionale ha esteso l'obbligo di separazione del marchio e delle politiche di comunicazione anche al rapporto tra l'attività di vendita di energia elettrica sul mercato libero e quella in regime di maggior tutela, indipendentemente dal fatto che tali due attività siano svolte in regime di separazione societaria o nell'ambito dello stesso soggetto giuridico. Del resto, la peculiarità della disciplina italiana, che prevede per il distributore la possibilità di assicurare il servizio di maggior tutela attraverso apposite società di vendita ha fatto sì che nella maggior parte dei casi non sia direttamente il distributore a fornire alla clientela finale il servizio pubblico – regolato – di MT; ciò ha reso necessario declinare la necessità di evitare rischi confusori anche con specifico riguardo alle due modalità di vendita nel mercato *retail*, a pena di vanificare la *ratio* della disciplina comunitaria. La gestione della maggior tutela, poi, ad eccezione del gruppo Enel (che ha identificato due distinte società per la gestione della MT⁵⁸ e della vendita a ML⁵⁹), è svolta, in tutti gli altri casi, attraverso la medesima società che effettua la vendita nel libero mercato.

⁵⁶ Il termine entro cui gli Stati membri dovevano rendere vigenti le disposizioni della Direttiva era fissato al 3 marzo 2011. Si ricorda che l'Italia, il 26 febbraio 2015, è stata destinataria di una lettera della Commissione europea di costituzione in mora (*ex art. 258 TFUE*) per il non corretto recepimento della stessa Direttiva (e dell'omologa Direttiva gas 2009/73/CE) anche con riguardo alla mancata applicazione delle norme in materia di separazione del marchio tra distribuzione e vendita. La procedura si è conclusa il 29 settembre 2016.

⁵⁷ *Cfr.* art. 38, comma 2 e art. 41, d.lgs. n. 93/2011, *cit.*.

⁵⁸ Enel Servizio Elettrico S.p.a., ora Servizio Elettrico Nazionale S.p.a..

⁵⁹ Enel Energia S.p.a..

48. Le specifiche disposizioni regolamentari in materia di *unbundling* funzionale sono state poi adottate dal regolatore nazionale, in attuazione dei principi normativi, solo nel 2015, con la Delibera del 22 giugno 2015 n. 296/2015/r/com e il relativo allegato “A” (recante il c.d. “TIUF”, Testo Integrato *Unbundling* Funzionale), la quale ha emendato le precedenti disposizioni in materia disponendo una serie di obblighi, con diverse scadenze temporali, in materia di separazione del marchio, delle politiche di comunicazione e delle modalità di svolgimento delle attività commerciali, da applicarsi alle imprese di distribuzione di energia elettrica verticalmente integrate nel mercato a valle della vendita⁶⁰.

49. La Delibera n. 296/2015 è stata oggetto di contenziosi amministrativi che hanno determinato ulteriori ritardi nell’effettiva attuazione delle disposizioni in materia di c.d. *brand unbundling*. In particolare, le disposizioni ivi contenute sulla separazione degli spazi commerciali tra attività di vendita in MT e sul ML (*cf. infra*, art. 17 TIUF) sono state oggetto di una sospensiva risolta solo con la sentenza 27 novembre 2017, n. 5519, del Consiglio di Stato. Con detta sentenza, il giudice amministrativo ha definitivamente risolto il contenzioso avverso il TIUF incardinato dalle società del gruppo Enel, ritenendo infondata l’eccezione di incostituzionalità per eccesso di delega (in violazione dell’art. 76 Cost.) dell’estensione dell’obbligo di separazione funzionale al settore della vendita di energia elettrica tra MT e

⁶⁰ Escludendo i soli gestori di sistemi di distribuzione chiusi e i distributori che servano meno di 25.000 punti di prelievo, la Delibera ha previsto:

a) l’imposizione, con decorrenza dal 30 giugno 2016, ai *distributori integrati a valle* dell’obbligo di utilizzare in modo esclusivo il proprio marchio e tutti i propri segni distintivi, i quali non devono, altresì, contenere “*alcun elemento di tipo testuale o grafico che possa essere in alcun modo ricollegato alle attività di vendita di energia elettrica svolte dall’impresa verticalmente integrata o da altre imprese del gruppo societario di appartenenza e che possano ingenerare confusione per il pubblico*” (c.d. obbligo di *brand unbundling*). Il rischio di confusione per il pubblico viene identificato e definito come la situazione in cui “*da una valutazione globale relativa alla somiglianza visuale, auditiva o concettuale delle politiche di comunicazione, della denominazione sociale, del marchio, della ditta, dell’insegna o degli altri segni distintivi dell’impresa di distribuzione, il pubblico sia indotto a ritenere che essi siano ricollegabili alla stessa impresa verticalmente integrata o ad altre imprese del gruppo di appartenenza di questa*” (art. 17.3). La scadenza del 30 giugno 2017 era invece prevista per le imprese di distribuzione di minori dimensioni che non operano in regime di separazione societaria (reti con meno di 100.000 clienti allacciati);

b) l’imposizione, a partire dal 1° gennaio 2017, in capo alle imprese di distribuzione verticalmente integrate nella vendita, di svolgere le proprie attività commerciali tramite canali informativi, spazi fisici e personale distinti da quelli utilizzati per la corrispondente attività svolta dall’impresa di vendita verticalmente integrata o dalle altre imprese del gruppo a cui questa appartiene (art. 17.6);

c) l’estensione, a decorrere dal 1° gennaio 2017 (termine così come prorogato dalla Delibera ARERA del 22 giugno 2016, n. 327/2016/R/EEL) del medesimo obbligo di *brand unbundling* a carico delle imprese di vendita di energia elettrica che operano in MT e sul ML. Per le imprese che svolgono entrambe le attività di vendita nell’ambito del medesimo soggetto giuridico, pur vigendo l’obbligo di separazione del marchio, delle politiche di comunicazione, della denominazione sociale, del marchio, della ditta, dell’insegna e degli altri segni distintivi dell’impresa è, tuttavia, fatto salvo il “*rispetto dell’unicità dei segni distintivi dell’impresa*” (art. 17.7 e 17.8);

d) l’estensione, entro il medesimo termine, a carico delle imprese di vendita operanti in MT e sul ML dell’obbligo di svolgere le attività nei confronti dei clienti finali “*tramite l’utilizzo di canali informativi, di spazi fisici e di personale separati*”, indipendentemente dal fatto che tali attività siano svolte in regime di separazione societaria o con strutture separate nell’ambito dello stesso soggetto giuridico (art. 17.9).

ML, come pure l'eccezione di violazione del principio di proporzionalità⁶¹.

iii. Il trattamento delle informazioni commercialmente sensibili nell'ambito dei gruppi integrati

50. La previsione euro-unitaria relativa alla segregazione delle informazioni commercialmente sensibili, come anticipato, è stata recepita nell'ordinamento nazionale con l'art. 38 comma 2, lett. *b*), del d.lgs n. 93/2011. Con la richiamata norma, infatti, il Legislatore nazionale ha esteso l'obbligo di trattamento non discriminatorio delle informazioni commercialmente sensibili anche alle società di vendita che, in regime di separazione societaria o nell'ambito dello stesso soggetto giuridico, svolgano sia l'attività di esercente il SMT che di vendita di energia elettrica sul ML⁶².

51. Il regolatore di settore, in esecuzione della predetta competenza attribuitagli dal d.lgs. n. 93/2011, ha rafforzato le previgenti disposizioni in materia di riservatezza dei dati sensibili nella disponibilità del distributore prevedendo⁶³:

- a.* l'obbligo per il Gestore Indipendente del sistema di distribuzione di individuare, in modo chiaro, le informazioni commercialmente sensibili concernenti la sua attività tra le quali devono rientrare, “*in maniera non esclusiva*”, le informazioni elencate alle lettere da *a*) a *d*) dell'art. 18 TIUF che, in sostanza, attengono ai dati identificativi dei punti di prelievo (POD) e sulla morosità del cliente;
- b.* l'obbligo di garantire la riservatezza di tali informazioni nei confronti dell'impresa di vendita verticalmente integrata tramite: (*i*) la separazione delle banche dati relative all'attività di distribuzione dell'energia elettrica dalle banche dati dell'impresa verticalmente integrata e delle altre imprese del gruppo societario cui questa appartiene⁶⁴; (*ii*) consentendo l'accesso solo a soggetti autorizzati dal Gestore Indipendente e adeguatamente tracciato; (*iii*) prevedendo adeguate procedure aziendali definite dal Gestore Indipendente;

⁶¹ In particolare, il Consiglio di Stato ha respinto l'eccezione secondo cui “*la norma UE non darebbe poteri regolatori ai regolatori nazionali, rivolgendosi direttamente alle imprese [...]. Tale assunto è scorretto poiché la normativa stessa non lascia alle imprese spazi discrezionali di autoregolamentazione, ma si rivolge al legislatori nazionali e alle ANR [Autorità Nazionali di Regolazione, n.d.r.]*”.

⁶² Cfr. art. 41, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 93/2011: “[...] *Le informazioni concernenti ciascuna attività che potrebbero essere commercialmente vantaggiose, sono divulgate in modo non discriminatorio. Nel caso in cui una stessa società eserciti attività di vendita al mercato libero e al mercato tutelato, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas adotta i provvedimenti necessari affinché la stessa società non possa trarre vantaggio competitivo sia nei confronti dei clienti finali sia sotto il profilo delle valutazioni che la stessa Autorità effettua in materia di qualità del servizio, rispetto a un assetto societario in cui le due attività siano attribuite a società distinte appartenenti a uno stesso gruppo. L'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas vigila sul rispetto delle disposizioni di cui al presente comma*”.

⁶³ Cfr. art. 18 TIUF.

⁶⁴ Tale separazione deve essere realizzata “*tramite l'utilizzo di infrastrutture separate fisicamente o comunque separate con procedure di tipo logico tali da garantire un livello di segregazione equivalente a quello ottenibile con la separazione fisica*”.

- c. l'obbligo di garantire l'accesso non discriminatorio a questo tipo di informazioni da parte di soggetti terzi o dell'impresa di vendita verticalmente integrata mediante processi regolati e mettendole a disposizione tramite il Servizio Informativo Integrato (SII).

52. Avuto riguardo, infine, all'obbligo di trattamento non discriminatorio che il Legislatore nazionale ha imposto anche tra attività di vendita in regime di MT e sul ML, l'Autorità di regolazione ha stabilito il divieto di trasferimento tra le imprese o le strutture aziendali che, rispettivamente, svolgono il SMT e l'attività di vendita di energia elettrica sul ML delle informazioni commercialmente sensibili “*se non tramite procedure, stabilite dalla legge o dall'Autorità [ARERA, n.d.r.], che assicurino la [loro] riservatezza e la [loro] messa a disposizione non discriminatoria*”⁶⁵; queste procedure non sono state, a oggi, adottate.

III.1.3 La natura strategica dei dati di contatto della clientela tutelata elettrica con idoneo consenso ad essere contattata per finalità commerciali

53. In Italia, a oggi, a oltre un decennio dalla liberalizzazione del mercato *retail* (intesa come estensione a tutti gli utenti elettrici della qualifica di cliente idoneo), il servizio regolato di maggior tutela costituisce ancora la modalità prevalente di fornitura, in particolare per i clienti domestici. 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”)⁶⁶.

54. La natura di *asset* strategico dei dati di contatto della clientela tutelata emerge chiaramente da quanto sopra meglio descritto. E' infatti la società che esercisce la maggior tutela elettrica l'unica a disporre delle informazioni commerciali, tra cui i dati di contatto dell'insieme dei suoi clienti. Già allo stato attuale di apertura del mercato, ma ancor più in un mercato totalmente liberalizzato, tale bacino di clienti rappresenta l'ambito da cui tutti i fornitori mirano ad attingere per aumentare la propria quota nel mercato della vendita di energia elettrica. La possibilità per tutti i fornitori di avere accesso a tale clientela a parità di condizioni è, pertanto, cruciale per uno sviluppo del mercato *retail* elettrico realmente competitivo. Al riguardo, quindi, i dati sulla clientela elettrica in maggior tutela non sono sostituibili con eventuali informazioni/liste su clientela potenziale, ottenute da fonti terze, cui manca

⁶⁵ Cfr. art. 22 TIUF.

⁶⁶ Cfr. Rapporto ARERA 117/2018/1/COM, “Monitoraggio dei mercati della vendita al dettaglio dell'energia elettrica e del gas. Rapporto al Ministro dello Sviluppo Economico, ai sensi del comma 66, Articolo 1 della Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2017” del 1° marzo 2018, p. 24.

la profilazione come utenti elettrici in MT.

III.2 LE EVIDENZE ACQUISITE

55. Nella presente sezione viene fornita una ricostruzione del complesso degli elementi raccolti nel corso del procedimento in merito a: (i) le condotte delle società del gruppo Enel valutate in questa sede quali abusive, e nella specie escludenti dei concorrenti non integrati attivi nei mercati della vendita *retail* di energia elettrica ai clienti finali, domestici e non domestici; (ii) ulteriori comportamenti analizzati dei quali si valuta tuttavia che gli stessi non costituiscono fattispecie abusive, come meglio si dirà. Preliminarmente verranno illustrate, ai fini di inquadramento e comprensione delle strategie sottostanti le condotte, alcune evidenze relative all'organizzazione del gruppo Enel per lo svolgimento delle attività verticalmente integrate rilevanti ai fini del presente procedimento (distribuzione, ma soprattutto vendita in MT e vendita sul ML), nonché le evidenze emerse circa il posizionamento strategico (e unitario) di gruppo rispetto alla previsione – avanzata nel D.D.L. Concorrenza rimasto all'esame del Parlamento, come detto, più di due anni, fino alla sua approvazione in data 2 agosto 2017 – del superamento del regime di maggior tutela nel settore elettrico.

III.2.1 Il contesto organizzativo/industriale e strategico in cui si inseriscono le condotte delle società del gruppo Enel

a) L'assetto societario del gruppo Enel sui mercati interessati

56. Sin 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, come visto - ha creato un'apposita società che esercita l'attività di distribuzione (fino al 30 giugno 2016, denominata Enel Distribuzione S.p.a.); per il periodo in cui è esistita tale categoria di utenti, la società ha esercitato anche l'attività di vendita di energia ai clienti c.d. “vincolati” (*cf.* prec. § 37). Nel segmento della vendita, Enel Energia S.p.a., invece, dalla sua costituzione nel 2001 e fino al 31 dicembre 2002, ha svolto l'attività di vendita di energia elettrica a tutti i clienti c.d. “idonei”; successivamente, dal 1° gennaio 2003, la società ha svolto tale attività limitatamente ai clienti idonei con consumi inferiori ai 100 GWh/a (mentre quelli con consumi superiori a tale soglia erano riforniti dalla ulteriore società del gruppo Enel Trade).

57. In secondo luogo, dal 2008 - momento in cui, come visto, tutti i clienti, anche domestici, sono divenuti “idonei” ed è divenuto operativo il c.d. “regime di maggior tutela” per coloro che non operino la scelta espressa di un fornitore sul mercato libero (*cf.* prec. § 39) -, il gruppo ha creato un'ulteriore distinta società per svolgere l'attività di vendita in MT (allora,

Enel Servizio Elettrico S.p.a.), 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 (come detto, per i clienti di minori dimensioni, Enel Energia S.p.a.). In particolare, Enel Servizio Elettrico S.p.a. è stata operativa dal 1° gennaio 2008 come società separata per la vendita ai clienti in regime di maggior tutela, a partire dal conferimento da parte di Enel Distribuzione del ramo d'azienda dedicato all'attività di vendita ai clienti del mercato regolato (ovvero i clienti c.d. *ex* "vincolati", in precedenza serviti dal distributore stesso).

58. Successivamente, in ottemperanza agli obblighi di *brand unbundling* previsti dal d.lgs. n. 93/2011 (di recepimento della direttiva 2009/72/CE) e successivamente dettagliati dalla delibera n. 296/2015 del 22 giugno 2015 dell'ARERA, a far data dal 1° luglio 2016 la società di distribuzione del gruppo, Enel Distribuzione S.p.a., ha assunto la differente denominazione e-distribuzione S.p.a.; in un secondo momento, vale a dire dal 1° gennaio 2017, coerentemente con le diverse scadenze regolamentari, la società di vendita in regime di MT, Enel Servizio Elettrico S.p.a., ha assunto l'attuale denominazione Servizio Elettrico Nazionale S.p.a..

59. Quanto al numero di clienti finali serviti dalle due società attive nel settore della vendita di energia elettrica a livello *retail* nei territori in cui il gruppo Enel detiene la concessione di distribuzione, al 31 dicembre 2017 SEN serviva in maggior tutela circa *[omissis]** milioni di clienti, di cui circa *[omissis]* milioni domestici e circa *[omissis]* milioni non domestici, mentre Enel Energia alla medesima data serviva circa *[omissis]* milioni di clienti, di cui circa *[omissis]* milioni domestici e circa *[omissis]* milioni non domestici⁶⁷.

60. Tali clienti, serviti dalle due società del gruppo Enel attive nella vendita *retail* ai clienti domestici e non domestici e allacciati alla rete in bassa tensione di e-distribuzione S.p.a. – la quale corrisponde alla somma dei territori in cui la medesima società detiene la concessione di distribuzione – definiscono quote relative all'anno 2017 pari rispettivamente per SEN e EE, al *[60/65]%* e *[20/25]%* del totale di clienti domestici e *[45/50]%* e *[20/25]%* per i clienti non domestici, ovvero quote complessive per il gruppo Enel pari all' *[80/85]%* dei clienti domestici e *[70/75]%* dei non domestici allacciati alla rete di distribuzione gestita da e-distribuzione S.p.a.⁶⁸.

* Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

⁶⁷ Per EE, il dato relativo al numero di clienti non domestici è comprensivo anche dei soggetti non aventi diritto alla maggior tutela, in quanto la società e-distribuzione che ha fornito il dato ha dichiarato di non essere in grado di distinguere tra le due categorie (*cf.* docc. 248 e 273).

⁶⁸ Gli stessi dati consentono di calcolare anche le quote relative agli anni precedenti; in particolare, il gruppo Enel risulta aver complessivamente detenuto quote pari all'*[85/90]%* nel 2013, *[85/90]%* nel 2014, *[85/90]%* nel 2015 e *[85/90]%* nel 2016 per i clienti domestici, e pari al *[75/80]%* nel 2013, *[70/75]%* nel 2014, *[70/75]%* nel 2015 e *[70/75]%* nel 2016 per i clienti non domestici allacciati in bassa tensione.

b) *L'organizzazione dell'area "Mercato Italia"*

61. Premesso tale assetto societario, va sottolineato che, dal complesso delle evidenze raccolte, emerge la circostanza per cui, 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. Le principali funzioni aziendali afferiscono infatti, per entrambe le società, a un'unica unità organizzativa, c.d. area "Mercato Italia", per la quale solo ai livelli gerarchici inferiori - quindi spesso, di fatto, solo al livello delle mansioni prettamente operative - vengono individuate strutture distinte, una dedicata alla società che opera in maggior tutela e l'altra alla società che opera sul mercato libero.

62. Si consideri preliminarmente che l'attuale organizzazione interna del gruppo deriva da un più ampio processo di riorganizzazione a livello globale realizzata nel 2014⁶⁹, il quale ha comportato il passaggio da un modello essenzialmente basato sulle sole linee di *business* - caratterizzato da una forte centralizzazione in capo alla *holding* italiana - a un modello a matrice dove le linee di business interagiscono, a livello globale, con le singole *Countries*/divisioni geografiche, in un'ottica di maggiore decentramento e ottimizzazione dei costi.

63. Più in dettaglio, per quel che concerne le attività a livello italiano, il responsabile della c.d. "Country Italy" è un riporto diretto dell'Amministratore Delegato del gruppo e cura gli interessi degli azionisti a livello nazionale; in particolare, secondo le disposizioni organizzative acquisite in atti e le informazioni apprese, gli azionisti assegnano al responsabile della *Country Italy* un obiettivo di *budget* complessivo, che poi il medesimo decide come realizzare valorizzando le attività delle singole linee di *business* in Italia.

64. All'interno della *Country Italy*, per le attività di vendita di energia elettrica sul territorio nazionale è competente la suddetta area "Mercato Italia", alla quale afferiscono tutte le attività del gruppo di fornitura ai clienti di energia nel perimetro nazionale, sia in maggior tutela che sul mercato libero. Nell'ambito della *Country Italy*, il responsabile dell'area Mercato riporta direttamente al *Country Manager*. Va evidenziato altresì che, a livello societario, il responsabile dell'area Mercato ricopre la carica di Presidente tanto di Enel Energia S.p.a. che di Servizio Elettrico Nazionale S.p.a.⁷⁰.

⁶⁹ Per questa sezione *cfr.* docc. 244 e 269.

⁷⁰ Secondo le dichiarazioni della capogruppo Enel S.p.a. nel corso dell'istruttoria, i consigli di amministrazione di entrambe le società sarebbero restati in carica solo fino all'approvazione del bilancio 2017 (*cfr.* doc. 271).

65. Si noti che – come anticipato - per alcune funzioni aziendali l’organigramma dell’area Mercato Italia è commisto per tutti i livelli di responsabilità, che quindi sono condivisi tra EE e SEN, mentre solo all’ultimo livello (il quarto o quinto scendendo lungo la scala gerarchica), per le funzioni operative, vi è la distinzione tra le due distinte tipologie di fornitura, MT o ML⁷¹.

66. Le società hanno comunque dichiarato che le unità organizzative dedicate rispettivamente al mercato libero e al servizio di maggior tutela sono popolate da distinti dipendenti di ciascuna di esse, cui vengono assegnate abilitazioni informatiche per l’accesso ai sistemi in ragione delle attività da questi effettivamente svolte nel relativo mercato di competenza, senza quindi alcun accesso congiunto alle informazioni sensibili.

67. Va sottolineato che, peraltro, tale organizzazione interna permette 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), dove vi era quantomeno una chiara distinzione fra attività di vendita e *marketing*, da un lato, e attività gestionali, dall’altro. Per quel che concerneva queste ultime, collocate nell’ambito dell’unità organizzativa di “*Customer Service*”, vi era poi una netta separazione fra attività gestionali inerenti al mercato libero e attività gestionali inerenti al servizio di maggior tutela. Oggi si è mantenuta la distinzione tra attività di vendita e *marketing*, da un lato, e attività gestionali, dall’altro, sebbene la distinzione MT/ML sia scalata a un livello organizzativo inferiore rispetto a quanto avveniva nel modello precedente⁷².

68. Le evidenze istruttorie hanno altresì consentito di appurare l’esistenza di un rilevante grado di osmosi informativa tra le società SEN e EE.

69. A titolo meramente esemplificativo gli elementi emersi evidenziano come il responsabile dell’area Mercato Italia, che, come già sottolineato, corrisponde al Presidente del Consiglio di Amministrazione tanto di SEN

⁷¹ In particolare, secondo quanto emerso nel corso del procedimento, sono funzioni condivise tra SEN e EE quelle che il gruppo qualifica come “gestionali”, ovvero le funzioni c.d. COs (“*Customer Operations*”) e la funzione c.d. PPQM (“*Planning, Performance and Quality Management*”), mentre le unità aziendali di *marketing/commerciali* sono afferenti societariamente alla sola Enel Energia (non essendo previste analoghe funzioni aziendali per SEN).

⁷² Il gruppo Enel risulta essere consapevole della potenziale criticità concorrenziale di una articolazione interna commista; a titolo esemplificativo, in un documento ispettivo contenente uno scambio *e-mail* di maggio 2016 - in cui la funzione *antitrust* del gruppo rende un parere rispetto a una proposta di modifica dell’assetto organizzativo dell’area Mercato Italia - si legge: “*evidenziamo che esiste un generale obbligo antitrust che impone di garantire la netta segregazione delle informazioni afferenti i clienti serviti in maggior tutela rispetto a quelli serviti sul mercato libero. Quest’obbligo chiaramente non è accompagnato da una puntuale previsione circa il livello organizzativo “adeguato” e in grado di garantire tale segregazione. E’ tuttavia evidente che abbassando il livello organizzativo al quale si effettua la separazione fra i due mercati, aumenta il rischio che la stessa organizzazione possa essere considerata come non adeguata rispetto all’obiettivo (infatti, ciò determina l’incremento del numero delle persone che hanno simultaneo accesso ad entrambe le banche dati peraltro con mansioni sempre più operative). Peraltro, già a suo tempo, (...) avevamo evidenziato che l’attuale organizzazione dell’area Mercato scalava di due livelli organizzativi, rispetto a quella precedente, la separazione fra i due mercati*” (cfr. doc. 37.61).

quanto di EE, sia solito indire degli *staff meeting* mensili, i quali – a detta delle Parti - hanno come obiettivo quello di aggiornare il responsabile medesimo sulle principali attività svolte da tutte le unità a suo rapporto, afferenti quindi sia a SEN che a EE⁷³.

70. Solo dall'ottobre 2016 in poi, è stata introdotta una sintetica verbalizzazione dei temi trattati nell'ambito delle suddette riunioni; le società hanno fornito copia dei verbali redatti fino a novembre 2017, dai quali si evince che nei medesimi vengono trattati anche temi afferenti agli obiettivi strategici di Enel Energia. A titolo esemplificativo, nel verbale dello Staff Meeting dell'11 aprile 2017 si legge: *[omissis]*⁷⁴.

71. 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*”⁷⁵.

c) I contratti di servizio tra ESE/SEN e EE

72. All'interno del gruppo, la menzionata commistione di strutture organizzative che svolgono attività per entrambe le società (SEN ed EE) si traduce nella circostanza per cui sono le strutture della società di vendita in maggior tutela a svolgere anche attività per la società di vendita sul mercato libero. Tale rapporto viene quindi disciplinato, soprattutto a fini di separazione della rendicontazione contabile, attraverso appositi “contratti di servizio” annuali tra SEN (o precedentemente, ESE) e EE, acquisiti – nelle versioni più recenti, dal 2012 – agli atti del procedimento⁷⁶. Il contratto di prestazione di servizi da parte di SEN in favore di EE regola quindi sotto il profilo economico tutte le attività che SEN, attraverso proprio personale e *asset*, svolge per conto di EE⁷⁷.

73. Il contratto di servizio in vigore prevede corrispettivi annuali da EE a SEN per un ammontare complessivo di circa *[omissis]* milioni di euro. Tra le

⁷³ Cfr. doc. 266.

⁷⁴ Cfr. medesimo doc. 266.

⁷⁵ Doc. 61.

⁷⁶ Cfr. docc. 37.12, 44.23, 44.29, 84.8 e 262.

⁷⁷ Per questa sezione cfr. doc. 267.

attività svolte dalla società esercente la maggior tutela per la società operante sul libero nell'ambito di tale contratto, rientrano quelle che vengono definite "attività di indirizzo e coordinamento delle funzioni trasversali" (ovvero le attività proprie delle strutture organizzative che si è detto essere condivise), la gestione c.d. post-contrattuale della clientela, e l'attività per EE svolta all'interno dei c.d. "Punti Enel", ovvero i punti di contatto/negozi del gruppo sul territorio (*cf. infra*).

74. Le società hanno dichiarato di aver impostato la valorizzazione delle prestazioni ricomprese nel contratto di servizio sulla base delle vigenti norme regolamentari in materia di c.d. *Unbundling* Contabile⁷⁸; in particolare, il TIUC prevede che le transazioni *intercompany* avvengano nel rispetto del principio di libera concorrenza tra le parti o al "valore normale", ossia "il prezzo che sarebbe stato concordato tra imprese indipendenti per operazioni identiche o similari a condizioni similari o identiche nel libero mercato". In applicazione di tale principio, ad esempio, nell'ambito dei Punti Enel di proprietà (o "diretti"), le attività svolte da personale SEN a favore di EE sono remunerate sulla base dei medesimi corrispettivi che EE riconosce nell'ambito dei cc.dd. Punti Enel "indiretti", ovvero gestiti da partner commerciali esterni al gruppo⁷⁹.

75. A livello di dotazioni di personale, infine, dalle informazioni acquisite è emerso che su *[omissis]* dipendenti afferenti all'area Mercato Italia, *[omissis]* risultano dipendenti di Enel Energia e *[omissis]* dipendenti SEN, tra i quali *[omissis]* (pari circa il *[omissis]*% delle risorse SEN) afferiscono a funzioni condivise e svolgono attività anche per conto di EE in forza del contratto di servizio SEN/EE⁸⁰.

d) La strategia commerciale/industriale del gruppo Enel a fronte dell'ipotesi di definitiva liberalizzazione dell'attività di vendita di energia elettrica nel segmento retail

76. Ulteriori evidenze raccolte forniscono una rappresentazione del posizionamento strategico e unitario di gruppo rispetto alla previsione – avanzata nel D.D.L. Concorrenza rimasto all'esame del Parlamento, come noto, più di due anni, fino alla sua approvazione in data 2 agosto 2017 – del

⁷⁸ *Cfr.* Testo Integrato *Unbundling* Contabile (c.d. "TIUC"), Allegato A alla Deliberazione ARERA n. 137/2016/R/COM.

⁷⁹ Qualora il prezzo di mercato non sia applicabile, i principi di contabilità regolatoria prevedono come metodologia alternativa di valorizzazione delle prestazioni *intercompany* metodi basati sul costo sostenuto per la fornitura dei servizi. In tal senso, in relazione alle attività di staff svolte da personale delle strutture di ESE/SEN in favore di EE, il gruppo ha assunto come riferimento il *full cost* delle risorse interessate e lo ha allocato fra le due società utilizzando quale *driver* il rapporto tra le fatture emesse dalle stesse nell'anno di riferimento. Infine, l'utilizzo della piattaforma telefonica è remunerato in relazione al rapporto fra il numero delle chiamate gestite per l'attività sul ML e quello delle chiamate per il SMT, mentre l'utilizzo della piattaforma documentale è valorizzato in base al rapporto fra il numero di plichi documentali gestiti per le attività del ML e quello relativo ai plichi gestiti per il SMT.

⁸⁰ *Cfr.* dati forniti dalla società in risposta a una richiesta di informazioni specifica sul punto (doc. 267 e relativi allegati, dati aggiornati al 4 maggio 2017).

superamento del regime di maggior tutela nel settore elettrico.

77. In particolare, da numerosi documenti acquisiti si evince che il gruppo Enel - rispetto a tale ipotesi in discussione - ragionava sui possibili scenari di transizione al nuovo sistema, mostrando preferenza per un modello definito “simil-gas”⁸¹, 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 mercato⁸².

78. Accanto alla prospettazione e analisi di scenari suddetta, da numerosi 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). Ancora, 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*”; 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*”⁸³.

79. Tale obiettivo strategico è anche posto in stretta relazione con la predisposizione di un’offerta specificamente dedicata ai clienti ancora serviti in maggior tutela (*cf. infra*). In uno scambio e-mail di marzo 2016 si legge, a titolo esemplificativo, che sarebbe possibile e opportuno “*estendere (...) a*

⁸¹ Nel settore del gas, nel momento in cui fu definita a livello di normativa primaria (*cf. D.L. n. 69 del 21 giugno 2013*) la cessazione dell’applicazione del servizio di tutela gas ai clienti finali non domestici, le modalità di transizione definite dal regolatore di settore, mediante la Delibera n. 280/2013/R/GAS, furono tali per cui – a valle di una previa e adeguata informativa al cliente finale delle trasformazioni in atto – il venditore aveva diritto a proporre una variazione contrattuale con nuove condizioni di mercato libero, rispetto alla quale il cliente poteva esercitare il diritto di recesso entro 3 mesi; nel caso in cui il cliente non avesse esercitato tale diritto, il medesimo avrebbe continuato a essere servito dal fornitore storico secondo le nuove condizioni contrattuali di mercato libero applicategli.

⁸² Consapevole delle difficoltà che questo passaggio di clienti direttamente alla società del gruppo operante sul mercato libero fosse *tout-court* accettabile per i vari *stakeholders*/decisori pubblici, soprattutto data l’assoluta preminenza delle quote di mercato ancora detenute nel segmento della vendita di energia elettrica a livello *retail*, i documenti ispettivi mostrano come il gruppo Enel ragionasse su ipotesi di cessione volontaria di pacchetti di clienti SEN (con o senza cessione anche dei relativi rami d’azienda), così come su ipotesi di meccanismi a protezione dei clienti nella fase di transizione (es. prezzi fissi per un determinato periodo ponte) per “preparare” poi la strada all’accettabilità per i decisori pubblici dell’ipotesi di transizione corrispondente al modello preferito definito “simil-gas” (a titolo esemplificativo, *cf. doc. 37.58*).

⁸³ *Cfr. docc. 37.2, 37.16, 37.18, 37.27, 37.36, 61 (cit.), 89.42, enfasi aggiunta.*

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"⁸⁴.

80. Sempre dalla documentazione ispettiva emerge altresì chiaramente che l'incentivo di "spostare" un cliente dal mercato tutelato al libero è riconducibile anche a motivazioni di natura strettamente economica, in quanto i due segmenti esprimono diversi livelli di redditività⁸⁵.

81. Si anticipa sin d'ora, come meglio si argomenterà nelle sezioni valutative, che la finalità strategica di acquisizione di un maggior numero di clienti sul mercato libero rispetto alla maggior tutela rileva ai fini del presente procedimento in quanto è stata perseguita mediante modalità che si ritengono abusive, e in particolare escludenti dei concorrenti non integrati, in violazione dei principi di concorrenza e parità di armi sul mercato, laddove il gruppo avrebbe viceversa potuto legittimamente attuare azioni commerciali lecite alla luce della disciplina *antitrust*, quali la proposizione di offerte economiche convenienti alla generalità dell'utenza, individuata mediante liste disponibili sul mercato, e quindi disponibili anche per i *competitors*.

III.2.2 Le evidenze istruttorie sulle condotte d'impresa

82. Premessi tali elementi, si analizzano nella presente sezione le evidenze istruttorie emerse circa le specifiche condotte di Enel Servizio Elettrico/Servizio Elettrico Nazionale e Enel Energia, valutate nella presente istruttoria quali comportamenti abusivi alla luce della normativa posta a tutela della concorrenza, e in particolare escludenti dei concorrenti venditori non integrati a monte nella distribuzione e nella vendita in maggior tutela, posti in essere dal gruppo Enel allo scopo di far transitare la clientela servita sul mercato tutelato al mercato libero attraverso lo sfruttamento di specifiche prerogative privilegiate (i.e. utilizzo discriminatorio dei dati relativi alla clientela servita in maggior tutela), come meglio si descriverà nel prosieguo. Verranno brevemente descritte anche le evidenze raccolte in relazione a all'organizzazione delle attività all'interno dei punti fisici sul territorio e alle politiche di *winback* praticate. Si anticipa, tuttavia, che con riferimento a questi ultimi due profili, come meglio si illustrerà nelle valutazioni, non si ritengono emersi elementi sufficienti a contestare al gruppo Enel ulteriori condotte abusive.

⁸⁴ Doc. 37.36, cit..

⁸⁵ Nella documentazione in atti, la stessa Enel stima in [20/50] euro il primo margine annuale di un cliente in maggior tutela e in ben [50/80] euro quello di un cliente sul mercato libero – il primo margine MT corrisponderebbe quindi circa al 48% di quello realizzabile sul ML – (cfr. doc. 37.35).

a) L'acquisizione dei consensi privacy da parte di ESE/SEN sui dati di contatto della clientela tutelata e il loro utilizzo da parte di EE per finalità commerciali sul ML

- *La raccolta consensi privacy e l'utilizzo dei dati di contatto da parte di Enel Energia*

83. Le evidenze raccolte hanno permesso di accertare, in primo luogo, che la società Servizio Elettrico Nazionale (e già precedentemente, Enel Servizio Elettrico – “ESE”) ha raccolto, a partire dal 2012, il c.d. consenso *privacy*⁸⁶ prestato dai clienti per finalità commerciali e di *marketing*. Tale raccolta, in particolare, è stata svolta richiedendo il consenso *marketing* ai clienti in maniera disgiunta per le società del gruppo Enel e per i terzi (confermando, quindi, quanto sostenuto da AIGET nella segnalazione confluita in avvio), pur in assenza di qualsiasi obbligo normativo in tal senso di cui alla disciplina *privacy*.

84. 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 – se del caso – da parte di operatori terzi⁸⁷.

85. Servizio Elettrico Nazionale 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. I dati di cui trattasi afferiscono all'anagrafica della persona interessata e ai recapiti presso i quali la stessa ha fornito il consenso a essere contattata, telefono/cellulare, *e-mail* o – fino al 2016, anno in cui è stata sospesa l'acquisizione di quest'ultima categoria - indirizzo postale (distinguendosi, quindi, dai dati fiscali e di fatturazione detenuti da ESE/SEN in quanto soggetto esercente la maggior tutela). 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.

86. SEN ha affermato che non si tratta unicamente di dati di propri clienti, in quanto è possibile a titolo esemplificativo che il consenso *privacy* venga

⁸⁶ Cfr. d.lgs. 196/2003 e s.m.i. (c.d. Codice della *privacy*).

⁸⁷ La società SEN ha precisato che le proprie liste di soggetti consensati sono anche “depurate” sulla base delle opposizioni contenute nel registro della Fondazione Bordini (c.d. “Registro Pubblico delle Opposizioni”) e che la società provvede altresì alla gestione delle revoche dei consensi eventualmente richieste dai soggetti che li abbiano forniti, procedendo all'aggiornamento in tal senso dei dati presenti nelle liste oggetto di cessione.

rilasciato da un soggetto non cliente che abbia contattato il numero verde della società per ricevere informazioni; questa casistica sembra tuttavia potersi ritenere quale oggettivamente residuale. Si consideri in tal senso anche che, negli stessi contratti tra ESE/SEN e EE per la cessione delle liste di contatti acquisiti in atti, si legge nelle premesse, ad esempio nel contratto relativo all'anno 2013, [omissis]⁸⁸.

87. Dalla documentazione in atti emerge altresì nettamente il valore strategico, dal punto di vista concorrenziale, di tali dati di contatto che ESE/SEN ha fornito alla società del gruppo di vendita sul mercato libero. 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, ovvero tese a mantenere quell'utente nella "propria" - nella prospettiva del gruppo Enel – *customer base*. L'importanza cruciale di tali dati è confermata peraltro anche dal significativo corrispettivo economico pattuito tra le società per la cessione dei medesimi (*cf. infra*).

88. Più in dettaglio, dalle evidenze raccolte è emerso che sin dal 2012 tali liste c.d. "consensate" di clienti tutelati di ESE/SEN sono state cedute 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, a titolo oneroso (c.d. "*permission marketing*"). La cessione ha riguardato tutti i nominativi dei clienti tutelati che avessero rilasciato il consenso *privacy* c.d. infra-gruppo. Sono stati acquisiti agli atti del procedimento i contratti e le procedure operative interne relative all'utilizzo di tali dati, che prevedevano che Enel Energia accedesse ad un apposito "*repository*" creato da ESE/SEN denominato "*sharepoint*" e 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 stessi⁸⁹.

89. Secondo i dati forniti, Enel Energia ha acquisito da ESE/SEN più di

⁸⁸ Cfr. doc. 171 (enfasi aggiunta).

⁸⁹ Cfr. docc. 37.3, 37.5, 40, 44.9, 44.27, 49.7, 49.17, 49.23, 117.

[omissis] di contatti tra il 2012 e il 2015⁹⁰, mentre le società hanno dichiarato che, pur in presenza di contratti sottoscritti anche per il 2016 e 2017⁹¹, EE non ha poi effettivamente richiesto il trasferimento delle liste contatti acquisiti da SEN negli ultimi due anni, benché – secondo le informazioni rese dalle Parti - la società abbia comunque ristorato SEN dei costi sostenuti per l'attività di acquisizione consensi in tali annualità⁹². Dalla documentazione acquisita in ispezione, emerge a ogni modo come all'inizio del 2017 EE stesse ancora impiegando a fini di contatto commerciale i dati forniti da SEN relativi ai consensi acquisiti nel 2015 (cfr. anche la circostanza per cui i contatti erano utilizzabili per un periodo di due anni, come attestano i contratti tra ESE/SEN e EE in atti) e che la società di ML stesse immaginando 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, cfr. *infra*).

90. 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 [cfr. *infra*, n.d.r.] prevista anche sui canali telefonici. I partner di SEN stanno lavorando alla raccolta dei consensi 2017. Non avendo ricevuto indicazioni, SEN sta raccogliendo ogni tipo di consenso (...). 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"⁹³.

91. Con riferimento al *pricing* applicato per la cessione dei nominativi, dai contratti richiesti e prodotti in atti risulta che dal 2012 al 2015 il corrispettivo pagato da Enel Energia sia stato pari a 1,2 euro/"contatto", mentre il corrispettivo per il 2016 che era stato pattuito tra le società risultava pari a 6,4 euro/"contatto"⁹⁴. Al riguardo, risulta esplicitivo un documento ispettivo del dicembre 2016⁹⁵, dal quale emerge come un parere della funzione *antitrust* interna al gruppo Enel con riferimento all'attività di acquisizione e

⁹⁰ In particolare, [omissis] nel 2012, [omissis] nel 2013, [omissis] nel 2014 e [omissis] nel 2015 (cfr. doc. 171, cit.).

⁹¹ Cfr. docc. 49.1, 49.2 e 246.

⁹² Cfr. doc. 260, cit..

⁹³ Doc. 49.23, cit. (enfasi aggiunta).

⁹⁴ Cfr. docc. 260 (cit.) e 263.

⁹⁵ Doc. 49.7, cit..

cessione dei consensi *privacy* avesse indicato che “*i costi di ESE devono essere interamente coperti per quest’attività*”, comprensivi anche di un opportuno *mark up*; tale notazione risulta posta a fianco di un prospetto riepilogativo dei costi sostenuti da ESE nel 2016 per l’attività di raccolta (e successivo controllo) dei consensi operata tramite *partner* esterni al gruppo, secondo il quale il prezzo congruo di vendita a EE avrebbe dovuto essere pari a 5,3 euro a consenso. Il valore unitario di 6,4 euro sarebbe quindi quello poi risultato coerente - a consuntivo - con questa raccomandazione (il contratto relativo al 2016 risulta in effetti sottoscritto dalle due società successivamente, nel gennaio 2017).

92. Le Parti hanno dichiarato che, in realtà, anche il corrispettivo di gran lunga inferiore pagato da EE negli anni precedenti era comunque stato in grado di coprire tutti i costi sostenuti da ESE comprensivi di un congruo *mark up*⁹⁶, mentre la disparità di corrispettivo tra il 2016 e le annualità precedenti sarebbe stata soprattutto determinata dal fatto che nel 2016 ESE ha effettuato, tramite i propri *partner* terzi, un’attività di verifica sulla corretta acquisizione dei consensi – a seguito di numerose difformità riscontrate – i cui costi rilevanti hanno poi avuto un riflesso diretto sui corrispettivi fatti pagare a EE per l’annualità⁹⁷.

93. Il successivo contratto, relativo al 2017 e sottoscritto nel luglio del medesimo anno, prevedeva invece corrispettivi differenziati in base al canale acquisitivo, pari a 8,40 euro/contatto per il canale telefonico, 0,92 euro/contatto per il canale documentale e 0,07 euro/contatto per il canale *web*. Secondo le dichiarazioni di SEN, come per l’annualità precedente, il compenso relativo al canale telefonico risulta particolarmente elevato in quanto ha tenuto conto dei costi dei controlli di qualità, dei tentativi effettuati per acquisire il consenso, nonché del c.d. gettone riconosciuto all’operatore *partner* che materialmente per SEN svolgeva l’attività di acquisizione⁹⁸.

94. Sul tema si noti anche come, sebbene poi la decisione di chiudere il canale *teleselling outbound* da parte di EE avrebbe di lì a poco cambiato il contesto e quindi conseguentemente portato all’interruzione dell’acquisizione delle liste contatti di SEN, dal citato documento ispettivo del marzo 2017⁹⁹ emerge la circostanza per cui Enel Energia 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

⁹⁶ Cfr. doc. 260, cit..

⁹⁷ Cfr. doc. 243.

⁹⁸ Secondo i dati prodotti in atti da Enel Energia, il prezzo medio pagato dalla società tra il 2014 e il 2016 a fornitori terzi sul mercato per l’acquisizione di dati di contatto di potenziali clienti ai fini di preposizione di offerte commerciali è stato invece pari a [omissis] euro/contatto (cfr. doc. 262, cit.).

⁹⁹ Doc. 49.23, cit..

“lavorare anche il 2017 con la Sempre con te” (offerta di Enel Energia specificamente dedicata ai clienti ancora serviti in maggior tutela, *cf. infra*).

95. L’attività di acquisizione del consenso *privacy* risulta essere stata sospesa da parte di SEN nel corso dello scorso anno 2017 con riferimento ai canali telefonico e documentale (rispettivamente, a *[omissis]* e a *[omissis]*), mentre resta ancora attiva la raccolta dei consensi attraverso il canale *web* (in quanto, a detta della società, la stessa comporta costi irrisori). SEN – confermando quanto già emergeva dalla documentazione ispettiva - ha dichiarato che la sospensione delle acquisizioni telefoniche è intervenuta sostanzialmente a seguito della decisione di Enel Energia, assunta nei primi mesi del 2017, di cessare la propria attività di *teleselling outbound* a far data dal 1° giugno 2017¹⁰⁰, e quindi del venire meno dell’interesse principale della società collegata all’acquisizione di tali liste contatti¹⁰¹, mentre non era attivo per SEN alcun ulteriore rapporto contrattuale con soggetti terzi per l’acquisizione delle liste che giustificasse il proseguimento dell’attività di raccolta per i canali più costosi (telefonico e documentale).

- *Il valore specifico dei dati di contatto forniti da SEN*

96. Le Parti durante il procedimento hanno affermato che numerose liste analoghe a quelle fornite da SEN a EE sono facilmente reperibili sul mercato a costi contenuti da parte di chiunque ne sia interessato. Dalla documentazione in atti, tuttavia, emerge nettamente il valore differenziale dei dati di contatto intra-gruppo che ESE/SEN ha fornito alla società collegata di vendita sul mercato libero rispetto a quelli reperibili sul mercato.

97. In tal senso, esemplificativo risulta proprio l’utilizzo delle liste di contatti di fonte SEN da parte di EE per la proposizione di offerte specificamente dedicate alla clientela tutelata, quali – da ultimo, ma non solo – la c.d. offerta *“Sempre con Te”*. 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 sottoscrizione¹⁰². L’offerta risulta

¹⁰⁰ Enel Energia ha dichiarato di aver assunto la scelta strategica di interrompere da tale data ogni sorta di contatto telefonico per finalità di vendita verso la clientela, soprattutto per motivi reputazionali, date la crescente reclusività e intolleranza mostrata dai consumatori nei confronti delle attività di *marketing* svolte dai vari *teleseller*.

¹⁰¹ *Cfr.* doc. 49.24, scambio *e-mail* tra rappresentanti dell’area Mercato Italia con oggetto *“Re: Retail transformation: liste consensi SEN 2017”*, di aprile 2017, in cui si legge: *“(…) in attesa di conoscere le decisioni finali in merito al canale TLS OUT (...) riteniamo opportuno bloccare immediatamente la raccolta dei consensi SEN del 2017”*.

¹⁰² Più precisamente, l’offerta prevedeva per i primi 12 mesi l’applicazione di una quota fissa mensile in euro/mese pari al corrispettivo commercializzazione e vendita (“PCV”) e una quota energia in euro/kWh fissa per 12 mesi equivalente al prezzo della componente energia (“PE”) della tariffa di tutela nel mese di sottoscrizione dell’offerta. Il prezzo così composto sarebbe stato aggiornato trimestralmente parallelamente all’aggiornamento tariffario della tutela (*cf.* doc. 246, cit.). Attualmente l’offerta *Sempre con Te*, pur

eventualmente sottoscrivibile anche da clienti serviti in maggior tutela da società diverse da SEN, quindi in territori in cui il gruppo Enel non è integrato a monte con la distribuzione, sebbene il *target* principale di riferimento costituito dalla clientela in MT servita storicamente dal gruppo risulti evidente sin dal *naming* dell'offerta stessa. La proposta commerciale è stata sottoscrivibile a partire dal mese di marzo 2017, dopo una preliminare fase di test, ed è attualmente nel pacchetto offerte di EE, pur con differenti caratteristiche di *pricing* (componente energia fissa per dodici mesi a un livello indicato, differenziato in due fasce orarie, e non agganciato alle variazioni trimestrali ARERA)¹⁰³.

98. Le evidenze emerse mostrano altresì chiaramente che la proposizione dell'offerta Sempre con Te da parte di Enel è strettamente connessa all'ipotesi di cessazione del regime di maggior tutela emersa a livello legislativo e alla conseguente maggiore focalizzazione della strategia di gruppo per la vendita di energia elettrica nel segmento *retail* sull'acquisizione di clienti provenienti dalla MT¹⁰⁴; in particolare, ai fini della definizione del *concept* dell'offerta “*Sempre con Te*”, i documenti mostrano come EE abbia utilizzato un'analisi di mercato condotta nel 2016 espressamente focalizzata sui clienti ESE.

99. I risultati di tale indagine mostravano, in particolare, come il 60% degli intervistati inclusi nel campione avrebbe scelto il mercato libero solo se obbligato dalla legislazione; rispetto a tale *target*, qualificato da Enel come “resistente al cambiamento”, la società delinea le seguenti caratteristiche/desiderata: “*Forte attaccamento al brand Enel; vogliono essere informati in modo trasparente ed essere rassicurati nella fase di passaggio; vogliono un'offerta semplice e chiara simile a quella attuale; per sottoscrivere la nuova offerta vorrebbero un punto fisico vicino e servito da personale qualificato Enel*”. In tal senso, nello stesso documento si legge che la comunicazione verso questi clienti avrebbe dovuto essere incentrata su una “*campagna informativa sulla fine della Tutela e sulle possibilità di*

presente nel pacchetto offerte di Enel Energia, risulta avere caratteristiche differenti di *pricing* (cfr. *infra* nel testo).

¹⁰³ Cfr. docc. 60, 64, 68, 79, 89.1. Informazioni sulle attuali caratteristiche di *pricing* dell'offerta Sempre con Te tratte dalla pagina web <https://www.enel.it/it/luce-e-gas/luce/offerte/sempre-con-te>.

¹⁰⁴ In un documento interno denominato “Review Piano Vendite 2017 – 2018”, di marzo 2017, si legge “*Strategia: da una strategia mirata ad acquisizioni selettive (su base cmu [consumo medio unitario, n.d.r.] /valore cliente a una strategia di acquisizione massiva (da SMT [Servizio Maggior Tutela, n.d.r.], clienti a minor valore/cmu). Offerta: nuova proposition specifica per clienti SMT ad un prezzo molto aggressivo rispetto alle ipotesi di vecchio piano*” (doc. 37.18). A proposito della “*Sempre con Te*”, alcuni documenti in atti mostrano altresì che la funzione *antitrust* interna al gruppo Enel ha svolto un test di predatorietà sul *pricing* dell'offerta, sulla base di un modello predisposto da un consulente esterno, giungendo alla conclusione per cui la stessa non avrebbe avuto caratteristiche predatorie ai sensi del diritto della concorrenza (cfr. doc. 262, cit.). A ogni modo, alcuni ulteriori documenti acquisiti contengono delle analisi di redditività le quali mostrano che l'offerta rappresenta un notevole impegno economico per EE: la società infatti, secondo tali analisi, sarebbe riuscita a tornare al livello di marginalità “normale” pianificato, a valle dell'acquisizione di un cliente con la “*Sempre con Te*”, solo in un arco temporale di alcuni anni (cfr. medesimo doc. 37.18).

mantenere il rapporto con Enel in continuità”¹⁰⁵.

100. Inoltre, a livello di comunicazione commerciale esterna, dalle informazioni apprese risulta che per il lancio della “*Sempre con Te*” era stata prevista nel corso del 2017 una specifica campagna sui media che avrebbe coinvolto anche un noto conduttore televisivo, specificamente concepita alla luce della previsione legislativa della fine del regime di maggior tutela, la quale poi – secondo le dichiarazioni di EE – è stata posticipata a seguito dello slittamento al 2019 del termine legislativamente previsto e poi non più riprogrammata. Erano segnatamente previste due distinte campagne nei periodi di giugno-luglio e settembre-novembre 2017, rispettivamente definite “*Fase educational ‘soft’ pre DDL*” e “*Fase commerciale ‘hard’ post DDL*”, per un budget complessivo pari a circa [omissis] milioni di euro¹⁰⁶.

101. L’offerta “*Sempre con Te*” era stata concepita per essere inizialmente distribuita attraverso i Punti Enel e, successivamente, anche mediante gli ulteriori canali (telefonico, *internet*). Circa il canale telefonico, in particolare, in un documento ispettivo¹⁰⁷ - come già menzionato - si legge la circostanza per cui EE considerasse strategiche per il lancio dell’offerta “*Sempre con Te*” proprio le liste clienti acquisite da SEN secondo il meccanismo di noleggio dei contatti derivanti dai consensi *privacy* (fino, come detto, alla decisione di Enel Energia di chiudere il canale c.d. *teleselling outbound* a decorrere dal 1° giugno 2017).

102. Dai documenti ispettivi emerge peraltro come i risultati commerciali della “*Sempre con Te*” siano stati molto positivi per EE, almeno nella prima fase di lancio, con la stessa Enel che in un documento di aprile 2017, contenente dati di andamento della *Country Italy* nel periodo, registrava - a proposito dell’offerta - “*52% (+ 13 p.p.) of new customers acquired from regulated market and +26% growth of sales from launch of the new offer*”¹⁰⁸.

103. Si noti infine che, 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. A titolo esemplificativo, l’offerta c.d. “*Energia pura casa special*”, secondo le informazioni rese dalla stessa EE “*diretta alla clientela in maggior tutela*”, 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*”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Doc. 37.18, cit..

¹⁰⁶ Cfr. docc. 259 e 262, cit..

¹⁰⁷ Doc. 49.23, cit..

¹⁰⁸ Doc. 37.4, cit..

¹⁰⁹ Cfr. docc. 246 e 262, cit.. Come già anticipato, 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*”

- *L'attività di cessione dei contatti derivanti dall'acquisizione dei consensi privacy a terzi*

104. Riguardo all'attività di cessione a terzi dei contatti derivanti dall'acquisizione dei consensi *privacy* dei clienti in MT, sul sito *internet* di SEN è presente (e, a quanto dichiarato, era presente sul sito di ESE sin dal momento di inizio dell'attività nel 2012) un avviso che informa anche i soggetti esterni al gruppo della possibilità di acquisire tali liste di contatti¹¹⁰. Dalle evidenze agli atti è emerso che 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. A tal proposito, le evidenze raccolte hanno permesso di accertare che – in primo luogo - l'acquisizione da parte di Heracomm (come di tutte le società esterne al gruppo che avessero mostrato un interesse in tal senso), avrebbe riguardato il sottoinsieme dei dati per cui sussisteva un consenso *privacy* nei confronti dei terzi, pari a circa il 30% dei contatti complessivi resi invece disponibili a Enel Energia.

105. Più in dettaglio, per quanto riguarda i contatti intercorsi con Heracomm, secondo la ricostruzione fornita dalla stessa¹¹¹, la società è venuta a conoscenza della possibilità di acquisire le liste di contatto di Enel Servizio Elettrico nel febbraio 2016, leggendo sul sito *internet* di ESE l'informativa al riguardo. La medesima informativa non riportava né le modalità di richiesta dei dati né alcun riferimento a cui rivolgersi per aver maggiori informazioni; al fine di approfondire la proposta, Heracomm ha inviato una specifica richiesta a ESE in data 22 marzo 2016. Non ricevendo alcuna risposta, Heracomm ha inviato un sollecito in data 27 maggio 2016. In data 10 giugno 2016, ESE ha inviato un primo riscontro, indicando la disponibilità a un incontro per approfondire le richieste e indicando un referente aziendale cui rivolgersi. A seguito di alcune conversazioni telefoniche e scambi di *e-mail*, Heracomm ha potuto meglio comprendere le caratteristiche dell'offerta di ESE e in particolare alcune specifiche limitazioni all'utilizzo dei dati di

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 [cfr. infra, n.d.r.] prevista anche sui canali telefonici. I partner di SEN stanno lavorando alla raccolta dei consensi 2017. Non avendo ricevuto indicazioni, SEN sta raccogliendo ogni tipo di consenso (...). E' 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" (doc. 49.23, cit.).

¹¹⁰ "Comunicazione agli operatori. Nell'ambito dei contatti di Enel Servizio Elettrico con i propri clienti, una parte di questi ha espressamente manifestato il consenso al trattamento dei propri dati per finalità commerciali, ai sensi del D.lgs. 196/2003. Tale consenso è stato rilasciato, sulla base di una libera scelta del singolo cliente, nei confronti di società del Gruppo Enel e/o nei confronti di società terze diverse da Enel. A tal fine, Enel Servizio Elettrico informa tutte le società interessate che è possibile richiedere – dietro pagamento di un corrispettivo – le suddette anagrafiche clienti che, a seconda dei casi, hanno rilasciato l'una e/o l'altra tipologia di consenso" (avviso presente nel 2016, cfr. doc. 200.).

¹¹¹ Cfr. doc. 200.

contatto (ad es. l'eventuale accordo con ESE avrebbe avuto validità di due anni, terminati i quali Heracomm non avrebbe più avuto il diritto di utilizzare i dati, salvo la sottoscrizione di un nuovo accordo con ESE; l'uso dei dati ceduti sarebbe stato condizionato ad alcune restrizioni contenute nell'accordo, tra cui il numero massimo di volte che si sarebbe potuto contattare ciascun nominativo inserito nell'elenco ecc.).

106. Quanto al *pricing* proposto, i costi per la cessione dei dati sarebbero stati differenziati in base al canale di contatto per cui era stato manifestato il consenso, con un valore medio indicativo di 1,5 euro/contatto, secondo quanto espressamente dichiarato dalla stessa SEN “*in linea con il prezzo praticato a EE negli anni precedenti*”¹¹². Dopo le interlocuzioni descritte, Heracomm ha ritenuto di non dare seguito all'acquisizione, in quanto la proposta complessiva non è stata ritenuta in ultima analisi soddisfacente. Tra le motivazioni espresse, Heracomm ha dichiarato che le condizioni economiche proposte risultavano peggiorative rispetto ad altre tipologie di liste di contatto reperibili sul mercato¹¹³; inoltre, almeno in un primo momento, Enel Servizio Elettrico si era dichiarata indisponibile a segmentare i dati in base alla loro appartenenza territoriale (mentre, a quanto emerso, in comunicazioni successive ESE aveva poi mostrato apertura sul punto) e a consentire di effettuare una scelta in base alla tipologia di dato di contatto (es. telefonico e non anche postale), elementi che avrebbero maggiormente risposto all'interesse commerciale di Heracomm.

107. In conclusione, relativamente all'attività di raccolta dei dati di recapito dei clienti che rilascino uno specifico consenso *privacy* a essere ricontattati a fini commerciali, risulta dalle evidenze istruttorie che ESE/SEN abbia svolto tale attività – con modalità tali da distinguere tra consensi acquisiti per le società del gruppo e per i terzi - a partire dal 2012 e fino a circa metà dell'anno 2017 per quel che concerne i consensi acquisiti tramite i canali documentale (ovvero attraverso la documentazione contrattuale) e telefonico, mentre è ancora attiva la raccolta di consensi attraverso il canale *web*¹¹⁴. Per quel che riguarda la cessione di tali liste contatti a EE, risultano appositi contratti tra le due società dal 2012 e fino al 2017 compreso; EE ha dichiarato tuttavia di non aver richiesto a SEN il trasferimento delle liste per le annualità 2016 e 2017, pur avendo comunque ristorato la società collegata dei costi sostenuti per l'attività di raccolta degli ultimi due anni. Per quel che riguarda l'utilizzo dei dati relativi alle annualità precedenti, EE risulta aver impiegato fino ai primi mesi dell'anno 2017 i contatti relativi all'anno 2015.

¹¹² Cfr. doc. 243, cit..

¹¹³ Secondo Heracomm, infatti, nel 2016 i prezzi a cui era possibile acquistare liste di contatti di clienti che avevano rilasciato apposito consenso al trattamento dei dati per finalità commerciali era di circa 0,3 euro/contatto.

¹¹⁴ A tal fine, secondo quanto espressamente dichiarato da SEN (cfr. verbale di audizione, doc. 260) è tuttora presente l'informativa sul sito *internet* di SEN relativa alla possibilità di acquisizione da parte di soggetti terzi di liste contatti.

Nessun terzo, infine, ha mai acquisito i dati di contatto ESE/SEN.

b) L'attività di vendita di contratti di mercato libero per EE svolta all'interno dei Punti Enel

108. I Punti Enel (c.d. "PE" se di proprietà ESE/SEN e gestiti in forma diretta dal gruppo e c.d. "PENP" – Punti Enel Negozi Partner - se oggetto di contrattualizzazione con soggetti terzi¹¹⁵) sono i punti di contatto fisici del gruppo Enel con la clientela. A livello nazionale si contavano, distribuiti in maniera sufficientemente uniforme sul territorio, 127 PE e 597 PENP nel 2017¹¹⁶, questi ultimi in particolare in crescita negli ultimi anni.

109. In tali punti fisici si svolgono sia attività di gestione della clientela¹¹⁷, tanto servita in maggior tutela da SEN quanto sul mercato libero da EE, sia attività di vendita di contratti sul mercato libero di EE. Le evidenze acquisite mostrano anche, negli ultimi anni, l'importanza crescente di tale canale acquisitivo per EE rispetto ad altri canali. Si consideri in tal senso che il valore percentuale dei contratti di Enel Energia acquisiti attraverso la rete fisica dei negozi sul totale, secondo i dati prodotti dalla società in risposta a una richiesta di informazioni degli Uffici – considerando i clienti residenziali e piccoli *business* - è stato a pari nel 2015 al [omissis]%, nel 2016 al [omissis]% e nel 2017 al [omissis]%¹¹⁸, con la stessa EE a registrare negli ultimi anni un "Cambio del mix acquisitivo a favore dei canali inbound", con "Forte crescita delle acquisizioni nei negozi"¹¹⁹. Del totale acquisizioni EE nei negozi del gruppo, poi, le evidenze mostrano come una quota consistente siano le acquisizioni di clienti precedentemente serviti in MT da ESE/SEN; a questo proposito, uno studio interno mostra come, sempre nel 2015, tra i Punti Enel diretti che avevano registrato le migliori performance acquisitive (pari, secondo i risultati di tale analisi, a 82 PE su 129), 73 PE mostravano una percentuale di provenienza da ESE medio-alta (in particolare, media - ovvero compresa tra il 30 e il 50% dei contratti acquisiti - per 34 PE e alta - ovvero superiore al 50% delle acquisizioni - per 39 PE)¹²⁰.

110. Si noti poi che le attività afferenti a Enel Energia svolte nei Punti Enel diretti rientrano nel perimetro del contratto di servizio annuale tra ESE/SEN e EE, all'interno del quale è specificato un listino per le diverse attività

¹¹⁵ Secondo le dichiarazioni delle Parti, tale forma di contrattualizzazione esterna è stata affiancata dal gruppo ai PE diretti a partire dal 2012.

¹¹⁶ Cfr. doc. 62.

¹¹⁷ Si tratta, in particolare, di tutti i processi c.d. *post sales* di gestione del cliente, riguardanti: la gestione del contratto (es. subentro, cessazione, voltura, ricontrattualizzazioni tra offerte, rientri in maggior tutela ecc.), la gestione del cliente (es. cambio uso, duplicato fatture, inserimento autoletture, modifiche anagrafiche, rettifiche di fatturazione ecc.), la gestione del credito (es. piani di rientro, sospensive, rimborsi ecc.), lavori sulla fornitura (es. allaccio, modifiche potenza e tensione, spostamento gruppo di misura, ecc.).

¹¹⁸ Cfr. doc. 262, cit..

¹¹⁹ Cfr. doc. 62, cit..

¹²⁰ Cfr. di nuovo doc. 49.13, cit..

svolte nei punti fisici medesimi (mentre le due società stipulano contratti separati con i soggetti terzi gestori dei Punti Enel indiretti anche quando gli stessi sono in condivisione, c.d. PENP “plurimandatari”). Fino al maggio 2016, tra le attività svolte da ESE per EE all’interno dei PE e disciplinate dal contratto di servizio tra le due società – oltre a quelle gestionali – figurava anche l’attività di vendita di contratti di mercato libero per EE, svolta quindi direttamente da personale ESE.

111. Si consideri a tal riguardo che, da quanto emerge dai documenti ispettivi e a quanto riferito anche dalle Parti, le società – a seguito di un *audit* interno svolto nel corso dell’anno 2015 - hanno mutato da quella data la propria politica di ripartizione delle attività all’interno dei punti fisici, per finalità di maggiore *compliance antitrust*. L’assetto precedente tale modifica, quindi in essere fino al 2015, prevedeva per i PE che il personale impiegato fosse tutto personale ESE, il medesimo personale svolgeva anche le attività di vendita di contratti sul mercato libero per conto di EE, aveva accesso alle banche dati/sistemi informativi di entrambe le società a seconda delle funzioni svolte e riceveva degli incentivi economici collegati alla vendita di contratti di mercato libero di EE. Nel caso dei PENP, sebbene il soggetto terzo gestore del punto fisico fosse contrattualizzato separatamente da ESE e EE, le risorse/postazioni risultavano interscambiabili e gli operatori avevano abilitazioni a tutti i sistemi informatici relativi al ML e al SMT.

112. Come altresì emerge dalla documentazione ispettiva, la stessa Enel rilevava una notevole disparità tra la situazione di fatto dei PE e PENP e la situazione ritenuta internamente idonea a essere *compliant* con il quadro normativo di riferimento, soprattutto in termini di rispetto delle norme *antitrust*¹²¹.

113. Quanto agli incentivi economici, secondo le informazioni rese dalle Parti¹²², il personale impiegato presso i Punti Enel diretti gode di due diverse e distinte incentivazioni: una incentivazione commerciale, riconosciuta esclusivamente al *Team Leader* (responsabile del punto fisico) e una incentivazione collettiva, riconosciuta ai dipendenti impiegati nell’ambito della struttura diversi dal *Team Leader*. In particolare, fino alle modifiche realizzate dal gruppo a valle del menzionato *audit*, venivano fissati come target di incentivazione il valore dell’EBIT totale Mercato Italia, il numero di siti energia elettrica e gas complessivamente acquisiti (ovvero, non solo attraverso il canale fisico) e obiettivi di sicurezza¹²³. Gli obiettivi di

¹²¹ Nei documenti interni acquisiti in ispezione Enel fa riferimento, a tal proposito, anche al *set* di impegni assunti dal gruppo nell’ambito del procedimento *antitrust* A410 del 2009 (“Exergia/Enel – Servizio di Salvaguardia”), i quali prevedevano – oltre a misure più centrali rispetto all’oggetto di quel procedimento riguardanti garanzie di terzietà per le operazioni di *switching* realizzate dal distributore - anche una specifica procedura volta a disciplinare accessi informatici separati ai dipendenti ESE e EE. Nei commenti presenti nel medesimo documento (doc. 44.22, cit.), si legge: *[omissis]*.

¹²² Cfr. doc. 266, cit..

¹²³ Sempre nel documento relativo ai risultati dell’*audit* sui punti fisici (doc. 44.22 più volte citato), in merito, si legge: “*I team leader e i consulenti dei Punti Enel sono incentivati principalmente su obiettivi di*

sicurezza pesavano per il [5/20]% del totale degli incentivi collettivi, mentre gli obiettivi commerciali complessivamente per il restante [80/95]%.

114. Da maggio 2016, il gruppo ha modificato il modello organizzativo dei Punti Enel diretti nel senso di distinguere all'interno dei medesimi tra una postazione di attività c.d. "gestionali", svolte dal personale ESE/SEN ancora in commistione sia per ESE/SEN che per EE, e una postazione riservata alle attività di vendita di mercato libero, in questo caso svolta esclusivamente da personale dedicato della società EE.

115. Sempre a partire dal 2016 e in esecuzione del citato piano *audit*, l'incentivazione collettiva per i dipendenti dei PE è stata ridefinita al fine di attenuare l'impatto degli obiettivi di vendita (es. innalzamento al [15/30]% degli obiettivi di sicurezza); solo a partire dal 2017, poi, sia l'incentivazione commerciale sia quella collettiva sono state fissate eliminando qualsiasi riferimento a obiettivi di vendita di contratti di mercato libero (sebbene sia stato mantenuto il riferimento all'obiettivo di EBIT totale dell'area Mercato Italia)¹²⁴.

c) Le evidenze in atti in relazione alle politiche di "winback" applicate da Enel Energia, in particolare nei confronti di Green Network

116. Circa la tematica delle politiche di *winback* di EE, la documentazione acquisita in ispezione consta di un unico documento di rilievo, in particolare relativo ai risultati commerciali delle azioni di *winback* esperite nel 2016 nei confronti dei clienti persi a favore dei vari *trader* concorrenti sul mercato libero¹²⁵. Da tale documento emerge, con riferimento a flussi di clienti già sul mercato libero, come la *redemption* osservata per Green Network, pari al [40/50]% di clienti domestici riacquisiti rispetto alla "lista assegnata", sia di gran lunga superiore alla *redemption* media osservata per gli altri operatori (il fenomeno emerge anche in relazione alla clientela non domestica, sebbene in misura meno marcata; la percentuale di *redemption* nei confronti di GN è in questo secondo caso pari al [20/30]%)¹²⁶.

117. Con riguardo al diverso fenomeno dell'acquisizione su mercato libero da parte di EE di clienti di altro operatore che originariamente erano serviti in MT da ESE/SEN (doppio *switching*), fenomeno altresì oggetto di

carattere commerciale di Enel Energia (oltre che di customer satisfaction e safety). Tale circostanza, nel caso di eventuali verifiche ispettive o avvio di procedimenti da parte di autorità, potrebbe essere interpretata come tacito stimolo a porre in essere pratiche commerciali a vantaggio di Enel Energia in violazione sia delle prescrizioni di segregazione dei dati e delle attività, sia degli obblighi di trasparenza e correttezza nelle pratiche commerciali".

¹²⁴ Cfr. doc. 266, cit.

¹²⁵ Doc. 49.15 (cit.), in particolare slide n. 16.

¹²⁶ Accanto alla presentazione di tali risultati, è apposta la dicitura "GN out da agosto" (rispetto a tale espressione, Enel Energia ha affermato che la stessa sarebbe da ricondursi al fenomeno per cui da agosto 2016 si sarebbe osservata una forte riduzione del numero di recessi provenienti dalla società Green Network, a valle dell'apertura di un procedimento per inottemperanza in materia di pratiche commerciali scorrette da parte dell'Autorità nei confronti di quest'ultima società - cfr. *infra* -).

denuncia da parte di GN, dalle evidenze istruttorie e in particolare da elaborazioni effettuate sui dati di *switching* richiesti al regolatore di settore ARERA nell'ambito del procedimento¹²⁷, è emerso un valore di acquisizioni da parte di EE di clienti dell'operatore Green Network in precedenza riforniti da ESE/SEN pari a circa [3/5] volte il valore medio delle acquisizioni da altri operatori. Segnatamente, considerati i clienti che tra luglio 2016 e aprile 2017 sono fuoriusciti dalla maggior tutela (dati su rete Enel, trattasi quindi di clientela ESE/SEN) per passare ad un operatore di ML diverso da Enel Energia (primo *switching*), EE ne acquisisce con un secondo *switching* nei successivi 6 mesi in media il [5/10]%, laddove considerando i clienti che nello stesso arco temporale sono passati dalla MT di ESE/SEN al ML con la società Green Network, EE nello stesso arco temporale dei 6 mesi successivi ne acquisisce ben il [25/30]%¹²⁸.

118. Infine, sempre con riferimento alla denunciata politica di *winback* aggressivo/denigratorio asseritamente posta in essere da EE, si è proceduto ad alcune verifiche istruttorie nei confronti delle agenzie citate da GN come soggetti i quali, interrotto il rapporto con tale operatore, sarebbero stati ricontrattualizzati da EE, dotando quindi quest'ultima società di dati relativi alla clientela GN su cui svolgere azioni commerciali mirate (*cfr. infra*, §IV.5). Le agenzie intervistate, tuttavia, o non hanno risposto alla richiesta di informazioni formulata dagli Uffici¹²⁹, o hanno affermato di non aver mai avuto alcun contratto di mandato con società del gruppo Enel¹³⁰.

III.2.3 Evidenze sulle dinamiche di mercato

119. Al fine di inquadrare le condotte di Enel Energia e Servizio Elettrico Nazionale nel contesto di mercato nel quale sono state poste in essere, sono state richieste informazioni sulla mobilità della clientela sia al distributore territorialmente competente e-distribuzione S.p.a.¹³¹, sia al regolatore di settore ARERA¹³² (che ha accesso ai dati del Sistema Informativo Integrato gestito dall'Acquirente Unico). In particolare, si è svolta una analisi descrittiva delle evidenze empiriche disponibili in merito ai cambiamenti di fornitore registrati tra il 2014 e il 2017 nei territori nei quali ESE/SEN esercisce il servizio di vendita in MT.

120. A tal riguardo, va in primo luogo considerato come, nel corso del periodo 2014-2017, la *performance* di Enel Energia, in termini di attrazione

¹²⁷ *Cfr.* docc. 242 e 313.

¹²⁸ Enel Energia a tal riguardo ha affermato che tale fenomeno si spiegherebbe sia con la motivazione già data per le dinamiche libero su libero, sia considerando il comportamento tipicamente tenuto dal consumatore, una volta che lo stesso sia passato sul ML, di rimanere nel medesimo, con una elevata propensione allo *switching* tra i vari operatori - *cfr. infra* -

¹²⁹ Docc. da 317 a 325.

¹³⁰ Docc. da 326 a 330, 332, 334.

¹³¹ *Cfr.* docc. 248 e 273.

¹³² *Cfr.* docc. 242 e 313, *citt.*.

di clienti dalla maggior tutela¹³³ sia risultata di gran lunga migliore se confrontata con l'attrazione di clienti già serviti sul mercato libero dai concorrenti¹³⁴. Infatti, la quota dei clienti passati ad EE, rispetto al totale dei clienti domestici usciti dalla maggior tutela, mostra una tendenza alla crescita, ancorché limitata, nel corso del periodo 2014-2017¹³⁵, mentre la quota di clienti acquisiti da EE sul mercato libero rispetto al totale di clienti che hanno cambiato fornitore su detto segmento ha registrato, dopo una lieve crescita tra il 2014 e il 2015, un andamento decisamente calante nel 2016 e nel 2017¹³⁶.

121. La *performance* di Enel Energia con riguardo al trasferimento di clienti dalla maggior tutela al segmento del libero è risultata altresì migliore rispetto a quella degli altri operatori. Infatti, se si confronta la percentuale dei clienti in uscita dalla maggior tutela che ciascun operatore ha acquisito¹³⁷ con la sua quota di mercato sul segmento del libero¹³⁸ (come indicatore della sua “capacità attrattiva” potenziale), emerge come la *performance* commerciale di Enel Energia nell'acquisire clienti in uscita dalla maggior tutela sul segmento del libero sia stata migliore di quella registrata dai suoi concorrenti¹³⁹.

122. Sotto una diversa prospettiva, ulteriori analisi hanno mostrato come, tra gli utenti attivati da Enel Energia, i clienti provenienti dalla maggior tutela abbiano una particolare rilevanza, superiore a quella che tale tipologia di clienti ha per altri operatori. Per ciascuno dei quattro anni presi in

¹³³ Vale a dire (F_{MTi}/F_{MT}) , dove F_{MTi} ed F_{MT} sono rispettivamente il numero di clienti acquisiti dall'impresa i-esima provenienti dalla maggior tutela e passati sul segmento del libero e il numero totale di clienti in uscita dalla maggior tutela.

¹³⁴ Si tratta del rapporto (F_{MLi}/F_{ML}) , dove F_{MLi} ed F_{ML} sono rispettivamente il numero di clienti acquisiti dall'impresa i-esima provenienti dal libero e il numero totale di clienti che hanno cambiato fornitore sul segmento del libero.

¹³⁵ Enel Energia infatti si è accaparrata il [60/70]% nel 2014, il [60/70]% nel 2015, il [60/70]% nel 2016 e il [60/70]% nel 2017 degli utenti domestici del SMT passati al mercato libero.

¹³⁶ La quota di Enel Energia sui clienti domestici già sul mercato libero che hanno cambiato fornitore è passata infatti dal [40/50]% nel 2014 al [30/40]% nel 2017. Anche per i clienti non domestici, nel periodo considerato la dinamica di acquisizione da parte di Enel Energia è stata migliore per i clienti provenienti dalla maggior tutela che non per quelli già sul mercato libero, ancorché in questo caso il confronto sia tra una crescita leggermente più marcata della quota dei clienti non domestici acquisiti sul totale degli usciti dalla MT (dal [45/55]% al [50/60]% tra il 2014 al 2017) e un leggero declino della quota sul totale dei clienti non domestici già sul mercato libero che hanno cambiato fornitore (dal [25/30]% al [20/25]% nello stesso periodo).

¹³⁷ Vedi precedente nota 133.

¹³⁸ L'indicatore considerato è dato, sia per i clienti domestici che per i non domestici, dalla differenza $(F_{MTi}/F_{MT}) - (Q_{MLi}/Q_{ML})$ - dove Q_{MLi}/Q_{ML} è la quota di mercato dell'impresa i-esima sul segmento del libero. Tale indicatore dà per Enel Energia sempre valori positivi, pari rispettivamente a 6,7% e 9,7% nel 2014, 9,1% e 12,4% nel 2015, 7% e 12,8% nel 2016 e 8,4% e 15,1% nel 2017. Si tratta di valori che non solo sono sempre positivi, ma sono anche superiori rispetto a quelli di tutti gli altri operatori concorrenti.

¹³⁹ In particolare, le analisi hanno riguardato, oltre a Enel Energia, anche i seguenti operatori, suoi concorrenti, sempre con riferimento, ovviamente, ai dati riferiti a questi ultimi fatti registrare nei territori nei quali e-distribuzione svolge il servizio di distribuzione di energia elettrica e ESE/SEN quello di vendita in maggior tutela: A2A Energia S.p.a., Hera Comm S.r.l., Acea Energia S.p.a., Eni Gas e Luce S.p.a., Iren Mercato S.p.a., Axpo Italia S.p.a., Eon Energia S.p.a., Sorgenia S.p.a., Edison Energia S.p.a., Green Network S.p.a..

considerazione, infatti, EE ha acquisito un numero di clienti provenienti dalla maggior tutela (in rapporto al totale delle attivazioni che include anche quelle di clienti provenienti da altri fornitori attivi sul mercato libero) superiore a quanto ci si sarebbe potuti attendere, data la dimensione relativa del flusso di clienti in uscita dalla MT (in rapporto al numero complessivo di clienti che, avendo cambiato fornitore, erano potenzialmente oggetto di azioni commerciali da parte della società)¹⁴⁰. Viceversa, gli altri operatori hanno conseguito, nel caso dei clienti domestici, un numero relativo di attivazioni dalla maggior tutela sempre inferiore a quello che ci si sarebbe potuti aspettare, mentre con riferimento ai clienti non domestici, anche nei casi in cui tale peso è risultato superiore alle attese, non è mai stato della stessa entità di quello di Enel Energia, né tantomeno è stato mantenuto con la stessa continuità.

123. La particolare rilevanza dei clienti serviti in maggior tutela per EE rispetto ai concorrenti è confermata anche confrontando, per i diversi operatori, il peso delle attivazioni provenienti dalla maggior tutela sul totale delle attivazioni¹⁴¹, con la dimensione relativa di tale bacino rispetto allo *stock* complessivo di clienti potenzialmente attivabili da parte di Enel Energia (in quanto appartenenti al segmento della maggior tutela oppure serviti da altri operatori sul segmento del libero)¹⁴².

¹⁴⁰ Si tratta della differenza $(A_{MTi}/A_{Ti}) - (F_{MT}/F_{Ti})$. Il primo termine è dato dal rapporto (A_{MTi}/A_{Ti}) , dove A_{MTi} è il numero di nuove attivazioni servite sul mercato libero a favore dell'impresa i-esima relative a utenze in precedenza servite in regime di maggior tutela; A_{Ti} rappresenta il totale dei nuovi clienti acquisiti dall'impresa i-esima in un anno, comprensivi sia dei clienti usciti dalla maggior tutela sia dei clienti già serviti sul mercato libero che hanno cambiato fornitore. Il secondo termine è dato dal rapporto F_{MT}/F_{Ti} , dove F_{MT} indica rispettivamente il totale di clienti che nell'anno in questione escono dalla maggior tutela, qualunque sia il fornitore al quale sono stati destinati, mentre F_{Ti} rappresenta il totale di clienti (serviti sia sul segmento della maggior tutela sia del libero) che nel medesimo anno cambiano fornitore, al netto dei clienti usciti dall'impresa i-esima. F_{Ti} indica infatti il numero di clienti che l'impresa i-esima è in grado di acquisire e per tale ragione vanno esclusi dai flussi di clienti che cambiano operatore quelli che escono dalla medesima. L'indicatore così costruito per Enel Energia è pari, per i clienti domestici, a 8,2% nel 2014, 8,9% nel 2015, 11,7% nel 2016 e 15,4% nel 2017, e, per i clienti non domestici, a 16,2% nel 2014, 19,5% nel 2015, 19,3% nel 2016 e 22,7% nel 2017. Come detto, tutti gli altri operatori hanno invece valore negativo per questa differenza, il che significa che – contrariamente a quanto succede per Enel Energia – il loro portafoglio di nuovi clienti in ciascun anno è meno sbilanciato verso i clienti provenienti dalla maggior tutela di quanto ci si potrebbe attendere data la struttura complessiva dei flussi di clienti sul mercato. Solo per i clienti non domestici si hanno alcune eccezioni isolate di imprese per le quali questa differenza, pur molto minore in valore assoluto rispetto a quella di Enel Energia, ha comunque un valore positivo: si tratta di Eni nel 2014 e nel 2017, di Iren Mercato nel 2014 e di Acea Energia nel 2017. Anche tali imprese, tuttavia, hanno poi sempre valori negativi in tutti gli altri anni oggetto di osservazione.

¹⁴¹ Vedi nota precedente.

¹⁴² In questo caso il valore di riferimento è dato dunque dal peso del segmento della maggior tutela sul mercato complessivo nell'anno precedente ($stock_{MT-1}/stock_{T-1}$). Con riguardo a questo secondo confronto, va considerato che il peso ancora molto importante dello *stock* di clientela in maggior tutela e la mobilità relativamente più elevata fatta registrare dagli utenti che sono già passati sul mercato libero fanno sì che sia molto difficile, per un operatore, avere una quota di clienti provenienti dalla maggior tutela sul totale delle proprie nuove acquisizioni che uguagli o superi l'indicatore di riferimento, cioè il peso sul numero totale dei clienti rappresentato dai clienti ancora serviti in maggior tutela. Detto in altri termini, la differenza $(F_{MTi}/F_{Ti}) - (stock_{MT-1}/stock_{T-1})$ tende ad avere valori in genere fortemente negativi, più elevati, in valore assoluto, di quelli registrati dal precedente confronto tra la medesima struttura di acquisizione di ogni società e la composizione media dei flussi di clienti. Per questo motivo, anche Enel

124. In conclusione, l'analisi descrittiva compiuta sulle informazioni disponibili evidenzia che la struttura di acquisizione di nuovi clienti di Enel Energia nei territori nei quali la società collegata ESE/SEN esercita il servizio di maggior tutela è molto sbilanciata verso le acquisizioni dalla maggior tutela, sia in termini assoluti che in confronto a tutti i principali concorrenti.

IV. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

IV.1 LE ARGOMENTAZIONI DI ENEL ENERGIA¹⁴³

125. Preliminarmente, Enel Energia ha sottolineato che non avrebbe elaborato alcuna strategia commerciale specifica nei confronti dei clienti SEN, ma avrebbe adottato iniziative volte legittimamente a massimizzare i profitti a fronte del progressivo mutamento del quadro di riferimento. In particolare, quando a livello legislativo è emersa l'ipotesi di definitiva cessazione del regime di MT, sulla base di analisi di mercato perfettamente replicabili da qualsiasi operatore, EE ha elaborato un'offerta commerciale per indurre i clienti MT (non solo SEN) a passare con la stessa EE, ovvero l'offerta Sempre con Te, la quale è stata altresì sottoposta a un apposito test di predatorietà ed è risultata pienamente legittima in una prospettiva *antitrust*¹⁴⁴.

IV.1.1 Sulle anagrafiche SEN

126. In merito all'utilizzo dei dati, diversamente da quanto ipotizzato in avvio, non sarebbe emerso in alcun modo che EE abbia sfruttato indebitamente il patrimonio privilegiato ESE/SEN rappresentato dai dati anagrafici, fiscali e di fatturazione della clientela tutelata. Al contrario, gli unici dati transitati tra le due società consisterebbero nelle anagrafiche di clienti tutelati che hanno fornito il proprio consenso *privacy* a essere ricontattati a fini commerciali, che EE ha acquisito dalla società collegata a partire dal 2012 sulla base di un apposito contratto (c.d. *permission marketing*).

127. Si tratterebbe di informazioni che non possono essere considerate privilegiate né irreplicabili e il cui utilizzo non potrebbe integrare un abuso, considerato in particolare che:

- le anagrafiche ESE/SEN sono nella disponibilità di tutti gli operatori

Energia ha, sia per i clienti domestici che per i non domestici e in tutti e quattro gli anni, dei valori negativi della predetta differenza $(F_{MTi}/F_{Ti}) - (stock_{MT-1}/stock_{T-1})$. In valore assoluto, tuttavia, tali valori sono sempre i più bassi, senza alcuna eccezione, rispetto a quelli di tutti gli altri concorrenti.

¹⁴³ Cfr. docc. 156, 170, 246, 259, 339 e 535.

¹⁴⁴ In particolare, nel luglio del 2017 la Sempre con Te si collocava al 44° su 66 nel c.d. "Trova Offerte" dell'ARERA.

concorrenti di EE. Sul sito *internet* della società di MT è presente una informativa in cui si manifesta la disponibilità della società a cedere le proprie anagrafiche a chiunque ne abbia interesse;

- tali anagrafiche non sono le uniche disponibili sul mercato. La stessa EE per le proprie attività commerciali si avvale anche di liste acquisite autonomamente attraverso la raccolta consensi dalla propria *customer base* o da *list provider* terzi;
- non vi sarebbe neanche alcuna garanzia che i clienti contattati siano ancora serviti in maggior tutela, anche laddove si consideri la circostanza – attestata nella stessa CRI – che EE impiegava ancora all’inizio del 2017 anagrafiche acquisite due anni prima e dunque suscettibili di rappresentare una situazione non aggiornata. Peraltro, l’informazione sull’appartenenza di un consumatore alla MT sarebbe del tutto irrilevante in una prospettiva commerciale, in quanto ciò che rileva è solo la possibilità di acquisire un nuovo cliente, a prescindere dal segmento di provenienza. Ciò sarebbe anche attestato dal fatto che nessun operatore ha ritenuto di acquisire le liste SEN. In ogni caso, anche liste diversamente reperibili sul mercato (es. Supermoney¹⁴⁵) consentirebbero di reperire il dato relativo all’appartenenza o meno di un cliente alla MT;
- la rilevanza commerciale delle anagrafiche noleggiate da SEN sarebbe del tutto marginale. Il numero di clienti acquisiti da EE sulla base delle liste noleggiate da SEN dal 2015 ad oggi sarebbe infatti pari a solo [20.000/40.000] utenze, corrispondenti a meno dell’[omissis]% dei clienti SEN acquisiti nel medesimo periodo e allo [omissis]% della base clienti SEN;
- infine EE, già prima dell’avvio del procedimento, aveva scelto autonomamente di interrompere il noleggio delle liste di clienti SEN in vista dell’imminente chiusura, a partire dal 1° giugno 2017, del canale di *teleselling outbound*.

128. Quanto al corrispettivo particolarmente elevato pattuito per l’acquisizione dei contatti per le annualità 2016 e 2017, EE ha dichiarato che le liste SEN avevano requisiti di qualità maggiore rispetto a quelle presenti sul mercato anche in termini di rispetto della normativa sulla *privacy*. La società, inoltre, pur riconoscendo che il prezzo unitario risultava superiore al

¹⁴⁵ Tale società, come attestato da EE al momento della propria memoria finale, avrebbe indirizzato alla società una proposta commerciale (in data 12 settembre 2018) per la fornitura di [500.000/1.000.000] anagrafiche di consumatori serviti in MT. L’informazione del mercato di appartenenza sarebbe stata ricavata dalla società proponente in particolare attraverso dati forniti dagli utenti *online*, interviste effettuate tramite un operatore telefonico, campagne *marketing* mirate all’arricchimento del dato e profilazione attraverso l’incrocio delle proprie banche dati con quelle di terze parti. La stessa Supermoney, peraltro, si è resa disponibile ad adottare una serie di iniziative volte a incrementare il numero di anagrafiche relative a clienti serviti in MT qualora Enel Energia avesse manifestato interesse a procedere all’acquisizione.

prezzo medio di mercato, ha osservato che complessivamente si è trattato di un investimento modesto, pari a circa [1/10] milioni di euro, che qualsiasi operatore concorrente sarebbe in grado di sostenere¹⁴⁶.

129. In conclusione, la società ha sostenuto che, posto che le anagrafiche SEN non costituirebbero in alcun modo un'informazione privilegiata o irreplicabile, il loro utilizzo da parte di EE non potrebbe per definizione costituire una condotta abusiva. A ogni modo, EE ha rappresentato che le stesse sono state utilizzate per collocare mediante il *teleselling outbound*, prima della chiusura del canale, numerose offerte e non solo quelle dedicate a clienti in MT, le quali peraltro sarebbero da ricondurre alla sola *Sempre con Te*, proposta unicamente per due mesi attraverso il canale telefonico e comunque – come già menzionato – del tutto legittima sotto il profilo *antitrust*.

IV.1.2 Sui Punti Enel e sull'organizzazione interna

130. La contestazione contenuta nella CRI secondo cui EE avrebbe abusivamente utilizzato gli spazi fisici per la clientela in maggior tutela per far sottoscrivere contratti sul ML sarebbe altresì priva di fondamento. Con riferimento ai punti vendita diretti (“PE”) e *partner* (“PENP”), infatti, il modello organizzativo adottato - [omissis] - garantirebbe la netta separazione tra le attività sui due mercati ed escluderebbe alla radice la possibilità di sfruttare indebitamente informazioni e prerogative irreplicabili. E infatti a tal riguardo:

- all'interno di ciascun punto vendita sono previste due postazioni nettamente distinte che si occupano l'una delle attività di vendita sul ML e l'altra delle attività gestionali a favore sia dei clienti SEN sia dei clienti EE;
- presso la postazione di vendita sul ML è impiegato unicamente personale EE, mentre presso la postazione gestionale è impiegato personale SEN, remunerato ai sensi del contratto di servizio. Il personale adibito all'una o all'altra postazione è poi dotato di abilitazioni dedicate ai sistemi informativi in relazione alla specifica attività svolta. Il personale è inoltre comunque tenuto al rispetto di specifiche regole comportamentali volte ad assicurare che tra le due postazioni non vi sia alcun tipo di interazione.

131. Da quanto sopra, risulterebbe evidente che i punti vendita non possano rappresentare un canale di contatto che EE sfrutta indebitamente per acquisire clientela dalla MT¹⁴⁷. Secondo la società, anche la previsione di

¹⁴⁶ Cfr. doc. 259, cit..

¹⁴⁷ A conferma della trasparenza che caratterizzerebbe l'organizzazione dei punti fisici, secondo la società varrebbe anche la circostanza per cui i tassi di reclusione rilevata dei PE e dei PENP sono stati sempre particolarmente bassi.

incentivi economici connessi alla vendita di contratti sul ML [omissis]. Un sistema di incentivazione, peraltro, non potrebbe da solo costituire un abuso, ma potrebbe al più rafforzare una condotta di per sé illecita (che, nel caso di specie, non sussisterebbe).

132. Si tratterebbe, infine, anche in questo caso, di un canale perfettamente replicabile. Al riguardo, EE nota che tutti i principali concorrenti sarebbero dotati di reti commerciali di dimensioni paragonabili¹⁴⁸ e a ogni modo qualunque operatore, anche mediante sinergie derivanti dallo sviluppo di punti fisici *multiutility* o di punti vendita presso centri commerciali, potrebbe dotarsi di una simile rete di negozi.

133. Peraltro, solo ai Punti Enel diretti potrebbero essere ricondotte le contestazioni di cui alla CRI, in quanto il personale dei PENP non è dipendente né di SEN né di EE e il sistema di incentivazione economica non si applica ai medesimi, quindi sarebbero inconferenti rispetto ai PENP i profili di illegittimità sollevati dagli Uffici nella CRI medesima.

134. Quanto all'organizzazione interna del gruppo, e in particolare all'area Mercato Italia, infine, posto che i Punti Enel costituirebbero un canale di vendita pienamente legittimo, ogni riferimento al contesto organizzativo in cui gli stessi si inseriscono sarebbe del tutto irrilevante. Peraltro, l'organizzazione interna sarebbe comunque volta alla mera ottimizzazione di strutture e risorse, al fine di contenimento dei costi, e gli *staff meeting* Mercato Italia rappresenterebbero solamente dei momenti di aggiornamento del responsabile della medesima, non costituendo sede di definizione della strategia di gruppo. La definizione di una strategia unitaria da parte del gruppo Enel nell'ambito dell'area Mercato Italia sarebbe comunque pienamente lecita, in quanto non vi è nessuna dimostrazione di un fine escludente a cui la stessa sia preordinata.

IV.1.3 Sull'idoneità dell'asserito abuso a produrre effetti restrittivi

135. EE ha sottolineato inoltre che (i) i dati di mercato menzionati nella CRI non sono idonei a provare alcun effetto escludente e che, comunque, (ii) le condotte contestate non sarebbero state idonee a produrre alcun effetto abusivo nei confronti degli operatori concorrenti (*cf.* più in dettaglio *infra*, argomentazioni addotte dal consulente economico incaricato dalle Parti).

IV.1.4 Sulla politica di winback

136. Per quanto attiene l'attività di *winback*, Enel Energia ha affermato che la stessa viene svolta attraverso un numero ristretto di società fornitrici terze esclusivamente con sedi in Italia, con divieto di subappalto, cui vengono

¹⁴⁸ In particolare, sono presenti sull'intero territorio nazionale [omissis].

fornite apposite liste di clienti da contattare. La ripartizione delle liste avverrebbe in modo indifferenziato e non verrebbero, pertanto, assegnati elenchi specifici sulla base, ad esempio, dell'informazione relativa al *trader* di destinazione del cliente. Le società che si occupano di *winback*, inoltre, impiegherebbero *script* commerciali generici e indifferenziati; le offerte sarebbero quelle in portafoglio, visibili anche sul sito *internet* di EE, mentre non esisterebbero offerte di tipo selettivo, rivolte a una determinata categoria di utenti, quali ad esempio – di nuovo - clienti in uscita verso un particolare *trader*.

137. Quanto ai tassi di successo dell'attività di *winback* osservati per ciascun *trader*¹⁴⁹, gli stessi sarebbero il risultato di elaborazioni successive funzionali a valutare l'efficacia dell'attività di *winback* stessa. La diversità dei tassi di successo secondo EE può discendere da una pluralità di fattori, tra cui le capacità professionali degli operatori di *winback*, la diversa propensione allo *switching* dei clienti, ma soprattutto il livello qualitativo delle vendite effettuate dai diversi *trader*. L'elevato tasso di *redemption* registrato nell'attività di *winback* svolta nei confronti di Green Network negli anni 2015 e 2016, in particolare, sarebbe secondo EE da ricondurre alla strategia di acquisizione ingannevole e aggressiva posta in essere dalla stessa GN negli anni in questione, in particolare nei confronti della clientela di Enel Energia¹⁵⁰.

138. Con riguardo al diverso fenomeno dell'acquisizione su ML da parte di EE di clienti di altro operatore che originariamente erano serviti in MT da ESE/SEN, e in particolare con riferimento alla circostanza secondo la quale - dalle elaborazioni effettuate dagli Uffici - emerge un valore di acquisizioni da parte di EE di clienti dell'operatore GN in precedenza forniti da ESE/SEN pari a circa [3/5] volte il valore medio delle acquisizioni da altri operatori, EE ritiene che tale fenomeno possa avere due giustificazioni concorrenti: da un lato, il livello qualitativo delle vendite perfezionate da GN (*cfr.* quanto sopra) e, dall'altro, il comportamento tipicamente tenuto dal consumatore, una volta che lo stesso sia passato sul ML; in relazione a quest'ultimo aspetto, infatti, sulla base dei dati periodici pubblicati dall'ARERA, secondo

¹⁴⁹ *Cfr.* doc. 49.15, in particolare slide n. 16, cit.. In tale documento, la percentuale di successo (c.d. *redemption*) è calcolata per ciascun *trader* come rapporto tra il numero di siti recuperati così come risultante dagli esiti di lavorazione delle liste da parte dei fornitori e il numero di siti per cui il *trader* stesso era indicato nella lista assegnata quale operatore di destinazione.

¹⁵⁰ In particolare, i recessi dei clienti residenziali verso Green Network registrati da Enel Energia nel 2015 sono quasi [omissis] per i clienti domestici e più che [omissis] per i clienti *business* rispetto quelli registrati nel 2014, a testimonianza secondo EE dell'adozione da parte di GN di una strategia di acquisizione massiva su tali segmenti. Il numero di recessi ha subito una contrazione solo nell'ultimo trimestre del 2016 (ovvero, compatibilmente con le tempistiche degli *switching*, subito dopo l'avvio del procedimento per inottemperanza per pratiche commerciali scorrette da parte dell'Autorità), in cui si è registrata una diminuzione di oltre l'[omissis]% rispetto alla media dei tre trimestri precedenti. In tal senso, l'espressione "GN out" di cui al doc. 49.15 sarebbe da ricondursi proprio all'osservazione da parte di EE del fenomeno per cui da agosto 2016 si è osservata una forte riduzione del numero di recessi provenienti da Green Network.

EE emerge una chiara tendenza dei consumatori a rimanere, una volta fuoriusciti dal regime tutelato, sul mercato libero, con una elevata propensione allo *switching* tra i vari operatori.

IV.1.5 Ulteriori argomentazioni di Enel Energia

139. EE ha teso ulteriormente ad affermare che, anche nell'ipotesi in cui l'Autorità dovesse valutare che il modello dei Punti Enel integri un illecito *antitrust*, lo stesso non sarebbe in ogni caso sanzionabile atteso che il gruppo avrebbe nel tempo maturato un legittimo affidamento sulla relativa liceità. Sul punto Enel Energia osserva che nessuna norma legislativa o regolamentare imponeva una separazione tra la MT e il ML fino all'entrata in vigore della delibera sul *brand unbundling*¹⁵¹; inoltre l'AGCM, pur avendo avviato numerose istruttorie nei confronti delle società del gruppo Enel, non ha mai rivolto la propria attenzione su tale aspetto; infine, una contestazione analoga non è mai stata formulata nei confronti di alcuna altra realtà societaria nella quale convivono attività regolate e attività a libero mercato. La non sanzionabilità della condotta deriverebbe anche dalla "complessità del contesto giuridico e fattuale nel quale [la stessa] si è concretamente sviluppata", nonché dall'assoluta "novità della fattispecie".

140. Quanto, da ultimo, al calcolo di un'eventuale sanzione pecuniaria, per quel che concerne la quantificazione dell'importo base, l'Autorità dovrebbe tenere conto delle seguenti circostanze: (i) il mercato rilevante ha dimensione geografica locale e, dunque, l'AGCM dovrà prendere a riferimento solo il valore delle vendite realizzato negli ambiti geografici in cui il gruppo Enel è dominante (peraltro, non puntualmente identificati nella CRI); (ii) gli unici canali di vendita eventualmente interessati sarebbero il *teleselling outbound* (con esclusivo riferimento all'utilizzo delle anagrafiche ESE/SEN) e i Punti Enel, dunque l'AGCM dovrebbe prendere in considerazione solo le acquisizioni di EE da SEN realizzate mediante detti canali.

141. Con riferimento alla durata, l'inizio del presunto abuso non potrebbe in ogni caso essere fatto risalire antecedentemente al 2015, anno in cui è stato avviato l'*iter* parlamentare per la definitiva cessazione del regime di MT; entrambe le condotte contestate nella CRI sarebbero poi cessate ben prima della notifica della stessa; in particolare, la condotta relativa alle anagrafiche ESE/SEN, sarebbe cessata al più il 1° giugno 2017, data di chiusura del *teleselling outbound*, e la condotta relativa ai Punti Enel sarebbe cessata nel 2016, grazie ai correttivi attuati dal gruppo a valle del menzionato *audit* interno. Il sistema incentivante collettivo, infatti, non sarebbe idoneo ad essere considerato quale autonomamente abusivo. Peraltro, il 25 settembre

¹⁵¹ La cui efficacia è stata peraltro sospesa fino alla pronuncia del Consiglio di Stato del 27 novembre 2017.

u.s. – in attuazione della definitiva sentenza del Consiglio di Stato in materia di *brand unbundling* – SEN e EE hanno completato il piano di separazione di tutti i punti fisici sul territorio.

142. Per quel che concerne infine la gravità di un eventuale abuso ascritto al gruppo, le condotte contestate non potrebbero essere giudicate né particolarmente gravi, né gravi, ai sensi della consolidata giurisprudenza *antitrust*, soprattutto in quanto non avrebbero prodotto alcuna effettiva alterazione delle dinamiche concorrenziali. Inoltre, andrebbero comunque tenute in considerazione le circostanze attenuanti, quali il legittimo affidamento già richiamato e l'esistenza e l'implementazione sin dal 2005 di un programma di *compliance antitrust*.

IV.2 LE ARGOMENTAZIONI DI SERVIZIO ELETTRICO NAZIONALE¹⁵²

143. Secondo le argomentazioni di SEN, le contestazioni mosse nella CRI sarebbero affette da numerosi errori che ne dimostrerebbero l'infondatezza. In particolare, la narrazione della presunta strategia di svuotamento massivo nella CRI sarebbe illogica e priva di riscontro, in quanto condotte iniziate anni prima (secondo la CRI, dal 2012) dell'ideazione di una strategia (per far fronte alla fine del regime di maggior tutela, quindi dal 2015) non potrebbero essere considerate attuazione né funzionali alla strategia stessa. Anzi, tutte le condotte indicate nella CRI come adottate da SEN ed EE dopo il 2015 proverebbero al più un indebolimento di qualsiasi strategia, in un'ottica di *antitrust compliance*.

144. Peraltro, prima che il rischio di trasferimento coattivo in blocco degli utenti SEN fosse concretamente evocato (il che è avvenuto solo nel 2017, con l'emergere dell'ipotesi di aste¹⁵³), una strategia di svuotamento massivo del bacino della MT sarebbe stata economicamente irrazionale proprio nell'ottica di gruppo ipotizzata dalla stessa CRI, anzi avrebbe condotto a una vera e propria "*distruzione della marginalità complessiva del gruppo stesso*".

145. Peraltro, la CRI sarebbe viziata dalla mancata analisi del presupposto della dominanza. In linea con la prassi dell'AGCM, la CRI sostiene infatti che i mercati rilevanti abbiano dimensione geografica locale, ma riporta

¹⁵² Cfr. docc. 157, 260 e 533. Si precisa che nella presente sezione alcune argomentazioni, analoghe a quelle addotte da Enel Energia e riportate nella precedente sezione, sono richiamate in maniera maggiormente sintetica.

¹⁵³ Il testo originario del D.D.L. Concorrenza (presentato il 3.4.2015) stabiliva l'abrogazione della maggior tutela a partire dall'1.1.2018 e prevedeva 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 solo in data 3.5.2017 (ossia, il giorno prima dell'avvio del procedimento). Quindi, prima di quella data non si poteva escludere che il legislatore valutasse un ampio ventaglio di possibili opzioni per la cessazione del SMT e pertanto, il presunto "movente" prospettato nel provvedimento d'avvio non sarebbe mai sussistito.

unicamente dati a livello nazionale, non identificando in concreto i mercati rilevanti locali e, quindi, non analizzandoli in alcun modo. Mancherebbe quindi il presupposto indispensabile per poter censurare le condotte di Enel ai sensi dell'art. 102 TFUE.

146. La CRI sosterebbe poi che le condotte contestate siano oggettivamente abusive per la loro natura e i loro scopi, per cui non sarebbe necessario verificarne gli effetti prodotti. Per consolidata prassi e giurisprudenza europea e nazionale, invece, gli unici tipi di abuso qualificabili come tali per loro natura sono gli sconti condizionati a obblighi di esclusiva espressi o di fatto. Per qualsiasi altra fattispecie, quali le due condotte contestate, se l'Autorità sostiene che le stesse integrino un abuso dovrebbe provarne in concreto la capacità escludente. Questo onere graverebbe in ogni caso e a maggior ragione in capo all'AGCM quando la Parte produca ampie prove della assenza di effetti escludenti (*cf. infra*, memoria del consulente economico).

147. Quanto alle singole condotte contestate, e in particolare in primo luogo in merito alla raccolta e cessione a EE dei dati relativi ai consensi *privacy* della propria clientela, SEN ha affermato che i seguenti fattori sconfesserebbero manifestamente ogni ipotesi di abusività:

- il SMT non sarebbe un monopolio, poiché è anzi esercitato in concorrenza con tutti gli operatori del mercato libero, all'interno di mercati rilevanti nei quali la stessa CRI in linea con la prassi decisionale dell'AGCM include sia il SMT che il ML;
- per loro natura, sul piano quantitativo e per le modalità di raccolta, le informazioni contenute nelle liste SEN non sarebbero indispensabili, né per EE né per i concorrenti¹⁵⁴. A riprova di ciò, dopo aver ricevuto la lista SEN del 2015, EE ha deciso spontaneamente di non chiedere più il trasferimento di altre liste SEN e nei primi mesi del 2017 (prima dell'avvio del procedimento) ha addirittura deciso di chiudere il canale deputato all'uso di simili liste (*teleselling outbound*). I concorrenti di SEN ed EE hanno poi espressamente dichiarato di non essere interessati alle liste SEN perché trovano di meglio sul mercato;
- le liste SEN non sarebbero affatto irreplicabili. Qualsiasi operatore professionale o dei mercati dell'energia potrebbe raccogliere le stesse informazioni con costi analoghi o più bassi di quelli incorsi da SEN;
- SEN non avrebbe operato alcuna discriminazione né nella raccolta né

¹⁵⁴ Tale elemento differenzerebbe in misura rilevante il caso in esame dai precedenti comunitari richiamati nella CRI, ad esempio dal caso Engie perseguito dall'Autorità francese (*cf. Autorité de la concurrence*, provv. 21.3.2017 n. 17-D-06), in quanto le banche dati Engie comprendevano una serie di informazioni dotate di un alto grado di dettaglio, specificità e sensibilità, tali da renderle a tutti gli effetti dati strategici, a differenza dei dati di cui al caso di specie. Peraltro, nel caso Engie le informazioni riguardavano la quasi totalità dei consumatori francesi di gas, ossia quasi 11 milioni di clienti nel 2017, mentre nel caso in esame la quantità di anagrafiche trasferite da SEN a EE è stata molto più modesta.

nell'offerta dei dati. Sono stati gli utenti a esprimere diverse preferenze nel rilascio dei consensi alle società del gruppo Enel e a terzi, senza alcun condizionamento. La richiesta di consensi separati per usi diversi è una prassi del mercato, lecita e consigliabile in base alla normativa sulla *privacy* e finanche obbligatoria per le società che gestiscono sia il SMT e il ML. SEN sarebbe stata anche proattiva nell'offrire a terzi le liste contenenti anagrafiche;

- anche solo per le quantità modeste di anagrafiche contenute nelle liste SEN (circa [omissis] nel 2015) e di attivazioni EE sulla base di tali liste (in tutto [20.000/30.000] dal 2015), rispetto alle dimensioni dei mercati rilevanti (circa 40 milioni di utenze), alla base clienti SEN (circa 20 milioni di utenze) e alle banche dati liberamente disponibili sul mercato (decine di milioni di anagrafiche con profili di profilatura più avanzati), non sarebbe ipotizzabile alcun tipo di effetto. Ancor meno sarebbe ipotizzabile alcuna correlazione con la presunta strategia nata nel 2015 o un rafforzamento di tale strategia a partire dal 2015.

148. Anche quanto alla seconda delle condotte contestate nella CRI, relativa alla condivisione dei Punti Enel, diversi fattori sconfesserebbero l'ipotesi di abusività, e specificamente:

- le condotte non riguarderebbero *input* indispensabili o irripetibili e la CRI non indicherebbe le concrete ricadute escludenti sui concorrenti;
- l'art. 102 TFUE non vieterebbe la condivisione di risorse a prezzi di mercato tra società del gruppo *incumbent* e la normativa di settore espressamente disciplinerebbe tale condivisione;
- le accuse sarebbero anche a questo riguardo illogiche e irragionevoli, perché mirerebbero a imporre in via retroattiva e parziale solo alcuni obblighi imposti dal nuovo regime regolamentare in materia di *brand unbundling*, entrato in vigore solo a partire dal 2017;
- i dati presentati da SEN e dai consulenti economici proverebbero in maniera analitica che anche questa condotta non avrebbe avuto alcuna capacità escludente e, in concreto, non avrebbe prodotto alcun effetto escludente sul mercato;
- in ogni caso, qualsiasi eventuale effetto restrittivo della condivisione sarebbe pienamente superato e bilanciato dai benefici complessivi per il sistema, rendendo oggettivamente giustificata e non abusiva la condotta contestata.

149. Non ricorrerebbero in conclusione nel caso di specie le condizioni per irrogare alcuna sanzione nei confronti di SEN, anche considerando che: l'infrazione non sarebbe grave e ancor meno molto grave; mancherebbe l'elemento soggettivo, data la complessità del quadro giuridico e fattuale di riferimento; l'AGCM sarebbe tardivamente intervenuta, quantomeno in relazione alla condivisione dei PE che rappresenterebbe un fatto pubblico e

notorio; le condotte sarebbero state espressamente autorizzate o comunque disciplinate dalla normativa di settore, non avrebbero prodotto alcun effetto escludente e sarebbero cessate prima dell'avvio del procedimento; Enel avrebbe infine adottato un efficace programma di *compliance antitrust* a ulteriore testimonianza del suo impegno al rispetto del diritto della concorrenza.

IV.3 L'ANALISI DEL CONSULENTE ECONOMICO¹⁵⁵

150. La teoria del danno elaborata nella CRI, secondo cui il gruppo Enel avrebbe avvantaggiato la propria società di vendita sul mercato libero rispetto ai concorrenti mediante l'utilizzo di due *asset* asseritamente non replicabili, le liste di contatto SEN e i Punti Enel, sarebbe erronea in quanto non dimostrerebbe affatto l'effettiva rilevanza di questi strumenti e la loro non replicabilità per gli altri operatori non verticalmente integrati.

151. Quanto alle liste di anagrafiche, andrebbe in primo luogo tenuto in considerazione che i dati di contatto acquisiti da EE coprono solo una quota estremamente residuale della base clienti SEN: per ciascun anno, in particolare, i contatti erano pari in media a circa il [0-5]% della *customer base* di SEN. Peraltro, le acquisizioni da SEN effettuate attraverso il canale del *teleselling outbound*, che fornirebbero una prima stima del grado di sfruttamento delle liste stesse da parte del gruppo Enel, risulterebbero in progressiva e costante diminuzione¹⁵⁶, diventando negli ultimi anni del tutto marginali nell'acquisizione di clienti ancora serviti in MT¹⁵⁷.

152. Inoltre, il peso delle liste SEN sarebbe marginale anche se paragonato a quello delle liste di terzi. Come attestato dal gruppo, infatti, nel periodo gennaio 2015-maggio 2017, EE avrebbe acquisito solo [20.000/40.000] clienti tramite le anagrafiche SEN; il numero di acquisizioni effettuate attraverso tali liste sarebbe pari solamente al [10-15]% delle acquisizioni di EE attraverso il canale del *teleselling outbound*. Le acquisizioni fatte tramite le liste SEN rappresenterebbero poi meno dello [0-5]% delle acquisizioni di EE nello stesso periodo. Le liste dei contatti SEN, quindi, risulterebbero tutt'altro che indispensabili per l'acquisizione di clientela da parte di EE.

153. In aggiunta, le liste sarebbero del tutto replicabili. In tal senso, preliminarmente andrebbe considerato che tutte le liste di contatti fornite da terzi *provider* sarebbero equivalenti alle liste SEN; infatti, come rilevato nella stessa CRI, la fornitura in MT rappresenta ancora la modalità prevalente di fornitura per la piccola clientela elettrica e, dunque, la

¹⁵⁵ Cfr. doc. 533, all. 1.

¹⁵⁶ Risultando pari al [10-15]% nel 2015, [0-5]% nel 2016 e [0-5]% nel 2017.

¹⁵⁷ Quanto specificamente all'offerta Sempre con Te, il *teleselling outbound* avrebbe contribuito in misura ancora più marginale, rappresentando solo lo [0-5]% delle acquisizioni da SEN nel periodo marzo-maggio 2017.

probabilità di contattare un cliente ancora in MT attraverso una qualunque altra lista sarebbe molto elevata e non crucialmente diversa da quella che si può ottenere tramite le liste di contatti SEN¹⁵⁸.

154. Quanto alla contestazione di cui alla CRI circa la condivisione dei punti fisici, anche relativamente alla stessa mancherebbe la prova di effettive criticità concorrenziali. In primo luogo, andrebbe infatti tenuto in conto che, in media, nel periodo 2012-2018 le acquisizioni di EE da SEN realizzate attraverso i PE rappresenterebbero solo circa il [10-15]% sul totale delle acquisizioni da SEN nel medesimo periodo. Inoltre, a seguito dell'*audit* interno, SEN e EE hanno modificato a partire dal 2016 il modello organizzativo dei PE rafforzando la segregazione delle attività tra MT e ML, mentre la CRI sostiene che anche la mera condivisione degli spazi sarebbe foriera di potenziali criticità concorrenziali. Questo tuttavia non sarebbe corretto in quanto, analizzando le acquisizioni di EE tramite i Punti Enel indiretti e, in particolare, il momento di discontinuità dato dalla chiusura del reparto SEN e il corrispondente passaggio dei PENP da plurimandatari a monomandatari, sarebbe possibile mostrare che la differenza delle acquisizioni medie mensili nel periodo *post* e nel periodo *pre*-chiusura del reparto SEN è intorno allo zero¹⁵⁹.

155. Anche i meccanismi di incentivazione economica di cui alle contestazioni della CRI non potrebbero essere considerati uno strumento della presunta strategia abusiva. In particolare, la variazione dell'EBITDA generata dal presunto traghettamento dei clienti dal mercato tutelato al mercato libero sarebbe infinitesimale: lo spostamento di circa [omissis] clienti¹⁶⁰ al ML avrebbe infatti causato un incremento dell'EBITDA [inferiore allo 0-5]%; dato il sistema di incentivazione applicabile e il meccanismo che definisce il legame con l'EBITDA, conseguentemente, il margine conseguito dal punto fisico a seguito delle acquisizioni tutelate non sarebbe in grado di determinare alcuna variazione negli incentivi del personale e, quindi, di alterarne in alcun modo il comportamento.

156. Anche le evidenze empiriche presentate nella CRI sarebbero poi criticabili sia sotto il profilo dell'adeguatezza degli indicatori utilizzati, sia per quanto riguarda l'interpretazione dei risultati ottenuti e del loro valore probatorio. In merito a tale secondo aspetto, in particolare, si tratterebbe solo di evidenze rappresentative delle dinamiche fisiologiche del mercato *retail* elettrico del tutto insufficienti a dimostrare che il gruppo Enel abbia intrapreso una efficace strategia abusiva, ma spiegabili con ipotesi

¹⁵⁸ Per di più, come già argomentato da SEN e EE, esistono *provider* che forniscono liste comparabili a quelle fornite da SEN, a un prezzo competitivo (*cfr.* Supermoney). In tali liste, il dato relativo all'appartenenza alla MT può presentare dei margini di errore, esattamente come nelle liste SEN.

¹⁵⁹ Inoltre, le acquisizioni provenienti dalla MT del gruppo aumenterebbero del [30-40]% dopo la fine della commistione degli spazi nei PENP tra SEN ed EE.

¹⁶⁰ Tale dato, secondo le informazioni rese dalle Parti, rappresenterebbe il numero totale di clienti acquisiti da EE attraverso il canale dei punti fisici diretti e provenienti da SEN.

alternative quali (i) la naturale tendenza dei clienti che lasciano la MT a rivolgersi all'operatore storicamente radicato nel medesimo territorio e (ii) la scelta strategica del gruppo Enel, nel mutato contesto di riferimento, di formulare offerte concorrenziali che sono risultate particolarmente attraenti per la clientela tutelata¹⁶¹.

IV.4 LE ARGOMENTAZIONI DI ENEL S.P.A.¹⁶²

157. La società capogruppo ha in primo luogo rivendicato il rispetto da parte del gruppo Enel di tutte le prescrizioni normative e regolamentari succedutesi nel tempo, nonché la circostanza per cui il gruppo stesso – andando anche oltre gli obblighi di legge previsti – ha accentuato gli aspetti pro-concorrenziali del proprio assetto societario andando a costituire due distinte entità per il mercato tutelato (SEN, già ESE) e per il mercato libero (EE).

158. Peraltro, sempre con riguardo agli aspetti organizzativi, la CRI non avrebbe in alcun modo provato che l'organizzazione interna parzialmente commista tra le due società abbia effettivamente favorito EE o prodotto flussi informativi bi-direzionali tra le due società. Inoltre, le strategie di *marketing* di EE non sarebbero affatto decise nell'ambito degli *staff meeting* dell'Area Mercato, ma sarebbero definite in modo autonomo dalla funzione *Marketing and Supply*, che è interamente composta da dipendenti di EE i quali non hanno alcun accesso ai database di SEN. In merito alla separazione dei sistemi informativi/banche dati, Enel S.p.a. ha altresì sottolineato l'esistenza di specifiche disposizioni organizzative, risalenti al 2013, le quali assicurano una netta segregazione delle banche dati.

159. Quanto alla contestazione inerente alla supposta volontà strategica del gruppo di promuovere le uscite da ESE/SEN verso EE, poi, la società capogruppo ha affermato che rispetto a SEN non esisterebbe in realtà alcun obiettivo né di farla crescere né di farla decrescere, ma solo un obiettivo di

¹⁶¹ In particolare, la memoria economica svolge tre esercizi, volti a mostrare che se le performance di EE nell'acquisizione di clienti in MT fossero attribuibili all'utilizzo di strumenti irripetibili e non alla naturale tendenza dei consumatori a rivolgersi all'impresa radicata nel territorio e/o alla predisposizione di offerte particolarmente attraenti si dovrebbe avere che:

1) i risultati ottenuti da EE dovrebbero essere diversi da quelli di tutti gli altri operatori verticalmente integrati che non hanno attuato analoghe pratiche escludenti, il che non risulta verificato dal confronto con un altro operatore integrato rispetto al quale non è stata ipotizzata dall'Autorità alcuna violazione dell'art. 102 TFUE;

2) lo "sbilanciamento" del portafoglio di acquisizioni dal mercato tutelato si sarebbe dovuto osservare solo nelle aree in cui il gruppo Enel è il fornitore di maggior tutela e non in altre aree, mentre anche questo assunto non risulta verificato dall'analisi dei risultati ottenuti da EE in territori "fuori rete";

3) nel momento in cui le condotte asseritamente abusive (secondo la stessa ricostruzione della CRI) sono cessate o si sono attenuate, le acquisizioni dalla MT avrebbero dovuto subire una riduzione o una decelerazione, mentre neanche tale assunto risulta verificato dal confronto delle acquisizioni di clienti SEN tra i due periodi.

¹⁶² Cfr. docc. 244, 269, 534. Anche nella presente sezione le argomentazioni già addotte dalle società controllate riportate nelle precedenti sezioni sono solo sinteticamente richiamate.

mantenimento di livelli elevati di qualità del servizio. I documenti ispettivi riguardanti piani strategici, da cui sembra emergere la volontà del gruppo di far transitare i clienti dal parco in MT a quello a ML, andrebbero in realtà contestualizzati in un momento in cui si sapeva che sarebbe dovuta finire la maggior tutela, ma né il regolatore né il legislatore avevano ancora indicato come, e quindi è naturale che il gruppo – al pari di tutti gli altri operatori – facesse dei ragionamenti per trovare possibili soluzioni. In particolare, si aveva presente il modello del gas che aveva funzionato bene, e si cercava una soluzione simile. Sui documenti specifici relativi alla volontà del gruppo di far transitare clienti da SEN verso EE, Enel S.p.a. ha affermato che in realtà la volontà era quella di acquisire quanti più clienti possibile dalla MT, non solo clienti SEN, facendo leva su elementi legittimi per convincerli a effettuare il passaggio a EE, ad esempio rassicurandoli sulle condizioni economiche.

160. Conseguentemente, l'esistenza di una strategia anti-competitiva quale quella contestata nella CRI rimarrebbe una mera ipotesi non corroborata da sufficienti evidenze, laddove il disegno asseritamente abusivo volto al traghettamento dei clienti verrebbe fatto risalire a pochissimi documenti, in grado in realtà soltanto di attestare *“l'occasionale espressione di aspirazioni che non esulano dalla normale condotta di un'impresa commerciale in un regime di libera concorrenza”*¹⁶³.

161. Secondo la società, inoltre, non ricorrerebbero i presupposti per il coinvolgimento di Enel S.p.a. ai sensi dei principi elaborati in materia di *parent company liability*. Ad avviso della Parte, infatti, la giurisprudenza europea riterrebbe necessaria – anche nel caso di partecipazioni pari al 100% del capitale sociale – la prova del coinvolgimento della *holding* nella determinazione delle condotte delle controllate, la quale non sussisterebbe nel caso di specie (o, comunque, non vi sarebbe *“prova del contrario”*). E invero, vi sarebbe piuttosto evidenza in atti che Enel S.p.a. abbia dismesso, a partire dalla riorganizzazione attuata nel 2014, ogni ruolo di centro decisionale, affidato invece alle società operative, assumendo la mera funzione di promuovere le *best practices* tra queste ultime.

162. Da ultimo, sempre in via di mero subordine rispetto alle considerazioni svolte in tema di insussistenza dell'illecito, Enel S.p.a. ha sottolineato come l'Autorità dovrebbe eventualmente qualificare come non grave la violazione al fine del calcolo delle sanzioni, attenuandone in ogni caso l'entità in virtù degli sforzi posti in essere dal gruppo al fine di garantire un elevato livello di *antitrust compliance*.

163. Il programma di *compliance* del gruppo Enel preesiste all'avvio del presente procedimento, in quanto è stato completato per la prima volta nel

¹⁶³ In merito ai singoli documenti citati nella CRI, alcuni attesterebbero delle semplici opinioni personali di dipendenti, peraltro in alcuni casi afferenti a funzioni “periferiche”, dunque non in grado di provare in alcun modo l'esistenza di una strategia di gruppo concertata a livello di *holding*.

2005, articolandosi già al tempo in interviste e *due diligence* miranti a coinvolgere le funzioni della *holding* e i vertici delle società del gruppo più esposte ai rischi *antitrust*, mappatura delle situazioni più esposte a rischio e interventi mirati a prevenire condotte anticompetitive, adozione di un Manuale di conformità alla normativa *antitrust* contenente una panoramica delle principali tematiche rilevanti, *focus* sulle attività emerse in sede di mappatura del rischio e regole specifiche per i dipendenti Enel, con obblighi di coinvolgimento dell'Unità Antitrust competente, regole di partecipazione a enti associativi e sanzioni disciplinari in caso di violazioni. Sono state svolte, poi, fin dall'adozione del programma, attività di formazione sui contenuti del manuale per i dipendenti che, al tempo, ricoprivano posizioni sensibili sotto un profilo *antitrust*, i quali hanno altresì sottoscritto una lettera di assunzione di responsabilità. Il manuale è stato aggiornato nel 2009 (con l'inclusione di sezioni dedicate alle pratiche commerciali scorrette) e nel 2011. Nell'ambito del processo di internazionalizzazione del Gruppo, programmi di *compliance* sono stati adottati anche in altri paesi¹⁶⁴.

164. Prima dell'avvio del procedimento, il 14 marzo 2016, la società tramite il Direttore *Country* Italia ha annunciato l'avvio di un nuovo programma e sensibilizzato tutti i destinatari sulla rilevanza dell'iniziativa, invitandoli a prestare la massima collaborazione. Il nuovo programma ha applicato i criteri di pieno coinvolgimento del *management*, identificazione del personale responsabile del programma, identificazione e valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo, organizzazione di attività di *training* adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa, previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto, implementazione di sistemi di monitoraggio e *auditing*.

165. Il nuovo programma, alla luce di quanto indicato dalle Parti, ha consentito di operare una verifica sulla concreta e corretta attuazione del precedente, incrementando ulteriormente la sua specificità rispetto all'attività d'impresa e al contesto di riferimento con un adeguamento e aggiornamento dell'esercizio di mappatura dei rischi *antitrust* specifici per le società del gruppo attive in Italia. Il nuovo programma mira a rafforzare l'effetto deterrente del programma attraverso una corretta individuazione delle priorità di intervento, attività di formazione dei dipendenti di Enel per aumentare la sensibilità alle questioni di diritto della concorrenza nello svolgimento delle proprie mansioni, ulteriore garanzia di adeguamento delle attività di *compliance* alle *best practices* europee e internazionali. E' stato altresì rafforzato il coinvolgimento dell'Unità Antitrust di gruppo mediante un articolato meccanismo obbligatorio di *reporting* interno, da parte delle Unità di *Business*, riguardo a tutte le iniziative e attività esposte a rischi

¹⁶⁴ Spagna 2006, Slovacchia 2008, Romania 2009, Colombia 2010, Peru 2011, Russia 2012 e Cile 2013.

antitrust prima della loro definitiva approvazione, esecuzione o implementazione per le quali l'Unità Antitrust deve rilasciare un parere, se del caso avvalendosi di legali esterni. L'Unità Antitrust ha anche i poteri di monitoraggio di processi o iniziative di *business*, di propria iniziativa per eventuali azioni correttive. Un apposito canale di *whistleblowing* è stato attivato sulla *intranet* aziendale da febbraio 2018. Infine, appositi corsi *online* che si affiancano alle sessioni in aula sono stati introdotti per tutti i dipendenti della Divisione *Country* Italia. Tutta la documentazione a supporto del vecchio e nuovo programma è stata depositata in atti¹⁶⁵.

IV.5 LE ARGOMENTAZIONI DI GREEN NETWORK

166. Tra i segnalanti, Green Network è stata sentita in audizione (il 9 ottobre 2017 e 5 giugno 2018) e ha prodotto in più occasioni memorie e informazioni richieste dagli Uffici (da ultimo, *cfr.* memoria finale del 15 novembre 2018)¹⁶⁶. In sintesi, la società denunciante ha confermato quanto addotto nelle segnalazioni confluite nell'avvio del procedimento, ovvero la denuncia relativa in primo luogo alla circostanza per cui - soprattutto dalla seconda metà del 2016 in poi - Enel Energia, anche attraverso l'utilizzo di operatori di *teleselling* incaricati, avrebbe posto in essere una massiccia campagna volta a riacquisire clientela passata a GN (c.d. *winback*) di carattere asseritamente anticoncorrenziale, in quanto svolta attraverso la veicolazione di informazioni errate e/o di carattere denigratorio nei confronti del medesimo concorrente, ovvero volte a sfruttare l'appartenenza di EE al gruppo verticalmente integrato con il distributore per millantare un vantaggio in termini di sicurezza della fornitura/condizioni economiche, nonché con tempistiche di acquisizione dei clienti *ex-GN* compatibili unicamente con l'utilizzo di informazioni privilegiate nella disponibilità di altre società del gruppo Enel¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Procedura organizzativa n. 53 del 12 marzo 2004; Manuale di conformità alla normativa *antitrust*; Manuale Antitrust 2009; Manuale Antitrust 2011; lettera di assunzione d'impegno; *abstract* della presentazione effettuata per i paesi interessati dalla c.d. *Global Competition Policy* del gruppo; decisione interna di avvio dell'aggiornamento del Programma di *compliance*; *policy* organizzativa n. 313 del 12 febbraio 2018 approvata dal direttore *Country* Italia e pubblicata sulla *intranet* aziendale; manuale di *compliance antitrust* — versione sintetica; informativa e accesso al canale di *whistleblowing*; lettera di assunzione di responsabilità; Codice etico; atto di nomina del Responsabile del Programma; disposizione organizzativa "Unità Regolatorio e Antitrust Italia"; *e-mail* del direttore *Country* Italia sul nuovo programma; comunicazione interna di invito a svolgere il corso *online*; comunicazione interna di convocazione alla sessione di *training* d'aula e successiva *e-mail* con cui è stato fornito ai partecipanti il materiale formativo; seminario di formazione *antitrust*; elenco dipendenti sottoposti a formazione d'aula.

¹⁶⁶ *Cfr.* docc. 185 e 337, verbali di audizione e doc. 531, memoria conclusiva.

¹⁶⁷ Più in dettaglio, secondo la ricostruzione di GN, la strategia denunciata avrebbe portato EE ad acquisire/riacquisire, tra gennaio 2016 e aprile 2017, più di 60.000 clienti di GN nel settore elettrico, peraltro con un tempo medio di permanenza – meno di 3 mesi - notevolmente inferiore a quello medio, secondo GN compatibile solamente con un'attività di immediato e sistematico ricontatto del cliente a valle della ricezione da parte di Enel della comunicazione di recesso, non potendo neanche essere motivato da una scontentezza del cliente rispetto al nuovo fornitore, che in tempi così rapidi lo stesso non ha avuto modo di testare. Successivamente, tra luglio e dicembre 2017, dei [15.000/25.000] clienti domestici passati

167. Green Network ha segnalato altresì come parte della strategia escludente del gruppo Enel la circostanza per cui, dei clienti precedentemente forniti da ESE/SEN acquisiti da GN nell'anno 2017, circa il 23% sarebbe "rientrato" nel gruppo Enel con Enel Energia (mentre solo il 2,3% lo avrebbe fatto con il precedente fornitore, ovvero l'esercente la MT), sempre in un tempo medio di circa 3 mesi. A parere della società, tale dinamica sarebbe compatibile unicamente – anche per la tempistica limitata – con un illecito passaggio di informazioni da ESE/SEN a EE, in quanto il venditore uscente è l'unico soggetto che, in base alla regolazione vigente al momento delle condotte segnalate¹⁶⁸, risultava destinatario della comunicazione di recesso. Tale fenomeno sarebbe accentuato tra l'altro dalla confusione che il gruppo Enel utilizza sul mercato per svolgere le proprie attività di vendita, sfruttando l'inconsapevolezza dei consumatori finali sulla differenza tra le società che svolgono l'attività in MT e sul ML. Le ragioni della politica del gruppo volta al trasferimento della base clienti dal tutelato al libero – sottolinea GN - sono di natura economica, in quanto il ML e la MT esprimono margini commerciali diversi. Gli stessi dati presentati da Enel agli analisti finanziari confermerebbero che la strategia volta a trasferire il maggior numero di clienti possibile dalla MT al ML stia dando i propri frutti. Nel *Report "sui dati operativi di gruppo del quarto trimestre e dell'anno 2017"*, infatti, si evidenzia che a fronte degli 1,3 mln di clienti usciti da SEN, EE è cresciuta di oltre 800 mila clienti.

168. Quale ulteriore motivazione alla base strategia abusiva di Enel, GN evidenzia altresì che dal gennaio 2016 è stato introdotto dall'ARERA un meccanismo di ristoro dei costi per gli operatori di MT al fine di compensare l'uscita dei clienti a favore di operatori del ML¹⁶⁹. In particolare, ARERA ha differenziato il ristoro riconosciuto prevedendo una compensazione molto maggiore qualora il cliente passi a un operatore del ML esterno al gruppo di appartenenza; in tal senso quindi, Enel avrebbe tutto l'incentivo a far transitare i clienti SEN per un operatore "ponte" quale Green Network, per poi "recuperarli" tramite Enel Energia.

169. Sulla strategia unitaria di gruppo, poi, GN ha argomentato anche circa la commistione – fino all'esistenza di una medesima figura di vertice - delle strutture societarie di SEN e EE; in tal senso, ha sostenuto come fosse possibile e anzi inevitabile che le informazioni relative alla società di vendita in MT siano utilizzate per "tarare" le campagne commerciali di vendita della società operante sul ML, in spregio di ogni normativa relativa alla

a GN e provenienti da EE sarebbero tornati in fornitura con Enel [5.000/10.000] clienti (il 42% circa). Secondo GN tale percentuale risulta assolutamente sproporzionata rispetto al tasso di ritorno medio dei clienti al loro fornitore precedente, pari a circa l'8/10%.

¹⁶⁸ La recente delibera ARERA 783/2017/R/COM, entrata in vigore nel febbraio 2018, ha mutato le procedure, centralizzando nel SII tutti i relativi flussi informativi al recesso (ed eliminando quindi le comunicazioni bilaterali tra *trader*).

¹⁶⁹ Cfr. art. 16-*quater* del Testo Integrato Vendita - deliberazione 301/2012/R/EEL s.m.i..

segregazione dei dati e con uno svantaggio concorrenziale palese per i concorrenti non integrati.

170. Del complesso dei comportamenti segnalati, secondo GN si avrebbe piena evidenza nel fascicolo istruttorio. In particolare, dagli atti emergerebbe l'esistenza di apposite strutture di vendita di EE cui venivano assegnate liste specifiche di clienti a cui praticare azioni di *winback* costante e aggressivo. Ciò sarebbe stato con più forza fatto nei confronti di Green Network, proprio perché la società era percepita come un concorrente particolarmente temibile. EE avrebbe segnatamente contrattualizzato alcune agenzie di vendita che avevano in precedenza lavorato per la stessa GN (ma che la società aveva allontanato nell'ambito del processo di ottemperanza alle istruttorie in materia di tutela del consumatore dell'Autorità), avendo quindi a disposizione delle specifiche liste di clientela GN da contattare per praticare le azioni di *winback* denunciate.

171. GN ha sottolineato altresì come i recenti dati pubblicati da ARERA nella relazione annuale per il 2017¹⁷⁰ confermano l'efficacia della strategia posta in essere dal gruppo Enel e segnalata dalla società: in particolare, l'indice di concentrazione HHI del mercato elettrico è salito da 1.342 (dato 2016) a 1.521, superando la tradizionale soglia di attenzione *antitrust* di 1.500, e la quota della stessa Enel è cresciuta dal 35,2% dei volumi venduti nel 2016 al 37,3% nel 2017. Nonostante tutti gli sforzi del processo di liberalizzazione e degli operatori indipendenti, quindi, finalizzati a creare maggiore concorrenza sul mercato, si assiste non a un graduale ridimensionamento del ruolo dell'*incumbent*, ma addirittura a un suo rafforzamento in danno dei nuovi entranti, quale effetto della strategia abusiva ed escludente posta in essere.

172. Nella propria memoria finale, infine, GN ha richiesto all'Autorità di riaprire l'istruttoria con riferimento alla pratica di *winback* aggressivo di EE, alla luce di asserite ulteriori evidenze in merito ad agenzie *ex* Green Network poi contrattualizzate da Enel che avrebbero avuto il preciso compito di contattare clienti GN e di porre in essere le pratiche di *winback* aggressivo e denigratorio segnalate.

IV.6 LE ARGOMENTAZIONI DI AIGET

173. Tra i segnalanti, l'associazione AIGET è stata sentita in audizione (in data 23 ottobre 2017) e ha prodotto successive informazioni, nonché una memoria conclusiva¹⁷¹. In sintesi, l'associazione ha affermato in primo luogo che - nel momento cruciale di passaggio verso la definitiva liberalizzazione della vendita di energia elettrica – auspica che:

- (i) sia effettivamente garantita la contendibilità dei clienti ancora in

¹⁷⁰ ARERA, “Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta”, 31 marzo 2018.

¹⁷¹ Cfr. docc. 203 e 335 e 528.

maggior tutela da parte di tutti gli operatori, nell'ambito di un confronto genuinamente competitivo;

(ii) siano contrastate le pratiche abusive poste in essere da alcuni operatori verticalmente integrati che sfruttino la propria posizione, il relativo patrimonio informativo e la situazione di scarsa consapevolezza (di una parte) degli utenti per traslare la propria posizione di forza dalla MT al ML, ostacolando l'effettiva liberalizzazione del mercato della vendita di energia elettrica ed esercitando vere e proprie forme di *pre-emption* sulla clientela tutelata;

(iii) sia evitato in ultima analisi (anche in virtù delle scelte attuative della Legge sulla concorrenza da assumere) il c.d. "effetto trascinamento", ovvero la permanenza del cliente nel medesimo gruppo societario del fornitore di tutela, qualora questi non effettui una scelta specifica, o comunque sia a ciò indotto prendendo una decisione non consapevole.

174. Secondo l'associazione, infatti, permane nel mercato una situazione fortemente critica, che ostacola il dispiegarsi di una corretta concorrenza e danneggia gli operatori di minori dimensioni e i nuovi entranti. Di tale situazione, per AIGET, vi è peraltro ampio riscontro nel fascicolo istruttorio, con riferimento ad almeno tre profili di criticità concorrenziale:

- a) la disponibilità e l'utilizzo di informazioni acquisite nella fornitura in MT suscettibili di favorire l'acquisizione di clienti al (proprio) ML o il rientro degli stessi da altri operatori;
- b) l'adozione di modelli organizzativi e operativi che accentuano o comunque non sono in grado di ridurre efficacemente la possibilità di commettere illeciti concorrenziali;
- c) lo sfruttamento della *brand reputation* e dell'appartenenza a un gruppo integrato (elemento non replicabile dagli altri operatori), nonché dell'asimmetria informativa ancora esistente tra operatori e consumatori nel mercato, anche tramite condotte che di fatto eludono gli obblighi di *brand unbundling* di cui alla regolamentazione di settore.

175. Con riguardo alle specifiche evidenze relative all'offerta delle liste dei contatti di clienti acquisiti tramite i consensi *privacy* da parte di ESE/SEN anche a soggetti terzi, i rappresentanti dell'associazione hanno precisato di esserne venuti a conoscenza solo nel corso del procedimento. Hanno affermato altresì che un eventuale avviso — ammesso che potesse bastare — avrebbe dovuto in ogni caso essere posto sul sito *internet* del distributore, con il quale i venditori stipulano il contratto di trasporto e intrattengono quindi rapporti, e non su quello dell' esercente la maggior tutela, che i venditori terzi non hanno nessun motivo di consultare. Inoltre, circa il medesimo avviso, AIGET ha affermato che sarebbe interessante capire se EE ne abbia avuto a sua volta notizia solo tramite il sito *internet* della società

collegata. Anche nell'unica occasione in cui un operatore terzo abbia preso contatti con ESE al fine di verificare la convenienza/possibilità di richiedere le liste contatti, dalle evidenze in atti risulta poi che ESE abbia avuto un atteggiamento dilatorio e poco collaborativo con la società richiedente.

176. AIGET ha affermato inoltre che liste così specifiche per il settore *energy* non sono liberamente reperibili sul mercato e che, anche se si è trattato solo dei dati di contatto dei clienti (e non dati su consumi, morosità ecc.), essi contenevano comunque un ulteriore elemento informativo molto importante soprattutto per la società collegata di vendita sul ML, ovvero l'informazione che quel cliente fosse ancora servito in MT dal gruppo.

177. AIGET ha poi affermato che – a prescindere dalla decisione di EE di chiudere il canale di TLS *outbound* - i propri associati considerano come molto più preoccupanti del *teleselling* in sé le modalità concrete con cui si esplica, e in particolare il *winback* aggressivo posto in essere dal gruppo Enel. Segnatamente, il processo di frequente osservato è quello per cui un cliente passato da ESE/SEN a una società terza di ML in un arco di pochi mesi molto spesso “rientra” in Enel, tuttavia con EE¹⁷².

178. In relazione ai modelli organizzativi, poi, nel procedimento è stato accertato l'utilizzo dei canali di vendita fisici con una sistematica commistione tra attività per ML e attività relative all'esercizio del servizio di MT, con anche un sistema di incentivazione del personale di SEN collegato alla vendita di contratti di EE; tale elemento - sottolinea AIGET - appare per sua stessa natura strategicamente preordinato a sollecitare il passaggio dalla MT al ML. Inoltre, è stata riscontrata la partecipazione di dipendenti di SEN a decisioni strategiche di EE e la presenza presso la stessa EE di documenti riservati di SEN, circostanza che ha presuntivamente determinato un utilizzo di informazioni sensibili nella disponibilità dell'esercente il SMT.

179. Quanto alle offerte commerciali dei gruppi integrati specificamente rivolte a clientela servita in MT, AIGET ha affermato che tali proposte risultano irreplicabili per i concorrenti *in re ipsa*, prescindendo dalle condizioni economiche praticate, in quanto la prerogativa e il messaggio di continuità non possono in alcun modo essere riproposti dai *competitors* in ragione dell'unicità dell'attribuzione del SMT, cosa che genera in questa fase

¹⁷² Con riferimento ai flussi di *switching*, AIGET ha prodotto in atti un sondaggio condotto presso alcuni dei propri associati (docc. 207, 335), dal quale emerge che, per la maggioranza dei soggetti intervistati, il numero di clienti acquisiti sia dal ML che dalla MT nei primi sei mesi del 2017 che inviano comunicazione di recesso per passaggio a EE nei primi quattro mesi di fornitura è pari a una percentuale compresa tra il 30% e il 50% dei clienti acquisiti stessi. L'associazione ha sottolineato che il periodo preso a riferimento nel sondaggio è particolarmente breve e, anche vista la tempistica propria dei processi di fatturazione, presuntivamente incompatibile con la sussistenza di motivazioni per il cambio fornitore legate all'insoddisfazione del cliente o a eventuali disservizi verificatisi. AIGET ha a ogni modo sottolineato che ritiene che l'analisi dei dati relativi ai flussi di clienti e alle pratiche di *winback* attenga alla verifica degli effetti delle condotte oggetto del procedimento, che appaiono di per sé illecite sulla base di quanto emerge dal fascicolo istruttorio, essendo come ben noto sufficiente – per l'accertamento dell'abuso *antitrust* – riscontrare la mera potenzialità degli effetti restrittivi.

di transizione un evidente svantaggio competitivo per i venditori terzi non facenti parte di gruppi verticalmente integrati.

180. Con documentazione trasmessa in data 2 ottobre 2018, AIGET ha infine addotto ulteriori elementi in merito a una telefonata pervenuta a un cliente di SEN da parte di un operatore per conto di EE, dalla quale sarebbe possibile desumere che Enel Energia abbia nella propria disponibilità i dati di fornitura (comprensivi del codice POD) dei clienti serviti in MT da SEN e li utilizzi per formulare proprie offerte commerciali di ML. La telefonata testimonierebbe altresì che EE, nonostante le dichiarazioni circa la chiusura del canale c.d. *teleselling outbound*, non abbia nei fatti interrotto l'utilizzo del canale telefonico per promuovere contratti sul mercato libero.

IV.7 LE ARGOMENTAZIONI DI ENI

181. Tra i terzi intervenienti, anche la società ENI è stata sentita in audizione (il 20 ottobre 2017) e ha prodotto successive informazioni richieste dagli Uffici¹⁷³. In sintesi, la società ha affermato in primo luogo che le condotte analizzate dall'Autorità vanno valutate nell'ottica della struttura del mercato e dei cambiamenti della stessa nel tempo. In particolare, ENI ha evidenziato che il settore *retail* elettrico risulta ancora molto più concentrato rispetto a quello del gas, e ciò anche alla luce della diversità delle situazioni di partenza al momento della prima liberalizzazione del mercato. Inoltre, secondo ENI, andrebbe tenuto presente che mentre un soggetto che voglia entrare nel mercato della vendita al dettaglio del gas può proporre un'offerta a sconto rispetto alla tariffa regolata, con un rischio limitato, potendo facilmente fare una previsione sul prezzo della materia prima in quanto legato a indicatori pubblici (TTF), al contrario un operatore che voglia entrare nel mercato elettrico ha più difficoltà perché deve confrontarsi con l'indice di prezzo di acquisto dell'AU, legato a un elemento comportamentale difficilmente prevedibile (le strategie di acquisto dello stesso AU). Quindi il mercato *retail* elettrico risulta già intrinsecamente molto meno facilmente aggredibile rispetto a quello del gas.

182. Per quanto riguarda l'ipotizzata strategia di traghettamento della clientela tutelata verso il mercato libero, ENI ha sottolineato che un cliente sul ML è disponibile per un'azione commerciale più ampia, cioè può fungere da punto di partenza per una vera e propria offerta completa fatta di servizi a valore aggiunto (es. offerte c.d. "*dual*" o "*dual fuel*", sia di energia elettrica che di gas).

183. ENI ha formulato alcune osservazioni anche con riferimento all'esatta definizione merceologica e geografica del mercato della vendita di energia

¹⁷³ Cfr. docc. 202, 240.

elettrica¹⁷⁴.

184. La società ha poi precisato che indubbiamente le pratiche contestate nei tre procedimenti dell’Autorità¹⁷⁵ possono aver avuto influenza sul passaggio dei clienti; tuttavia, la rilevanza di tali pratiche da parte di Enel ha un effetto sul mercato ben superiore a quello degli altri operatori, seppur integrati nella distribuzione, che sono competitivi solo a livello locale. Per ENI, infatti, conta il *positioning* dei concorrenti a livello nazionale.

185. Con più specifico riguardo alle condotte, ENI ha rilevato che il gruppo Enel, dopo aver fatto nel 2007 una scelta industriale ben precisa di tenere separate Enel Servizio Elettrico ed Enel Energia, sembra aver adottato comportamenti caratteristici di una società unica. Ad esempio, rispetto a questa scelta industriale, a parere di ENI è estremamente discutibile, sotto il profilo concorrenziale, che ESE/SEN abbia ceduto i dati di contatto dei propri clienti – acquisiti tramite il consenso *privacy* - a EE. I rappresentanti della società a questo proposito hanno dichiarato di non aver mai visto l’avviso circa la disponibilità di dati anche per i terzi e di non essere mai venuti a conoscenza neanche in altro modo di tale attività; non ritengono quindi che la società esercente la maggior tutela del gruppo Enel ne volesse fare una vera e propria attività commerciale rispetto alla quale sarebbe stato ragionevole cercare più proattivamente clientela. ENI ha sottolineato peraltro che SEN come fornitore in MT, a differenza degli altri soggetti operanti nel ML, non fa *winback*, quindi anche l’acquisizione dei consensi per se stessa avrebbe poco senso.

186. Sotto l’ulteriore profilo contestato nella CRI, il fatto che i punti vendita Enel abbiano al loro interno sia postazioni per il ML che per la MT non può che aumentare la probabilità che il cliente transiti verso il ML di EE. ENI ha affermato al riguardo che fino a prova contraria è fiduciosa che buone pratiche di necessaria tutela siano state adottate dal gruppo Enel, tuttavia, se gli operatori sono presenti nello stesso locale, ci potrà essere sempre qualcuno che, offrendo le informazioni sul servizio nel ML, cerca di acquisire il cliente della MT.

187. In vista della completa liberalizzazione del settore elettrico *retail*, infine, la società ha manifestato preoccupazione circa il fatto che se i clienti SEN passeranno per lo più con la società collegata EE sul mercato libero (considerato altresì che il *brand* Enel è dominante ed è rimasto anche sul mercato tutelato fino al 2016), Enel sarà sicuramente in grado di aggredire maggiormente il mercato del gas facendo trainare l’offerta gas da quella

¹⁷⁴ In particolare, secondo ENI mentre il segmento della MT elettrica ha una dimensione locale, il ML tende e tenderà sempre più nel futuro verso una dimensione nazionale, poiché la maggior parte degli investimenti riguardano i sistemi informativi e i costi di comunicazione e *marketing* che hanno natura fissa e che si spalmano su tutta la *customer base*.

¹⁷⁵ Oltre alla presente istruttoria, il riferimento è ai procedimenti paralleli A512 e A513 aperti nei confronti di A2A e Acea.

elettrica¹⁷⁶.

IV.8 LE ARGOMENTAZIONI DI AXPO ITALIA, E.JA E GALA

188. Sempre tra i terzi intervenienti, Axpo Italia, E.JA e Gala hanno prodotto una memoria finale in data 12 novembre 2018 (Axpo Italia aveva altresì prodotto una precedente memoria il 24 luglio 2018)¹⁷⁷. In estrema sintesi, in primo luogo le società hanno affermato che solo a seguito dell'apertura del procedimento hanno appreso della possibilità di noleggiare liste di clienti della MT che abbiano fornito il loro consenso a essere contattati da società terze. A tal proposito, l'8 marzo 2018 Axpo ha quindi inviato a Servizio Elettrico Nazionale una richiesta di informazioni sulle condizioni e sui costi di tale servizio di noleggio.

189. SEN, con comunicazione di risposta del 16 marzo 2018, ha informato delle condizioni e dei prezzi previsti (in particolare, possibilità di noleggio di circa [400/600] mila anagrafiche, a corrispettivi unitari differenziati in base al canale acquisitivo, pari al massimo a [1/2] euro/cad. per le anagrafiche acquisite tramite canale telefonico). Axpo ha sottolineato tuttavia che, a proprio avviso, tale possibilità di accesso ai dati della clientela tutelata, con previsione anche di un *mark-up* per la società cedente a remunerazione del servizio di commercializzazione svolto, non rappresenta una modalità adeguata di messa a disposizione di tali informazioni, laddove – soprattutto nel momento attuale di transizione verso il completo superamento del regime di MT e liberalizzazione del mercato – andrebbe consentito per i soggetti terzi un accesso libero (o, in subordine, a condizioni regolamentate) alle informazioni relative alla clientela tutelata¹⁷⁸.

190. Inoltre, sempre con riferimento all'attività di raccolta e cessione dei consensi *privacy* da parte di ESE/SEN, le società hanno sottolineato come emergerebbe chiaramente dagli atti del procedimento il carattere strumentale del servizio di noleggio anagrafiche per i terzi (testimoniato anche dall'atteggiamento non proattivo tenuto dalla società per far conoscere il servizio e in occasione dei contatti intervenuti con l'unica società che nel 2016 ha richiesto i dati), che corrisponderebbe a un'astuta strategia volta

¹⁷⁶ In risposta a una richiesta di informazioni, ENI ha altresì prodotto in atti i risultati di un'analisi (*cf.* doc. 240) condotta nei confronti della propria clientela in uscita nei sei mesi precedenti, dalla quale non è emersa una specifica correlazione tra clienti acquisiti da SEN e clienti poi persi a favore di EE. La significatività maggiore è stata riscontrata invece in relazione al *modus operandi* degli operatori, laddove EE risulta aggredire con azioni di *winback* la clientela in uscita più marcatamente intorno al 2°- 3° mese dall'acquisizione da parte di ENI, mentre per gli altri operatori il picco si registra tra il 5° e il 6° mese.

¹⁷⁷ *Cfr.* docc. 356, 525, 526 e 527.

¹⁷⁸ A tal riguardo, Axpo ha citato l'esempio del Regno Unito, dove il regolatore di settore Ofgem, sulla base di raccomandazioni della *Competition and Markets Authority*, ha costituito un apposito database di clienti c.d. "inerti" (ovvero aventi un contratto a condizioni standard con un medesimo fornitore da più di tre anni), contenente informazioni anche relative alle caratteristiche di consumo dei clienti, accessibile a tutti i fornitori di energia elettrica, al fine dichiarato di accrescere la concorrenzialità del mercato e favorire il passaggio della clientela a contratti con condizioni più convenienti.

piuttosto a legittimare *ex post* il trasferimento dei dati dei clienti in MT alla società collegata attiva nel ML¹⁷⁹.

191. Peraltro, in merito ai rapporti tra le due società del gruppo Enel, la strategia di *pre-emption* sulla clientela tutelata emergerebbe secondo Axpo, E.JA e Gala anche dal passaggio di dati e documenti tra le stesse, in palese violazione anche delle regole in materia di *unbundling*, nonché dall'utilizzo commisto delle strutture di vendita della società in MT anche da parte della società di vendita sul ML (con incentivi alla contrattazione di clienti del ML previsti anche per i dipendenti della MT). Infine, ai fini del traghettamento della clientela detenuta in MT sul ML, il gruppo Enel si è servito altresì di un'offerta speciale esclusivamente rivolta ai clienti della maggior tutela, la c.d. offerta "Sempre con Te", la quale pur prevedendo una marginalità inferiore alla norma per il gruppo era idonea a perseguire l'obiettivo strategico di svuotamento del bacino della maggior tutela di SEN a favore della società collegata EE.

192. Gli elementi contestati nella CRI rappresenterebbero in ultima analisi altrettanti tasselli di una tipica strategia di *pre-emption*, attuata attraverso l'utilizzo di *asset* irripetibili e concordata a livello di gruppo, in grado di alterare le dinamiche competitive di mercato, tanto più grave laddove si consideri l'imminente fase di liberalizzazione e il fatto che le condotte esaminate hanno riguardato la classe di utenti (quelli in MT) più inerti sul piano concorrenziale.

IV.9 LE ARGOMENTAZIONI DI CODICI

193. L'associazione di consumatori CODICI ha prodotto, in data 16 novembre 2018, una memoria conclusiva¹⁸⁰, nella quale ha sottolineato che le contestazioni mosse dall'Autorità al gruppo Enel trovano riscontro in numerose segnalazioni loro pervenute attraverso i canali diretti di contatto con i consumatori. Secondo i dati dell'associazione, in particolare, almeno un terzo degli utenti sarebbe stato contattato dalle società oggetto di istruttoria per conseguire il passaggio dalla MT al ML, soprattutto nel periodo tra gli anni 2016 e 2017, in cui si è discussa (e poi stabilita) a livello legislativo la fine del regime tutelato, e spesso con modalità idonee a sfruttare la mancata piena consapevolezza dei consumatori medesimi circa la differenza tra i due mercati¹⁸¹. I comportamenti oggetto dell'istruttoria non

¹⁷⁹ In particolare, sul piano della strumentalità di tale servizio alle esigenze commerciali di Enel Energia, le società hanno ritenuto significativo anche il fatto che EE abbia ristorato comunque SEN dei costi sostenuti per l'acquisizione dei consensi per gli anni 2016 e 2017, pur avendo deciso di non richiedere il trasferimento delle anagrafiche raccolte in quegli anni.

¹⁸⁰ Doc. 544.

¹⁸¹ In particolare, da un sondaggio condotto da CODICI presso i consumatori, emergerebbe come il 30% dei medesimi non sanno neanche cosa siano i due mercati, mentre chi fa parte del 70% che dichiara di averne consapevolezza non saprebbe in realtà poi indicare a quale segmento di mercato corrisponde la propria fornitura di energia elettrica in essere.

farebbero quindi che aumentare la già ridotta mobilità della domanda finale, danneggiando tutti gli operatori del mercato libero e danneggiando in ultima analisi i consumatori stessi, che potrebbero usufruire di condizioni contrattuali più vantaggiose, ma non sono posti nelle condizioni di cogliere tali vantaggi.

V. VALUTAZIONI

V.1 PREMESSA

194. Le risultanze istruttorie testimoniano che il gruppo Enel ha illegittimamente utilizzato prerogative possedute unicamente in virtù della propria posizione di operatore integrato a monte con la distribuzione e, quindi, con la vendita in maggior tutela, quali i dati di contatto della base clienti tutelata, al fine di competere con i propri concorrenti nell'acquisizione di contratti di vendita dell'energia elettrica a condizioni di libero mercato. Le evidenze in atti mostrano in particolare come esistano incentivi di natura economica per il gruppo a trasformare le forniture in regime di MT in contratti di ML, come descritti nella stessa documentazione aziendale acquisita in ispezione (*cf.* prec. §80). Al riguardo, si consideri che la razionalità economica dell'acquisizione di un cliente sul mercato libero risiede anche nell'imminenza del passaggio obbligatorio di tutti i clienti della MT al ML. L'incentivo a "traghetare" il maggior numero di clienti dal SMT al proprio ML si accentua con l'approssimarsi dell'abrogazione del SMT (all'epoca fissata al 1° luglio 2019). Infatti, se in termini generali un cliente passato sul ML è un cliente più facilmente contendibile da parte dei concorrenti, nella prospettiva della fine della maggior tutela l'eventualità per Enel di perdere comunque il cliente tutelato spinge l'impresa ad anticipare il suo passaggio al ML, prima che altri operatori acquisiscano tale cliente.

V.2 I MERCATI RILEVANTI

195. Come noto, nell'ipotesi di abuso posizione dominante – a differenza di quella di intesa restrittiva – la delimitazione del mercato di riferimento inerisce ai presupposti del giudizio sul comportamento che potrebbe essere anticoncorrenziale; in tal caso, occorre preventivamente accertare l'esistenza di una dominanza nel mercato stesso per connotare il comportamento osservato come abusivo¹⁸².

196. Come parimenti ben noto, ai fini dell'identificazione di un mercato rilevante, occorre prendere in considerazione tanto le caratteristiche del prodotto o del servizio interessato dalla condotta in esame (mercato del prodotto), quanto l'estensione geografica entro cui le condizioni di

¹⁸² Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2837, nonché, da ultimo, TAR Lazio, 31 maggio 2018, n. 6080.

concorrenza relativamente a quel prodotto sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue (mercato geografico)¹⁸³.

197. Nel presente procedimento, in ragione delle condotte in esame, i mercati rilevanti possono individuarsi 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.

V.2.1 Il mercato della distribuzione di energia elettrica

198. Come già visto, l'attività di distribuzione di energia elettrica consiste nel trasporto dell'energia dispacciata attraverso la rete di trasmissione nazionale dai punti di interconnessione con tale rete ai punti di prelievo nella titolarità dei clienti finali allacciati alla rete di distribuzione locale. L'attività di distribuzione è svolta sulla base di una concessione, rilasciata dal Ministero per lo Sviluppo Economico, comprendente uno o più comuni (le concessioni attuali scadranno nel 2030).

199. Sotto il profilo geografico, per quanto concerne l'attività di distribuzione di energia elettrica, il mercato rilevante coincide con il territorio oggetto della concessione, in cui il concessionario detiene quindi una posizione di monopolio *ex lege*.

V.2.2 I mercati della vendita al dettaglio di energia elettrica

200. Come altresì già descritto, l'attività di vendita al dettaglio di energia elettrica consiste nella commercializzazione, fornitura e consegna dell'energia ai clienti finali allacciati alle reti di distribuzione. Secondo costante giurisprudenza e prassi dell'Autorità, vengono considerati separati mercati del prodotto in relazione alla tipologia di clientela finale servita. Le differenti categorie di clienti finali, infatti, si differenziano, tra l'altro, con riguardo ai volumi e ai profili di consumo, ai costi di commercializzazione, alla standardizzazione o meno delle condizioni di vendita, al diverso grado di mobilità e al rischio di morosità. Tale significativa differenziazione nelle caratteristiche della domanda comporta la presenza di offerte e vincoli competitivi distinti per le diverse tipologie di clienti finali¹⁸⁴.

201. In particolare, si considerano distintamente la vendita a clienti finali domestici e non domestici e, tra questi ultimi, tra vendita a clienti di differenti dimensioni e caratteristiche, sintetizzate nel tipo di allacciamento alla rete (bassa tensione o media/alta tensione); la prassi decisionale

¹⁸³ Cfr. Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, n. 3032.

¹⁸⁴ Cfr. a titolo esemplificativo provv. AGCM n. 25550 del 15 luglio 2015, C11990 – *Società Elettrica Altoatesina/Azienda Energetica*.

dell’Autorità non distingue, invece, tra clienti in regime di maggior tutela o salvaguardia¹⁸⁵ e clienti sul mercato libero (forniti a condizioni economiche e commerciali di mercato)¹⁸⁶.

202. Ai fini del presente procedimento, sono da considerarsi i mercati della vendita al dettaglio dell’energia elettrica ai clienti domestici¹⁸⁷ e ai clienti non domestici allacciati in bassa tensione, per lo più piccole imprese (c.d. “BT altri usi”)¹⁸⁸.

203. Per quanto riguarda l’attività di vendita di energia elettrica, la dimensione geografica dei vari mercati dipende da diversi fattori, soprattutto inerenti all’effettivo grado di mobilità della domanda finale, che, con riguardo alle utenze in bassa tensione, risulta prevalentemente servita a livello locale, laddove per le utenze di maggiori dimensioni (MT e AT) la competizione fra le imprese si sviluppa a livello nazionale.

204. In particolare, conformemente alle precedenti decisioni dell’Autorità¹⁸⁹, la dimensione geografica dei mercati della vendita ai clienti domestici e non domestici allacciati in bassa tensione risulta ancora locale, coincidente con le aree nelle quali l’impresa di distribuzione territorialmente competente esercita la propria attività. Tra i vari fattori da prendere in considerazione rileva infatti che, dal lato della domanda, i costi di ricerca e di cambiamento del fornitore vengono ancora percepiti come particolarmente significativi rispetto ai guadagni che è possibile ottenere e, pertanto, si registra una generale inerzia dei consumatori ad abbandonare il regime di maggior tutela¹⁹⁰; dal lato dell’offerta, i costi di penetrazione a livello locale sono elevati, al punto che sono ancora pochi gli operatori che riescono effettivamente a coprire con attività di *marketing* ulteriori rispetto all’offerta *on line* porzioni significative del territorio nazionale.

205. In conclusione, sotto il profilo geografico, il contesto concorrenziale non risulta ancora omogeneo sul territorio nazionale, in quanto le preferenze espresse dalla domanda e i vantaggi connessi alla presenza storica sul territorio degli esercenti il SMT determinano vincoli competitivi distinti a livello locale. Benché tale situazione sia auspicabilmente prossima a mutare,

¹⁸⁵ Come già visto, tutti i clienti che si trovino, anche temporaneamente, senza un contratto di compravendita di energia elettrica nel mercato libero, ma che non hanno titolo per accedere al servizio di maggior tutela, sono ammessi al servizio di salvaguardia, organizzato mediante aste su base territoriale.

¹⁸⁶ Ciò soprattutto in quanto non vi sono ostacoli al passaggio dal servizio di maggior tutela o salvaguardia al mercato libero e viceversa, nonché in considerazione del fatto che la tariffa della maggior tutela e il prezzo di salvaguardia costituiscono un vincolo concorrenziale per gli operatori del mercato libero, in quanto nessun cliente avrebbe interesse a spostarsi su tale segmento accettando un’offerta peggiorativa in termini di prezzo e qualità (cfr. C11990, cit.).

¹⁸⁷ Pari a oltre 29 milioni di punti di prelievo nel 2017 (cfr. Rapporto ARERA 117/2018/I/COM, cit., p. 3).

¹⁸⁸ Pari a circa 7 milioni di punti di prelievo nel 2017. La stragrande maggioranza di tali clienti rientra nelle condizioni per aver diritto alla maggior tutela, mentre solo circa l’1% di tali utenze nel 2017 era fornito in salvaguardia (cfr. Rapporto ARERA 117/2018/I/COM, cit., p. 3).

¹⁸⁹ Cfr. a titolo esemplificativo C11990, cit..

¹⁹⁰ Come già ricordato, in particolare, nel 2017 ancora il 59% dei clienti domestici sono riforniti in maggior tutela, mentre tale percentuale è pari al 46% per i c.d. clienti “BT altri usi” (cfr. Rapporto ARERA 117/2018/I/COM, cit., p. 24).

in quanto la prevista cessazione del regime di maggior tutela eliminerà le attuali prerogative dei venditori integrati, allo stato permangono condizioni di mercato caratterizzate da dinamiche competitive incentrate sui diversi ambiti locali sui quali insiste la concessione di distribuzione, che saranno auspicabilmente superate in un contesto di piena liberalizzazione che consenta una effettiva concorrenza fra imprese di vendita a livello nazionale.

V.3 LA POSIZIONE DOMINANTE DELLE SOCIETÀ DEL GRUPPO ENEL

206. Secondo consolidata giurisprudenza *antitrust*, la posizione dominante è quella 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 consumatori¹⁹¹.

207. In linea con la Comunicazione della Commissione concernente “*Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*”¹⁹², i fattori strutturali costitutivi della posizione dominante sono essenzialmente individuati nella dimensione della quota di mercato, tanto più se rilevante e persistente nel tempo¹⁹³, nonché nell'esistenza di barriere all'ingresso di nuovi operatori¹⁹⁴.

208. Nel mercato rilevante della distribuzione elettrica, e-distribuzione¹⁹⁵, in virtù del monopolio legale detenuto nell'offerta del servizio, risulta in posizione dominante *ex lege* nei mercati locali coincidenti con i territori oggetto di concessione. e-distribuzione, peraltro, è di gran lunga il principale operatore nazionale nella distribuzione; 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 Italia¹⁹⁶.

209. Nei mercati rilevanti della vendita di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici connessi in bassa tensione, il gruppo Enel (attraverso le società dedicate rispettivamente alla maggior tutela – Servizio

¹⁹¹ Cfr. giurisprudenza consolidata a partire da Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, C - 27/76, *United Brands*.

¹⁹² In G.U.E.E, C 45, del 24 febbraio 2009.

¹⁹³ Par. 13.

¹⁹⁴ Par. 16.

¹⁹⁵ Come già visto, e-distribuzione è la denominazione sociale che ha assunto, a far data dal 1° luglio 2016, la società Enel Distribuzione S.p.a., in ottemperanza agli obblighi di *brand unbundling* previsti dal d.lgs. n. 93/2011 e successivamente dettagliati dalla delibera ARERA n. 296/2015. e-distribuzione è interamente controllata da Enel S.p.a..

¹⁹⁶ Cfr. AEEGSI, Relazione annuale 2017.

Elettrico Nazionale S.p.a., precedentemente Enel Servizio Elettrico S.p.a. – e al mercato libero – Enel Energia S.p.a.), oltre a essere il principale *player* a livello nazionale¹⁹⁷, 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 (*cf.* prec. §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 2018¹⁹⁸, e della conseguente presenza preponderante nel mercato *retail* della vendita del relativo fornitore integrato, le società di vendita di Enel risultano analogamente dominanti.

210. Sul punto, si osserva infatti che ancora nel 2017, nelle 108 province italiane dove anche SEN eroga il servizio della maggior tutela¹⁹⁹, la quota degli utenti domestici serviti in maggior tutela risultava sempre pari o superiore al 50%, tranne in 4 casi in cui risultava comunque superiore al 40%. Ne deriva che in ciascun mercato locale dove SEN è attivo, è ragionevole ritenere che il gruppo Enel detenga quote di gran lunga superiori al 50%, senza dunque significative divergenze rispetto al dato complessivo (e medio) nazionale sopra richiamato, tenuto conto che alle quote di utenti serviti in maggior tutela da SEN – sempre superiori al 40% - occorre sommare quelle relative ai clienti serviti da EE, che in media a livello nazionale nel 2017 risultavano pari al [20/25]%

211. Dall'analisi dei medesimi dati, si evince inoltre che la quota degli utenti non domestici serviti in maggior tutela anche da SEN risulta sempre maggiore del 35%, tranne che in 5 province, dove in ogni caso rimane superiore al 30%. Peraltro, soltanto in 3 di esse il gruppo Enel è l'unico operatore del SMT, mentre nelle restanti 2 province nel relativo capoluogo il servizio di maggior tutela è erogato da un'altra società. Anche in questo

¹⁹⁷ Con quote in termini di volumi di energia complessivamente pari a circa il 73% della clientela domestica e il 40% dei clienti c.d. "BT altri usi" (*cf.* AEEGSI, Relazione annuale 2017, cit.).

¹⁹⁸ *Cfr.* Rapporto ARERA 117/2018/i/com, "Monitoraggio dei mercati della vendita al dettaglio dell'energia elettrica e del gas. Rapporto al Ministro dello Sviluppo Economico, ai sensi del comma 66, Articolo 1 della Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2017" del 1° marzo 2018, cit..

¹⁹⁹ L'identità degli operatori che svolgono il SMT è stata ricavata a partire dall'informazione, acquisibile dal sito dell'ARERA, relativo alle società che effettuano il servizio di distribuzione di energia elettrica nei diversi territori comunali.

caso, dunque, sommando alle quote di utenti serviti da SEN le quote elevate detenute da EE sul libero, nel 2017 pari in media a livello nazionale al [20/25]%, si raggiungono quote complessive per il gruppo Enel estremamente significative, che confermano sostanzialmente la posizione di mercato sintetizzata dal dato complessivo medio sopra menzionato.

212. 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 provinciali²⁰⁰, valgono in ultima analisi a confermare 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 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.

213. In conclusione, il gruppo Enel appare detenere una posizione dominante sul complesso dei mercati locali della vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici connessi in bassa tensione sui quali insiste la propria concessione di distribuzione.

V.4 L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

V.4.1 Premessa

214. Come anticipato, nell'attuale contesto di mercato della vendita di energia elettrica, la concorrenza nell'acquisizione dei clienti tutelati si realizza principalmente attraverso la possibilità di rivolgersi agli stessi in maniera diretta e individuale, a parità di condizioni tra gli operatori non verticalmente integrati e l'esercente la maggior tutela²⁰¹.

In questo contesto, la raccolta dei consensi *privacy* di tali clienti effettuata

²⁰⁰ Il dato provinciale costituisce l'unica *proxy* disponibile degli ambiti locali costituenti il mercato rilevante dal punto di vista geografico, identificato con le aree territoriali nelle quali insistono le concessioni comunali di distribuzione.

²⁰¹ Da questo punto di vista, del resto, anche il TIUF (art. 22) ha previsto che debbano essere disciplinate modalità di accesso non discriminatorie alle informazioni commerciali sensibili di una società di vendita in MT, in grado di avvantaggiare la società di vendita nel ML del medesimo gruppo, sebbene poi non siano state ancora definite le misure normativo/regolamentari attuative.

dall'operatore che svolge il servizio di MT (e, dunque, dominante nell'area geografica locale in cui esercita detto servizio pubblico), attraverso modalità discriminatorie nei confronti dei concorrenti non verticalmente integrati, può essere idonea a discriminare questi ultimi, che non hanno accesso alle medesime informazioni, laddove tale condotta sia finalizzata a utilizzare le anagrafiche in questione per attività di *marketing* sul ML²⁰². Tale condotta si è in concreto realizzata nel caso di specie, risultando comprovato l'utilizzo dei relativi dati di contatto da parte dell'operatore verticalmente integrato, il quale si è rivolto in via preferenziale e prioritaria ai clienti in MT per proporre loro offerte sul libero mercato.

215. Le evidenze in atti confermano infatti pienamente l'ipotesi istruttoria secondo cui il gruppo Enel, integrato nella distribuzione e nella vendita sul mercato tutelato, abbia posto in essere, attraverso la capogruppo Enel S.p.a. e le società controllate Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. e Enel Energia S.p.a., condotte non replicabili in quanto fondate su prerogative derivanti dallo svolgimento di un'attività in esclusiva per legge, nell'insieme dei mercati locali - in cui è dominante - della vendita di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici allacciati in bassa tensione. Tali condotte risultano suscettibili di avvantaggiare illecitamente la propria società di vendita sul mercato libero, ostacolando i venditori non integrati e pregiudicando di conseguenza lo sviluppo concorrenziale del mercato nazionale della vendita di energia elettrica a seguito dell'abrogazione del regime di maggior tutela.

216. In particolare, le risultanze istruttorie mostrano che il gruppo Enel ha posto in essere una strategia commerciale/industriale omogenea su tutti i territori nei quali detiene una posizione dominante, finalizzata a contrattualizzare, con proprie offerte di fornitura energetica sul mercato libero, la base clienti servita in regime di maggior tutela nelle aree di pertinenza di e-distribuzione; a tal fine, il gruppo Enel ha illegittimamente utilizzato le proprie prerogative di operatore integrato, quali i dati di contatto della base clienti tutelata, indisponibili ai concorrenti.

217. Sul punto, privi di pregio appaiono gli argomenti difensivi delle Parti relativi alla presunta illogicità narrativa e cronologica dei fatti accertati, in quanto dalla stessa documentazione in atti risulta pienamente confermata, fin dalla data iniziale di contestazione delle condotte abusive e quindi ben prima

²⁰² Al riguardo, si veda la decisione dell'Autorità francese della concorrenza nel caso Engie con cui è stato accertato un abuso di posizione dominante relativo, tra le altre cose, all'utilizzo dei dati di clienti "tutelati" gas per proporre offerte nel mercato libero del gas e dell'elettricità da parte della società Engie S.A. (del gruppo GDF Suez), fornitore sia di energia elettrica sia di gas nel mercato libero francese e esercente altresì la vendita di gas a condizioni regolate a una quota molto significativa di consumatori francesi (<http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/17d16.pdf>) n. 17-D-16 del 21 marzo 2017. Analogamente, della stessa Autorità, vd. anche la decisione più risalente relativa al gruppo EDF, n. 13-D-20 del 17 dicembre 2013 (<http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/13d20.pdf>) e, più in generale, il parere reso il 14 giugno 2010 (avis n. 10-A-13) "*relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle*" (<http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/10a13.pdf>).

del 2015, la piena razionalità della strategia di trasformazione delle forniture da MT a ML; ciò in ragione della richiamata razionalità economica dell'acquisizione di un cliente sul mercato libero, anche in considerazione della consapevolezza – sin dalla sua istituzione – della temporaneità del regime tutelato (e quindi della necessità di acquisire quote sul mercato libero per la conservazione della *customer base* di gruppo).

218. Dagli elementi emersi, la strategia finalizzata all'acquisizione da parte di Enel Energia a condizioni di mercato di clientela servita da Enel Servizio Elettrico/Servizio Elettrico Nazionale in regime di maggior tutela si è realizzata, in particolare, 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, e nell'utilizzo da parte della stessa EE di tali elenchi per la preposizione e l'indirizzamento di specifiche offerte esclusivamente dedicate alla clientela ancora servita in maggior tutela, fra le quali da ultimo l'offerta "Sempre con Te", come meglio si valuterà nel prosieguo.

219. Le suddette condotte risultano in violazione della normativa *antitrust*, in quanto hanno avvantaggiato la sola Enel Energia a discapito dei concorrenti non integrati, mediante lo sfruttamento di prerogative non replicabili dagli stessi – perché proprie di SEN in quanto esercente in esclusiva la maggior tutela elettrica - in un contesto di mercato già sbilanciato a favore dell'operatore dominante, come mostrano anche le evidenze empiriche analizzate. Sebbene, infatti, l'esistenza di un vantaggio competitivo nelle aree territoriali di competenza, legato alla natura di fornitore storico, debba considerarsi almeno in parte intrinseca allo stadio di evoluzione del mercato, si ritengono contrarie al diritto *antitrust*, e nella specie abusive con finalità escludenti, condotte dell'operatore in posizione dominante – quali quelle analizzate nella presente istruttoria – volte ad amplificare artatamente tale vantaggio.

V.4.2 La raccolta e l'utilizzo dei dati di contatto dei clienti in maggior tutela acquisiti tramite il consenso *privacy* per finalità commerciali

220. In merito alla raccolta e all'utilizzo dei dati di contatto della clientela tutelata derivanti dalla raccolta da parte di ESE (poi SEN) dei consensi *privacy* per finalità di *marketing*, in primo luogo va rilevato che la richiesta di un doppio e separato consenso per le società del gruppo e per i terzi non è imposta dalla normativa in materia di *privacy*, la quale invece equipara tali due categorie ai fini della richiesta di un separato consenso del cliente²⁰³. La scelta di tale modalità di raccolta del consenso appare quindi tutt'altro che

²⁰³ Cfr. Garante Privacy, "Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam", 4 luglio 2013.

obbligata ma, al contrario, frutto di autonomia decisionale della Parte e finalizzata a favorire in modo discriminatorio la società collegata Enel Energia, la quale, come hanno mostrato le evidenze istruttorie, ha potuto in effetti fruire dei vantaggi competitivi derivanti dalla detenzione di informazioni privilegiate attraverso le quali promuovere le proprie iniziative commerciali nel mercato libero²⁰⁴. L'importanza cruciale per EE di tali dati è proprio relativa alla specifica informazione che essi recano, non disponibile mediante altre liste reperibili sul mercato, ovvero la ragionevole certezza che quel cliente è un cliente servito ancora a condizioni di MT dal gruppo, cui proporre un'offerta commerciale mirata. E infatti, le evidenze istruttorie hanno permesso di appurare che EE ha effettivamente utilizzato, a partire dal 2012, i dati forniti da ESE/SEN a questo precipuo fine, ovvero l'offerta di proposte commerciali dedicate alla clientela in MT.

221. In particolare ESE/SEN, dal 2012, ha ricevuto una sola richiesta di acquisizione di liste da parte di società esterne al gruppo. L'eventuale acquisizione da parte di tali soggetti, che nel caso di specie non si è poi concretizzata (anche per l'atteggiamento non proattivo tenuto da ESE nei confronti di Heracomm quando questa – unico caso – ha fatto richiesta delle liste di contatti), avrebbe, comunque, riguardato solo un sottoinsieme dei dati di contatto che nel medesimo periodo sono stati messi a disposizione di Enel Energia. I soggetti terzi, infatti, come già esaminato nella parte in fatto (§104), per come era formulata la richiesta di consenso alla clientela, potevano accedere soltanto a circa il 30% del totale dei dati raccolti, corrispondente ai soli clienti che avessero rilasciato un consenso a essere ricontattati per finalità commerciali anche da parte di società non facenti parte del gruppo. A EE erano, invece, accessibili e sono stati forniti tutti i dati di contatto della clientela che aveva indicato il consenso a essere ricontattata da parte delle società del gruppo Enel (ovvero il 100% dei dati consensati).

222. Del resto, sebbene SEN abbia affermato che l'attività di acquisizione e cessione dei consensi *privacy* fosse stata concepita autonomamente come attività in grado di generare un valore commerciale per la società (attraverso la vendita dei contatti acquisiti anche ai terzi), in realtà le evidenze istruttorie hanno mostrato che la stessa sia stata piuttosto ideata e attuata con la precipua finalità di fornire i dati acquisiti alla società collegata EE per la vendita di contratti sul mercato libero. Sul punto basti osservare, per un verso, che sul sito *internet* di ESE l'informativa per la cessione delle liste a terzi – prodotta in atti dalle società del gruppo Enel – non ha certamente

²⁰⁴ Sulla caratteristica di informazioni strategiche e irripetibili della base clienti serviti a condizioni regolate in regime di esclusiva per l'esercizio di attività in settori aperti alla concorrenza si veda altresì la recente decisione dell'Autorità francese della Concorrenza nel caso Engie n. 17-D-16 del 21 marzo 2017 cit., nonché la decisione più risalente relativa a EDF, n. 13-D-20 del 17 dicembre 2013 cit. e più in generale il parere del 14 giugno 2010 (avis n. 10-A-13) "*relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle*", cit. .

avuto la visibilità che ci si sarebbe attesi qualora ESE/SEN avesse avuto quale finalità un genuino interesse commerciale, dall'altro, come testimoniano le stesse difese di Parte, 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. Le modalità prescelte, dunque, si valutano come del tutto insufficienti a consentire la conoscibilità dell'attività di raccolta e cessione dei contatti derivanti dai consensi *privacy* ai concorrenti di Enel Energia. Al riguardo, i venditori intervenienti nel procedimento – attivi da numerosi anni nel mercato rilevante - hanno confermato quanto sopra, affermando di non essere mai venuti a conoscenza dello svolgimento di tale attività da parte di ESE/SEN²⁰⁵. Peraltro, come gli stessi intervenienti hanno osservato, appare anche ragionevole ritenere dubbio che Enel Energia ne sia venuta a sua volta a conoscenza attraverso il sito *internet* della società collegata.

223. Si ribadisce che la richiesta di un doppio e separato consenso *privacy* da parte della società di vendita in maggior tutela per l'utilizzo a fini commerciali dei dati relativi alla clientela e la cessione della totalità dei contatti ottenuti alla società collegata Enel Energia è stata una decisione consapevolmente discriminatoria tra le modalità lecite esistenti ed è stata quindi – non solo in potenza - strumento di una condotta escludente nei confronti dei concorrenti, venditori nel mercato libero non integrati. Anche laddove, difatti, il gruppo Enel avesse veramente inteso mettere a disposizione di terzi le anagrafiche raccolte, lo sfruttamento della diversa ampiezza del consenso *privacy* avrebbe generato una evidente discriminazione a sfavore dei concorrenti, sanabile al più con la cessione anche a EE dei soli contatti di clienti che avessero espresso il consenso anche a favore dei terzi, circostanza quest'ultima nella specie non verificatasi. Le evidenze sul punto confermano, quindi, quanto denunciato all'Autorità dall'associazione AIGET, la cui segnalazione ha rappresentato uno dei presupposti dell'avvio del presente procedimento²⁰⁶.

224. Circa l'attività di cessione infra-gruppo dei consensi *privacy*, le Parti durante il procedimento hanno affermato che numerose liste analoghe a quelle fornite da SEN a EE sarebbero facilmente reperibili sul mercato a costi contenuti da parte di chiunque ne sia interessato. Dalla documentazione in atti, tuttavia, emerge nettamente – come anticipato - la valenza strategica dei dati di contatto che ESE/SEN ha fornito alla società di vendita sul mercato libero. Rispetto a ogni altra lista di fonte terza, infatti, la crucialità

²⁰⁵ Cfr. verbali di audizione di Green Network, ENI e AIGET, rispettivamente docc. 185, 202 e 203.

²⁰⁶ Come altresì segnalato da AIGET, è peraltro ragionevole ipotizzare che il cliente sia indotto a ritenere che il primo consenso sia necessario alla gestione del rapporto contrattuale, e a rilasciare quindi il medesimo, negando invece il proprio assenso al ricontatto per finalità commerciali da parte di terzi. Del resto, le stesse percentuali medie di rilascio dell'una e dell'altra tipologia di consenso emerse dalle risultanze istruttorie (fatto 100 il consenso intra-gruppo, 30% consenso terzi) potrebbero derivare da una differente percezione da parte dei clienti delle finalità delle medesime.

dei dati trasmessi da SEN per EE è data dall'informazione aggiuntiva che quell'utente è un cliente elettrico servito ancora in maggior tutela da parte del gruppo. Tale informazione, essenziale per EE, consente di sviluppare azioni commerciali mirate, tese a far transitare internamente il cliente dal MT al ML, come dimostra il fatto che le liste clienti ESE/SEN nei documenti ispettivi sono menzionate come fondamentali precipuamente per la diffusione dell'offerta "*Sempre con Te*" e delle ulteriori precedenti offerte esclusivamente dedicate agli utenti tutelati²⁰⁷.

225. Anche l'evidenza addotta nelle memorie finali difensive, relativa al fatto che la società Supermoney avrebbe offerto in data 12 settembre 2018 a EE un database di circa [500.000/1.000.000] anagrafiche che comprenderebbe anche l'informazione relativa al fatto che i clienti contattabili siano serviti in MT, peraltro a un prezzo unitario largamente inferiore a quello delle liste SEN, risulta testimoniare esattamente il contrario rispetto alla conclusione cui giungono le Parti circa la replicabilità delle liste SEN, laddove si consideri che nella medesima comunicazione inviata a EE da tale società si legge che [omissis]²⁰⁸. Risulta evidente, dunque, che l'informazione relativa alla provenienza del cliente dalla MT è solamente approssimata, peraltro attraverso apposite e ulteriori azioni di sondaggio sui clienti di cui trattasi, e rimanendo comunque soggetta a un'alea certamente superiore a quella derivante dalla possibilità per l'esercente la maggior tutela di raccogliere dati direttamente dai clienti serviti²⁰⁹. D'altra parte, il valore strategico e differenziale delle liste fornite da SEN emerge in modo chiarissimo dalla circostanza che la stessa EE ha ritenuto di fare accordi con la società collegata per l'acquisizione delle liste a prezzi unitari per contatto 5/6 volte superiori a quelli pubblicizzati dalla stessa Supermoney (*cfr. infra*), condotta irrazionale economicamente se il contenuto delle informazioni reperibili fosse stato del tutto analogo.

226. In ultima analisi, non si ritiene smentito dalle argomentazioni difensive che le liste di contatti fornite da SEN a EE risultino un *asset* strategico e irreplicabile su cui il soggetto in posizione dominante ha fatto leva per attuare una politica di *pre-emption* sulla clientela nei territori dove il gruppo detiene la concessione di distribuzione, avendo la possibilità di individuare precisamente e senza margine di errore chi fossero i clienti ancora in MT, informazione non pubblicamente disponibile²¹⁰.

²⁰⁷ *Cfr.* docc. 49.23, 246 e 262.

²⁰⁸ Enfasi aggiunta. Tra le ulteriori azioni, Supermoney si è dichiarata disponibile in particolare a campagne di [omissis] (*cfr.* doc. 535, allegato 3).

²⁰⁹ Si ribadisce sul punto che non può condividersi l'affermazione di SEN relativa alla circostanza per cui non si tratterebbe unicamente di dati di contatto 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 solo per ricevere informazioni, in quanto questa casistica sembra potersi considerare quale oggettivamente residuale (*cfr.* prec. §86).

²¹⁰ Non può essere condivisa a tal riguardo neanche l'argomentazione delle Parti secondo cui, a titolo esemplificativo per la "*Sempre con Te*", l'offerta della medesima attraverso il canale telefonico fosse

227. Nel senso dell'importanza strategica dei dati di fonte ESE/SEN, come già menzionato, appare militare anche la disparità raggiunta tra i corrispettivi previsti nei contratti del 2016 e del 2017 con EE (6,4 euro/contatto e 8,4 euro/contatto)²¹¹ e il corrispettivo medio di EE per l'acquisizione di liste diverse sul mercato (secondo le informazioni rese dalla stessa società, [omissis] euro/contatto). La circostanza per cui EE si sia dimostrata interessata ad acquisire le anagrafiche ESE/SEN a un costo unitario sensibilmente più elevato di quello da lei stessa indicato come reperibile sul mercato, infatti, testimonia proprio l'importanza cruciale di quelle liste, in quanto contattando la clientela ivi contenuta EE poteva proporre un'offerta commerciale specifica, basata sull'elemento della continuità e rassicurazione circa la mancanza di cambiamento ("resta in Enel" e formule di similare tenore), possibilità che la società non poteva ottenere utilizzando altre liste esistenti sul mercato, a costi eventualmente più contenuti. Inconferente appare anche l'ulteriore argomento per cui, a fronte di un corrispettivo unitario elevato, l'investimento complessivo per EE sarebbe stato comunque modesto, pari a circa [1/10] milioni di euro, e quindi sostenibile da un qualsiasi operatore concorrente. Ammesso anche che le capacità economico-finanziarie di un concorrente medio siano paragonabili a quelle di EE, infatti, quel che conta è la circostanza per cui i concorrenti non siano stati posti nelle medesime condizioni di accessibilità a tali dati rispetto alla società del gruppo Enel Energia.

228. L'utilizzo delle liste di dati di clienti di cui trattasi - volto ad intercettare una rilevante porzione della domanda tutelata prima che i clienti "uscissero" dalla *customer base* del gruppo - è configurabile quindi come una condotta abusiva, idonea a escludere i concorrenti attivi su un solo segmento, quello del libero, che pesa meno della metà del mercato della vendita, e nel quale ciascuno di essi detiene una base clienti in alcun modo confrontabile con quella di EE.

229. Né valgono a depotenziare il carattere anticompetitivo dell'attività di raccolta e utilizzo discriminatorio dei dati derivanti dai consensi *privacy* le circostanze per cui, secondo le argomentazioni difensive delle Parti, le anagrafiche sarebbero state annualmente pari in media solo a circa lo [0-5]% della *customer base* di SEN e per cui dall'utilizzo di tali liste sarebbe derivata l'acquisizione di un numero limitato di contratti di mercato libero

preceduta dalla domanda al cliente relativa alla circostanza per cui lo stesso fosse o meno un cliente ancora servito in maggior tutela, e in tal modo sarebbe testimoniato il mancato utilizzo di dati di contatto della clientela tutelata. Che l'operatore telefonico avesse nei propri *script* la domanda relativa al fatto che quel cliente fosse ancora servito in MT o meno, infatti, non basta in alcun modo a provare che EE non avesse la ragionevole certezza che, provenendo da liste clienti della società collegata, quel cliente effettivamente lo fosse.

²¹¹ Al riguardo si ricorda che dalla documentazione ispettiva è emerso che tale *pricing* sia quello risultato coerente con la copertura dei costi sostenuti da ESE/SEN in tutte le fasi dell'attività di raccolta delle anagrafiche (acquisizione dei consensi tramite partner terzi, controlli qualità ecc.) e la realizzazione di un *mark up* (cfr. prec. §91).

per EE (secondo le dichiarazioni rese, [20.000/40.000] dal 2015). In primo luogo, infatti, andrebbe considerato il numero totale e non annuale dei contatti trasferiti da SEN a EE, che corrisponde invece a circa il [10-15]% della base clienti SEN e in secondo luogo, per correttamente valutare il potenziale impatto restrittivo della condotta analizzata, andrebbe comunque raffrontata la platea dei clienti contattabili attraverso le liste SEN rispetto alla *customer base* dei concorrenti, di dimensioni significativamente più piccole in media rispetto al gruppo *incumbent*, per i quali le liste acquisite da SEN rappresentano una rilevante porzione di domanda sottratta alla competizione sul mercato e oggetto della strategia di *pre-emption* sulla clientela tutelata contestata in questa sede al gruppo Enel.

230. In particolare, sotto questo profilo, rileva osservare che le liste SEN acquisite tra il 2012 ed il 2015 rappresentano più del doppio del bacino di clienti medio dei primi 3 principali concorrenti di EE²¹². Peraltro, in una diversa ma complementare prospettiva, l'utilizzo di dette liste ha sottratto ai concorrenti una rilevante porzione, superiore al 40%, di domanda contendibile, laddove quest'ultima può ragionevolmente approssimarsi con i flussi di clienti in uscita dalla maggior tutela nel periodo di cui si detengono i dati (2014-2017).

231. In questo senso, l'idoneità a escludere della condotta contestata non è inficiata dalle evidenze presentate dalle Parti in merito al confronto tra le anagrafiche acquisite attraverso le liste e la *customer base* di SEN, anche nella misura in cui quest'ultima è costituita da una quota consistente di clienti resistente al passaggio al segmento del mercato libero nonostante il processo di liberalizzazione si sia avviato già da più di dieci anni; dunque, una parte di quella domanda non è in realtà del tutto contendibile. Inoltre, tale confronto prescinde dalla struttura del segmento di mercato nel quale si esplica la concorrenza, che risulta largamente asimmetrica a favore di EE. In altri termini, nello specifico contesto di mercato in cui la condotta abusiva è stata posta in essere, il confronto prospettato dalle Parti appare metodologicamente inadatto al fine di valutarne il potenziale di offensività.

232. In relazione alla fattispecie contestata, è altresì priva di pregio l'argomentazione delle Parti secondo cui dall'utilizzo di tali liste sarebbe derivata l'acquisizione di un numero limitato di contratti di mercato libero per EE (secondo le dichiarazioni rese, [20.000/40.000] dal 2015). Infatti, in primo luogo, come ben noto secondo consolidata giurisprudenza, ai fini dell'art. 102 TFUE, l'illecito dell'abuso di posizione dominante “*si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, purché di suo idonea a turbare il funzionamento e la libertà del mercato*”, essendo sufficiente “*già*

²¹² In particolare, le liste SEN complessivamente acquisite tra il 2012 ed il 2015 sono circa [0-5] volte la dimensione media del bacino di utenti dei primi 3 concorrenti di EE registrata nel medesimo arco temporale.

la mera potenzialità dell'effetto restrittivo"²¹³.

233. In secondo luogo, si osserva che il numero dei contratti effettivamente attivati da EE sulla base delle liste SEN prodotto dalla Parte appare relativo ai soli clienti acquisiti a partire dal 2015, non avendo invece fornito le Parti informazioni su quelli acquisiti negli anni precedenti. Inoltre, le evidenze ispettive hanno mostrato come ancora nel 2017 EE stesse impiegando i dati acquisiti da ESE nel 2015; ne consegue che anche l'argomento per cui EE, in ragione della chiusura del canale *teleselling outbound* avvenuta nel giugno 2017, non avrebbe richiesto alla società collegata il trasferimento dei dati di contatto relativi alle annualità 2016 e 2017, non è indicativo dell'assenza di ulteriori contratti acquisiti a seguito dell'utilizzo dei dati di contatto già precedentemente trasmessi, sia pure con diverse modalità (ad esempio, contattando il cliente per la c.d. "presa appuntamento", e non direttamente per la conclusione del contratto in modalità telefonica o *teleselling*). L'utilizzo da parte di EE dei contatti nei due anni successivi all'acquisizione da parte di SEN dimostra altresì come gli stessi fossero considerati sufficientemente attuali, a differenza di quanto sostenuto dalle Parti, anche in termini di permanenza dell'utente nel regime di maggior tutela con SEN, in quanto all'inizio del 2017 EE usava i contatti precipuamente per proporre l'offerta "Sempre con Te", specificamente dedicata alla clientela in MT. L'attualità dei dati si apprezza altresì con riferimento al tasso medio di *switching* della clientela tutelata negli anni in questione, sempre particolarmente basso²¹⁴.

234. Nel caso di specie, alla luce delle dinamiche di mercato analizzate (*cf.* §119 e ss), emerge come la struttura di acquisizione di nuovi clienti di EE nei territori nei quali la società collegata ESE/SEN esercita il servizio di maggior tutela sia già molto sbilanciata verso le acquisizioni dalla maggior tutela stessa, sia in termini assoluti che in confronto a tutti i principali concorrenti.

235. Infatti, come già ampiamente ricostruito nella parte in fatto, nel corso del periodo 2014-2017 la quota dei clienti passati ad EE, rispetto al totale dei clienti domestici usciti dalla maggior tutela, risulta già molto elevata e peraltro in crescita, a fronte invece di un andamento calante della quota di clienti acquisiti sul mercato libero rispetto ai clienti che hanno cambiato fornitore su detto segmento. Inoltre, le acquisizioni di clienti in uscita dalla maggior tutela hanno già per EE un peso superiore a quello che tale tipologia di clienti riveste per altri operatori.

236. L'abuso si inserisce quindi in un contesto di mercato già caratterizzato da una forte vischiosità della domanda servita in regime di maggior tutela, che tende a rivolgersi alla società che opera sul segmento del mercato libero

²¹³ *Cfr.*, *ex multis*, Consiglio di Stato, 15 maggio 2015, n. 2479 e, da ultimo, TAR Lazio, 31 maggio 2018, n. 6080,.

²¹⁴ *Cfr.* relazioni annuali ARERA 2013/2018

appartenente al medesimo gruppo.

237. Quanto alle argomentazioni addotte dalle Parti sulle evidenze empiriche analizzate e sulla valenza probatoria delle medesime, soprattutto attraverso la memoria del consulente economico incaricato, si ribadisce che tali evidenze non sono state presentate quale prova degli effetti delle condotte medesime, bensì come inquadramento delle dinamiche che già caratterizzano il mercato nel quale le condotte sono state poste in essere. In questa prospettiva risulta quindi ad esempio inconferente il confronto con le *performance* di un altro operatore verticalmente integrato non sottoposto a procedimento, volte a mostrare che le medesime risultino addirittura migliori di quelle del gruppo Enel nell'acquisizione a mercato libero di clientela precedentemente detenuta in MT. In ogni caso, il confronto con altri operatori verticalmente integrati non è metodologicamente corretto in quanto, al di là delle prescelte politiche commerciali, anche le differenti caratteristiche dell'*incumbent* preso a confronto (ad esempio, la natura *multi-utility* e il forte radicamento territoriale su base locale) sono idonee ad incidere profondamente sulle *performance* di mercato osservate.

238. In conclusione, dunque, si ritiene che nel contesto esaminato le condotte dell'operatore dominante volte ad amplificare artificialmente il vantaggio di cui già intrinsecamente gode – per motivi storici e legati alle caratteristiche della domanda - rispetto ai *competitors* non integrati, presentino una portata escludente particolarmente significativa.

V.4.3 La natura abusiva delle condotte

239. Si ritiene in ultima analisi che le condotte analizzate costituiscano, nel contesto esaminato, un abuso, in quanto le stesse sono state poste in essere da un operatore in posizione dominante e risultano idonee ad alterare le dinamiche competitive del mercato della vendita di energia elettrica *retail* nei territori interessati. Le stesse rilevano almeno a partire dal gennaio 2012, momento nel quale ESE ha iniziato a raccogliere e cedere a EE i dati dei clienti del mercato tutelato che avevano fornito il consenso *privacy* infra-gruppo, così come da contratti di noleggio acquisiti in atti, e fino al maggio 2017, ultimo momento in cui si ha concreta evidenza nella documentazione in atti – anche per stesse dichiarazioni delle Parti - dell'utilizzo da parte di EE dei dati di contatto di cui trattasi per la contrattualizzazione di clienti sul mercato libero.

240. Come mostrato, la razionalità economica dell'acquisizione di un cliente sul mercato libero risiede anche nell'imminenza del passaggio obbligatorio di tutti i clienti della MT al ML. In particolare, per il gruppo Enel, esercente la MT nella maggior parte del territorio nazionale, la decisione di cessazione definitiva del regime tutelato ha fatto emergere la questione relativa all'allocazione dei clienti ancora serviti con tale modalità i quali, al momento

fissato per la cessazione stessa, non abbiano designato un fornitore sul ML. Nel corso del dibattito politico e pubblico che ha accompagnato l'iter D.D.L. Concorrenza nelle sedi parlamentari, già dall'aprile 2015, una delle possibili modalità di transizione che si ventilava era l'effettuazione di aste per pacchetti di clienti. Ferma restando la nota transitorietà *ab origine* del SMT, dunque, gli incentivi per il gruppo si sono rafforzati a fronte dell'eventualità per il gruppo di perdere i clienti nella propria *customer base* a esito di un processo pubblicamente definito di riallocazione della clientela in MT, ovvero di poterli acquisire, nel caso di aggiudicazione delle aste competitive, con una marginalità non in anticipo prevedibile, ma in ogni caso ragionevolmente inferiore a quella ottenibile anticipando il processo di acquisizione a mercato libero.

241. Del resto, della volontà strategica del gruppo di neutralizzare il più possibile gli effetti di una tale eventualità è emersa piena evidenza nei documenti ispettivi, come rappresentato, i quali mostrano come Enel avesse ben chiaro che fosse preferibile traghettare la clientela detenuta in MT sul ML, in maniera da minimizzare l'eventualità di una competizione con i venditori non integrati per l'acquisizione di questa parte rilevante e preponderante della domanda²¹⁵.

242. Privata di pregio sul punto risulta l'argomentazione delle Parti secondo cui i meccanismi di "asta competitiva" sarebbero stati introdotti nel testo approvato dal Senato solo il 3.5.2017 (il giorno prima dell'avvio del procedimento) e quindi, prima di quella data, non sarebbe sussistito il presunto "movente" ipotizzato nel presente procedimento. Al contrario, infatti, numerosi documenti ispettivi discussi nella sezione fattuale esemplificano l'intenzione del gruppo di "traghettare" il maggior numero di clienti possibile dalla MT al ML. Peraltro, la possibile previsione di aste per la fornitura dei clienti precedentemente serviti in regime di MT era già da tempo pubblicamente dibattuta, e, a ogni modo, la circostanza per cui la cessazione del regime di maggior tutela avrebbe dovuto implicare una qualche forma di riallocazione della clientela tutelata non a vantaggio esclusivo dell'operatore uscente, a pena di vanificare *ab origine* il processo di liberalizzazione dell'attività di vendita di energia elettrica a livello *retail* sul territorio nazionale, risultava di tutta evidenza e possibilità di anticipazione da parte dell'operatore dominante ben prima dell'effettivo emergere nel dibattito pubblico dell'esplicita ipotesi di aste.

243. La strategia di traghettamento della clientela tutelata posta in essere dal gruppo Enel fa leva altresì sulla consapevolezza di avere maggiore capacità di attrarre tale clientela sul mercato libero, rispetto ai concorrenti, quando la stessa è ancora servita in MT da parte del gruppo, in quanto nei confronti di tale bacino sono spendibili i vantaggi competitivi derivanti dall'utilizzo dei

²¹⁵ Cfr. docc. 37.2, 37.16, 37.18, 37.27, 37.36, 61, 89.42.

dati consensati, nonché messaggi di continuità e rassicurazione nel rimanere all'interno dello stesso gruppo Enel, altresì veicolati in campagne commerciali dedicate, il cui uso non è possibile da parte dei concorrenti non facenti parte di gruppi verticalmente integrati. In ultima analisi, le evidenze testimoniano la volontà di far leva proprio sull'assenza di un *level playing field* tra gli operatori, acuendo il proprio vantaggio competitivo già strutturalmente derivante dal possesso esclusivo della qualifica di esercente il servizio pubblico di fornitura in maggior tutela nelle aree di riferimento, per rafforzare la propria posizione di mercato a scapito dei concorrenti.

244. Vero è che la clientela passata al mercato libero con EE potrà essere successivamente contendibile da parte dei venditori concorrenti, ma il gruppo Enel è ben consapevole dell'esistenza di un certo grado di vischiosità e resistenza al cambiamento soprattutto da parte della clientela che ancora non sia – a più di dieci anni dall'apertura del mercato – volontariamente transitata sul ML medesimo. In tal senso, anche la non particolare remuneratività per EE dell'offerta "*Sempre con Te*", le cui condizioni economiche sono tali per cui la società prevede di riuscire a raggiungere un livello di marginalità ritenuto "normale" solo in un arco temporale di alcuni anni²¹⁶, vale a testimoniare proprio l'importanza che per il gruppo riveste la possibilità di fidelizzare questa tipologia di clienti attraverso il passaggio "interno" dal mercato tutelato al libero.

245. In ultima analisi, si ritiene che le condotte descritte siano da valutare come una strategia abusiva del gruppo Enel, volta a contrastare dinamiche genuinamente competitive nel mercato libero della vendita di energia elettrica a clienti finali domestici e non domestici di minori dimensioni (segmento c.d. "*retail*") e in grado di rallentare il processo di transizione verso la completa liberalizzazione del mercato medesimo.

V.4.4 Il rapporto con la regolazione di settore

246. Va altresì considerato 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. Non si tratta dunque di valutare la legittimità di atti alla luce dei vari settori dell'ordinamento investiti, ma di considerare quelle condotte, pur settorialmente lecite, alla luce della loro portata anticoncorrenziale. Prospettiva in relazione alla quale certi atti, anche se legittimi dal punto di vista settoriale, si colorano come elementi indicatori di uno sproporzionato intento o effetto anticoncorrenziale²¹⁷. Diversamente, l'abuso di posizione dominante sarebbe pressoché inconfigurabile, grazie al

²¹⁶ Cfr. doc. 37.18.

²¹⁷ Cfr. Consiglio di Stato, 8 aprile 2014, n. 1673, A437 - *Coop Estense*.

semplice fatto che consiste il più delle volte in comportamenti analiticamente leciti se visti solo alla luce di settori dell'ordinamento altri da quello della concorrenza²¹⁸, “*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*”²¹⁹.

247. In tal senso, privi di pregio risultano gli argomenti delle Parti legati alla compatibilità delle condotte tenute con la disciplina regolamentare e in particolare con le norme sul *brand unbundling*²²⁰, peraltro intervenute solo nel 2015 e oggetto di un contenzioso durato fino al 2017²²¹. Al riguardo si noti che, oltre ai generali principi *antitrust*, i principi settoriali proconcorrenziali erano noti sin dalla terza Direttiva del 2009²²² (o quantomeno, a livello nazionale, sin dal Decreto legislativo di recepimento del 2011²²³) e che, peraltro, lo stesso gruppo Enel internamente valuta le proprie iniziative con riferimento al rispetto della normativa *antitrust* e non solo di quella regolamentare, come emerso dalle evidenze istruttorie (*cfr.* ad es., raccomandazioni sul *pricing* dei contatti ceduti da ESE/SEN a EE – v. prec. §91).

V.4.5 Conclusioni sull'abuso

248. In ultima analisi si ritiene, considerando il complesso delle evidenze acquisite nel corso del procedimento, che il gruppo Enel, integrato nella distribuzione e nella vendita sul mercato tutelato, dopo essere stato per numerosi anni il principale beneficiario dell'assetto normativo-regolamentare del settore, che ha previsto un'esclusiva per la fornitura del servizio di maggior tutela, abbia posto in essere, nei mercati locali della vendita di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici allacciati in bassa tensione, nei quali è dominante, delle condotte commerciali non replicabili costituenti una strategia escludente, configurabili come abuso di posizione dominante. Tali condotte risultano suscettibili di ostacolare i concorrenti e di avvantaggiare ingiustificatamente la propria società di vendita sul mercato libero Enel Energia anche nel momento in cui la cessazione del regime di tutela legale è diventata maggiormente concreta e

²¹⁸ Corte giustizia, 14 ottobre 2010, causa C- 280, *Deutsche Telekom/Commissione*, Corte di giustizia CE, 6 dicembre 2012, C-457/10, *Astrazeneca*; Consiglio di Stato, 15 maggio 2015, n. 2479, A428 - *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*; Tar Lazio, sez. I, 1 agosto 2017, nn. 9140 e 9141, A435 - *Comune di Prato-Estra Reti Gas*.

²¹⁹ Tar Lazio, sez. I, 1 agosto 2017, nn. 9140 e 9141, cit..

²²⁰ Di cui, come noto, alla Delibera ARERA n. 296/2015.

²²¹ *Cfr.* Consiglio di Stato, sentenza n. 5519/2017, cit..

²²² Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, cit..

²²³ Decreto Legislativo 1° giugno 2011, n. 93, cit..

imminente, e risultano pertanto idonee a ritardare e ostacolare la realizzazione di un mercato *retail* dell'energia elettrica effettivamente competitivo e di estensione geografica nazionale.

249. Non si ritiene, invece, che le evidenze istruttorie abbiano fornito un quadro probatorio sufficiente a imputare alle società del gruppo Enel alcuna condotta abusiva con riferimento alle organizzazione e svolgimento delle attività di vendita all'interno dei punti fisici sul territorio (Punti Enel e Punti Enel Negozi Partner) e alle politiche di *winback* praticate da Enel Energia.

250. Ed infatti, quanto alle attività di vendita di energia elettrica all'interno dei punti fisici, la CRI aveva ipotizzato che anche tale elemento fosse in grado di rappresentare una condotta abusiva ascrivibile alle società del gruppo Enel, suscettibile di contribuire alla strategia di svuotamento del bacino di clientela tutelata in favore della società del gruppo operante sul mercato libero, Enel Energia. Sul punto l'Autorità non ritiene che le risultanze istruttorie siano in realtà sufficienti a valutare in tal senso le condotte osservate, in quanto non è emerso alcun elemento concreto in grado di provare che – pur nell'organizzazione commista delle attività tra MT e ML all'interno dei punti fisici medesimi – vi sia stato un passaggio illecito di informazioni afferenti alla clientela gestita in maggior tutela finalizzato all'acquisizione della stessa sul mercato libero, ovvero ulteriori comportamenti in grado, abusivamente, di promuovere passaggi di utenti ESE/SEN a contratti di Enel Energia. In tal senso, dunque, a esito del procedimento istruttorio, tale ipotesi non può ritenersi confermata, dal momento che non si ritengono emerse in atti evidenze sufficienti per giungere a tale accertamento.

251. Con riferimento all'attività di *winback* asseritamente abusiva posta in essere da Enel Energia, infine, sebbene i dati analizzati nel corso del procedimento istruttorio abbiano mostrato un'anomalia nelle percentuali di riacquisizione dei clienti transitati verso l'operatore denunciante Green Network rispetto agli altri *trader* di mercato libero, non si ritiene che siano emersi elementi in atti sufficienti a sostenere che tali dinamiche di *switching* siano frutto di politiche selettive di carattere aggressivo e/o denigratorio da parte della stessa Enel Energia, ritenendo, anche alla luce delle memorie finale delle Parti del procedimento e degli intervenienti, l'Autorità di confermare in tal senso il contenuto della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie e di non necessitare di supplementi d'indagine.

VI. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO INTRACOMUNITARIO

252. Nel provvedimento di avvio del presente procedimento si è ipotizzata l'applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza per le ipotesi di abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE), sulla base del

pregiudizio intracomunitario che la fattispecie poteva presentare, tenuto conto dell'importanza del gruppo Enel, principale gruppo elettrico nazionale le cui società di vendita servono una quota rilevante dei consumi nazionali. Il gruppo Enel, nel caso di specie, rappresenta il principale *player* nelle aree territoriali di riferimento, data l'esclusività dell'offerta del servizio di distribuzione e di vendita dell'energia elettrica in maggior tutela in tali aree, corrispondenti alla gran parte del territorio nazionale.

253. Secondo la Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07 – *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*²²⁴: “qualora un'impresa che detiene una posizione dominante sulla totalità di uno Stato membro, commette abusi escludenti, normalmente il commercio tra Stati membri è suscettibile di essere pregiudicato. Tale comportamento abusivo generalmente renderà più difficile la penetrazione nel mercato da parte dei concorrenti di altri Stati membri, nel qual caso le correnti degli scambi sono suscettibili di essere pregiudicate” (punto 93).

254. In ogni caso, “Se la posizione dominante riguarda una parte di uno Stato membro che costituisce una parte sostanziale del mercato comune e l'abuso rende più difficile, per i concorrenti di altri Stati membri, accedere al mercato nel quale l'impresa è dominante, va solitamente ritenuto che il commercio tra Stati membri possa essere pregiudicato in misura sensibile” (punto 97). Del resto, l'impatto dissuasivo di un comportamento abusivo nei confronti di altri concorrenti può determinare un effetto sul commercio: in particolare, “Se l'impresa dominante adotta ripetutamente un comportamento tale da diffondere la convinzione che attuerà sistematicamente pratiche di esclusione nei riguardi dei concorrenti che tentano di esercitare una concorrenza diretta, è probabile che i concorrenti di altri Stati membri competano in modo meno aggressivo” (punto 94).

255. Nel caso specifico il gruppo Enel, come noto, è *ex monopolista legale* dell'intera filiera elettrica, ancora dominante in molte fasi della stessa e, in particolare, con una presenza particolarmente significativa a livello nazionale sulla sommatoria dei mercati locali in cui esercita l'attività di distribuzione di energia elettrica (in monopolio e, di conseguenza, la vendita in esclusiva in regime di maggior tutela).

256. Le analizzate strategie escludenti possono colpire anche imprese aventi la sede principale in uno degli Stati membri dell'Unione Europea diversi dall'Italia, verticalmente integrate o grossisti puri che intendano entrare nei mercati della vendita al dettaglio di elettricità in Italia.

257. Le condotte contestate nel caso di specie, potendo ostacolare significativamente l'ingresso e l'operatività di concorrenti attuali e potenziali, anche esteri, sul mercato nazionale, appaiono quindi suscettibili

²²⁴ G.U.C.E. C 101/81 del 27 aprile 2004.

di alterare il commercio tra Stati Membri. Alla luce delle risultanze istruttorie e dell'idoneità delle condotte a pregiudicare il commercio intracomunitario, si ritiene dunque di confermare l'applicazione, nel caso di specie, dell'art. 102 del TFUE.

VII. L'IMPUTABILITÀ DELLE CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI OGGETTO DI CONTESTAZIONE E DELLA RELATIVA SANZIONE

258. Le evidenze in atti consentono di ricondurre la responsabilità delle condotte oggetto di contestazione, anzitutto, a Servizio Elettrico Nazionale e Enel Energia, in quanto soggetti che hanno concretamente posto in essere le condotte contestate idonee a consentire l'utilizzo discriminatorio di informazioni privilegiate detenute dall'esercente la maggior tutela per favorire, rispetto ai concorrenti non integrati, la società di vendita del gruppo operante sul mercato libero.

259. Le evidenze complessivamente in atti consentono, altresì, di ritenere che Enel S.p.a. costituisca insieme a SEN e EE un'unica entità economica ai sensi del diritto della concorrenza e che, pertanto, la capogruppo debba ritenersi corresponsabile per le condotte illecite delle sue controllate e possa, altresì, essere chiamata a rispondere in solido delle ammende alle stesse inflitte. Per consolidata giurisprudenza comunitaria, infatti, la responsabilità per le violazioni *antitrust* e per le relative sanzioni deve, ai sensi dell'art. 102 TFUE, essere imputata alle "imprese", nella definizione euro-unitaria di "*qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico del soggetto stesso e dalle sue modalità di finanziamento*".

260. Nel caso di specie, infatti, trova, anzitutto, applicazione nei confronti di Enel S.p.a. la presunzione semplice, di matrice giurisprudenziale, del c.d. 100%, in forza della quale si presume - salvo prova contrario a carico della controparte - che la società che controlli, direttamente o indirettamente, il 100% del capitale sociale di altra società sia in grado esercitare un'influenza determinante sulla linea di condotta nel mercato di quest'ultima²²⁵ e che, per

²²⁵ Vd. sentenza della Corte di Giustizia del 10 settembre 2009, causa C-97/08, *Akzo Nobel vs Commissione*, ECLI:EU:C:2009:536, che ha fatto definitiva chiarezza in ordine ai criteri di imputazione delle condotte *antitrust* all'interno di gruppi societari. A tale sentenza si è uniformata tutta la successiva giurisprudenza della Corte (da ultimo, sentenza del 10 aprile 2014, causa C-247/11 e C-253/11, *Alstom SA e altri*, ECLI:EU:C:2014:257). Come noto, questa giurisprudenza si fonda sulla premessa che "*la responsabilità solidale della controllante e della controllata si giustifica, infatti, con la circostanza che, nell'accezione del diritto della concorrenza, se la controllata non gode di autonomia sufficiente nei confronti della controllante le due società fungono congiuntamente da soggetti giuridici componenti un'impresa unitaria. Insieme formano allora un'unità economica e nei rapporti tra di loro possono usufruire del[la] disapplicazione del divieto di intese anticoncorrenziali per i loro accordi. Viceversa, controllante e controllata formano un'unità economica anche nei confronti dell'esterno e devono, quindi, rispondere congiuntamente di eventuali comportamenti anticoncorrenziali dell'impresa che personificano insieme*" (cfr. conclusioni dell'Avvocato generale J. Kokott presentate nella causa C-440/11P, *Commissione vs. Stichting Administratiekantor Portielje e a.*, par. 31). Da tale premessa, la giurisprudenza della Corte di

tale ragione, controllante e controllata costituiscano insieme un'unica entità giuridica e debbano “rispondere congiuntamente di eventuali comportamenti anticoncorrenziali dell'impresa che personificano insieme”²²⁶, “ancorché, dal punto di vista giuridico, tale unità sia costituita da più persone fisiche o giuridiche”²²⁷. L'Autorità di concorrenza, sulla base di questa presunzione relativa “potrà poi ritenere la società controllante solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla propria controllata, a meno che tale società controllante, cui incombe l'onere di confutare tale presunzione, non fornisca sufficienti elementi di prova idonei a dimostrare che la propria controllata si comporta in maniera autonoma”²²⁸: “solo in tal modo [infatti] si può anche garantire che nel calcolo dell'entità dell'ammenda da infliggere si tenga conto correttamente del reale potere economico dell'impresa nel suo complesso e che l'esecuzione dell'ammenda non risulti compromessa da eventuali spostamenti patrimoniali fra società madre e le sue controllate”²²⁹.

261. Dagli atti istruttori emergono, inoltre, ulteriori elementi che appaiono idonei a rafforzare la predetta presunzione relativa di responsabilità per l'illecito *antitrust* oggetto di contestazione. In particolare, in primo luogo, le evidenze ispettive hanno mostrato l'esistenza di una vera e propria strategia di gruppo volta al conseguimento dell'obiettivo di “spostare” quanti più clienti possibile dalla società operante in maggior tutela (ESE/SEN) alla

giustizia ha ritenuto corretto inferire: “che, nel caso in cui una società controllante detenga la totalità o la quasi totalità del capitale della propria controllata che abbia violato le norme in materia di concorrenza, esiste una presunzione semplice, secondo cui la detta società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata. Alla luce di tali considerazioni è sufficiente che la Commissione provi che totalità o la quasi totalità del capitale di una controllata sia detenuto dalla controllante per poter presumere che quest'ultima eserciti un'influenza determinante sulla politica commerciale di tale controllante”. La richiamata giurisprudenza è fatta propria anche dai Giudici nazionali, vd. da ultimo, TAR Lazio, 10 marzo 2016, n. 3077, I759 - Forniture Trenitalia (Firema Trasporti S.p.A.): “Inoltre, qualora la società controllante detenga (come in questo caso) il 100% del capitale sociale della sua controllata, la quale si sia resa responsabile di un comportamento illecito, si presume che la società controllante eserciti un'influenza determinante nello svolgimento dell'attività della controllata, tale da farla ritenere responsabile per gli illeciti da quest'ultima materialmente realizzati”.

²²⁶ Cfr. Conclusione dell'Avvocato generale J. Kokott presentate nella causa C-440/11, *Commissione europea vs Stichting Administratienkantoor Portielje e a.*, cit., par. 23 e 31.

²²⁷ Cfr., *ex multis*, sentenza della Corte di Giustizia del 12 luglio 1984, Caso C-170/83, *Hydrotherm Gerätebau GmbH vs Ditta Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas.* ECLI:EU:C:1984:271, punto 11.

²²⁸ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia, causa C-440/11P, *Commissione europea vs Stichting Administratienkantoor Portielje e a.*, cit., par. 41. La responsabilità della controllante per le condotte anticoncorrenziali delle sue controllate è, del resto, coerente con la funzione di deterrenza generale e specifica della sanzione nonché con l'effetto utile della sanzione perché, come chiaramente spiegato dall'Avvocato generale J. Kokott nelle conclusioni presentate nella causa C-628/10, *Alliance One International e Standard Commercial Tobacco vs Commissione*, cit.: “in tal modo si può tenere adeguatamente conto, ai fini del calcolo di un'ammenda, della forza finanziaria dell'intero gruppo partecipante al rispettivo cartello. Inoltre, aumentano le possibilità che un debitore solvibile risponda del pagamento dell'ammenda, indipendentemente da eventuali spostamenti patrimoniali all'interno del gruppo interessato”.

²²⁹ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale J. Kokott, causa C-97/98P, *Akzo Nobel vs. Commissione*, cit., par. 43.

società del mercato libero (EE), in considerazione della nota transitorietà *ab origine* del regime di MT e a maggior ragione nel momento in cui è emerso il definito superamento dello stesso con il passaggio verso il nuovo sistema completamente liberalizzato. Tale strategia, concretizzatasi nelle condotte abusive contestate, si comprende in quanto economicamente razionale in un'ottica di gruppo, la quale quindi permea i comportamenti delle società controllate. A questo proposito, si consideri anche che alcuni documenti ispettivi particolarmente rilevanti²³⁰ afferiscono direttamente a dipendenti della società controllante Enel S.p.a..

262. Le argomentazioni difensive in materia di non applicabilità al caso di specie della c.d. *parent company liability* non risultano in grado di smentire la ricostruzione sopra prospettata in quanto, in primo luogo, risulta erroneo alla luce della giurisprudenza rilevante l'assunto secondo il quale la presunzione di coinvolgimento in caso di controllo al 100% non opererebbe laddove la controllante dimostri di non aver influito sulle condotte abusive contestate alle controllate; al contrario, come anticipato, la controllante dovrebbe essere in grado di dimostrare che le società sottoposte operino invece in senso più generale in completa autonomia sul mercato²³¹. Nel caso di specie, peraltro, Enel S.p.a. non ha addotto alcuna evidenza né dell'una né dell'altra circostanza, essendosi limitata a mere affermazioni relative al fatto che, ad esempio, la riorganizzazione aziendale del 2014 l'avrebbe portata a dismettere ogni ruolo decisionale, affidato alle società operative, argomentazione non corroborata da alcuna evidenza. Infine, è dirimente il fatto 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.

VIII. GRAVITÀ E DURATA DELLE INFRAZIONI

263. Secondo consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, per valutare la gravità di un'infrazione si deve tenere conto di diversi fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa. Tra questi rilevano principalmente la natura della restrizione della concorrenza e il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte²³².

²³⁰ A titolo esemplificativo, l'*e-mail* tra il responsabile regolatorio-*antitrust* Italia del gruppo e i vertici della c.d. area "Mercato Italia", in cui si legge espressamente "la strategia dovrebbe essere portarci il maggior numero di clienti sul libero in attesa che si definisca il quadro normativo-regolatorio" (doc. 37.27, cit.)

²³¹ Cfr. causa C-97/08, *Akzo Nobel vs Commissione*, cit., par. 58.

²³² Cfr., a titolo esemplificativo, Consiglio di Stato, sentenze del 9 febbraio 2011, n. 896 e del 16 settembre 2011, nn. 5171 e 5172, in relazione al caso I694 – *Listino prezzi della pasta*.

264. Con riferimento al caso di specie, in merito alla natura abusiva delle condotte contestate alle società del gruppo Enel parti del procedimento, le risultanze istruttorie hanno consentito di accertare che le stesse hanno posto in essere, in esecuzione di un piano strategico/commerciale definito e controllato a livello di capogruppo, comportamenti finalizzati a favorire il passaggio della base clienti servita in regime di maggior tutela a offerte di fornitura della società controllata attiva sul mercato libero allo scopo ultimo di confermare, anche a seguito della definitiva abrogazione del regime di maggior tutela, il proprio posizionamento di mercato.

265. Per la realizzazione della propria strategia industriale il gruppo Enel ha sfruttato vantaggi concorrenziali conseguenti allo svolgimento, in regime di monopolio, del servizio pubblico di fornitura in maggior tutela, in particolare consistiti nello sfruttamento a esclusivo beneficio di Enel Energia dei dati di contatto della base clienti tutelata, anche per la veicolazione di specifiche offerte commerciali di mercato libero dedicate: tale condotta, per le descritte caratteristiche, è, quindi e per definizione, irreplicabile da parte dei concorrenti non integrati.

266. I comportamenti contestati sono proseguiti in un momento, tra l'altro, particolarmente delicato come quello attuale di transizione verso la totale liberalizzazione del mercato *retail* elettrico in Italia dopo una lunga fase di regolazione attraverso il mantenimento in essere del mercato tutelato, del quale l'operatore dominante è stato il principale beneficiario. In tale momento storico, il perseguimento di un *level playing field* tra gli operatori risulta particolarmente importante in vista della completa apertura del mercato, a pena della vanificazione del processo di liberalizzazione in atto. I comportamenti analizzati delle società Parti, che fanno leva su prerogative non acquisite con strumenti propri di una legittima concorrenza sui meriti, ma che derivano al gruppo Enel dall'aver storicamente svolto in esclusiva un servizio pubblico (quale quello della fornitura di energia elettrica in maggior tutela), appaiono gravi, in quanto ostativi all'effettivo raggiungimento di condizioni di pieno sviluppo del mercato *retail* elettrico sul territorio nazionale.

267. In un tale contesto evolutivo l'operatore in posizione dominante sui vari mercati interessati, e, peraltro, principale operatore nazionale incaricato del servizio pubblico di maggior tutela, avrebbe diversamente dovuto improntare le proprie condotte al ben noto principio di "*speciale responsabilità*"²³³ al fine 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 (e peraltro, nel caso di specie, continua a ridursi – *cfr.* dati di mercato relativi

²³³ *Cfr. ex multis* Corte di giustizia CE, 14 novembre 1996, n. 333/94, TAR Lazio, 23 gennaio 2017, n. 1188, A474 – SEA/Convenzione ATA, Tar Lazio, sez. I, 1 agosto 2017, nn. 9140 e 9141, A435 - Comune di Prato-Estra Reti Gas.

all'anno 2017 pubblicati da ARERA, da cui emerge che il tasso di concentrazione è salito rispetto all'anno precedente, così come è salita la quota di mercato del primo operatore Enel²³⁴). In ultima analisi, il gruppo Enel avrebbe dovuto quindi agire nel senso di non ostacolare in nessun modo il processo di liberalizzazione del segmento *retail* della vendita di energia elettrica lentamente e progressivamente - fin dal primo atto compiuto dal decreto Bersani nel '99 - in atto.

268. Il gruppo Enel, peraltro, oltre a essere il principale operatore nei numerosi ambiti geografici in Italia in cui detiene la concessione di distribuzione, ognuno dei quali rappresenta un mercato rilevante per la presente istruttoria, risulta di gran lunga il principale operatore a livello nazionale (erede dell'ente nazionale che deteneva in monopolio l'intera filiera elettrica).

269. Con riferimento poi all'intenzionalità o meno dell'infrazione alle norme a tutela della concorrenza, si consideri che costante giurisprudenza ritiene non necessaria la consapevolezza da parte dell'impresa di trasgredire a tali precetti, ritenendo sufficiente che essa non potesse ignorare lo scopo restrittivo della sua condotta²³⁵. Nel caso di specie, si rileva che tutte le imprese del gruppo Enel coinvolte nel procedimento dispongono delle conoscenze giuridiche ed economiche necessarie per valutare le conseguenze anticoncorrenziali dei comportamenti posti in essere.

270. Emerge, dunque, dal complesso di tali elementi, che i comportamenti contestati ad Enel S.p.a., Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. e Enel Energia S.p.a. e diretti 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 costituiscono una grave violazione della disciplina posta a tutela della concorrenza.

271. Come ben noto, l'ulteriore elemento da tenere in considerazione ai fini di quantificazione della sanzione è la durata delle condotte in esame. Al riguardo si ritiene, sulla base della documentazione acquisita, che la strategia abusiva del gruppo Enel assuma rilievo ai fini del presente procedimento almeno a partire dal 1° gennaio 2012, momento nel quale ESE ha iniziato a raccogliere e cedere a EE i dati dei clienti del mercato tutelato che avevano fornito il consenso *privacy* c.d. infra-gruppo, e fino al 31 maggio 2017, ultimo momento in cui si ha concreta evidenza nella documentazione in atti – anche per stesse dichiarazioni delle Parti - dell'utilizzo da parte di EE dei dati di contatto acquisiti dalla società collegata per la contrattualizzazione di clienti sul mercato libero.

²³⁴ ARERA, “Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta”, 31 marzo 2018, cit..

²³⁵ Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, 18 luglio 2014, n. 3849.

IX. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

272. Una volta accertata la gravità e la durata dell'infrazione posta in essere dal gruppo Enel, occorre quantificare la sanzione da irrogare. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede infatti che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida adottata a esito di un procedimento istruttorio. Nel caso di specie, in considerazione dell'accertata responsabilità della capogruppo per le condotte *antitrust* delle proprie controllate, l'ammontare di tale limite edittale sarà calcolato sul fatturato consolidato realizzato a livello mondiale da Enel S.p.a..

273. Al fine di quantificare la sanzione occorre tenere presente quanto previsto dall'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, nonché i criteri interpretativi enucleati nelle *“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”* (di seguito, Linee Guida), deliberate dall'Autorità il 22 ottobre 2014.

274. Per quanto riguarda il fatturato rilevante ai fini della sanzione, le Linee Guida prevedono che le sanzioni *“debbano essere calcolate a partire dal valore delle vendite dei beni o servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell'infrazione, realizzate dall'impresa nel mercato/i rilevante/i nell'ultimo anno intero di partecipazione alla stessa infrazione (di seguito, valore delle vendite) [...]”* (punti 8 e 9). In particolare, nel caso di specie, va preso a riferimento 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, nell'ultimo esercizio finanziario²³⁶.

275. Sul punto, non si possono accogliere le eccezioni di Parte secondo cui il fatturato rilevante andrebbe circoscritto a quello afferente ai soli clienti di EE acquisiti da SEN attraverso gli strumenti considerati dall'Autorità abusivi (quindi, attraverso l'utilizzo delle anagrafiche ESE/SEN), in quanto secondo consolidata giurisprudenza eurounitaria e nazionale il fatturato rilevante da prendere in considerazione ai fini del calcolo dell'importo base è quello realizzato dalle imprese coinvolte sull'intero mercato rilevante nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla diffida, non potendosi far riferimento

²³⁶ Cfr. docc. 563, 564, risposte delle Parti alla richiesta di informazioni relativa ai fatturati realizzati nell'esercizio 2017.

esclusivamente alle vendite “cartellizzate” (nel caso di intesa restrittiva della concorrenza) o oggetto direttamente dell’accertato abuso²³⁷.

276. Ai fini della determinazione dell’importo base della sanzione, al valore delle vendite come sopra determinato, seguendo i punti nn. 7 e seguenti delle Linee Guida, deve essere applicata una specifica percentuale individuata in funzione della gravità della violazione. Secondo le Linee Guida, in particolare, tale percentuale deve essere fissata a un livello che può raggiungere il 30% del valore delle vendite, “*in funzione del grado di gravità della violazione*” (punto 11).

277. Nel caso di specie, la percentuale dell’importo base sanzionatorio va individuata nello 0,5% del valore delle vendite, in quanto la condotta è valutata come grave e, al tempo stesso, si ritiene tale percentuale idonea a garantire un effetto deterrente alla sanzione, anche in considerazione del livello di fatturato particolarmente rilevante realizzato dal gruppo nei mercati rilevanti.

278. L’ammontare così ottenuto va moltiplicato per il numero di anni di partecipazione all’infrazione, tenuto conto dei criteri definiti nel paragrafo 16 delle Linee Guida, in cui si è stabilito che “*per le infrazioni di anno, la durata sarà calcolata in funzione dei mesi e dei giorni effettivi di partecipazione all’infrazione*”. Nel caso di specie, la durata dell’infrazione è pari a 5 (cinque) anni e 5 (cinque) mesi, considerato che la prima evidenza delle condotte abusive risale al 1° gennaio 2012 (inizio attività ESE di acquisizione dei consensi *privacy* per finalità commerciali e decorrenza dei contratti *intercompany* per la relativa cessione a Enel Energia) e le ultime afferiscono a tutto il mese di maggio 2017 (utilizzo dei contatti da parte di EE per la proposizione di proprie offerte commerciali di mercato libero). Pertanto, l’importo-base è stato calcolato utilizzando “5,4166666667”²³⁸ quale fattore moltiplicativo, risultando un importo pari a 272.177.750 euro.

279. La quantificazione dell’importo base della sanzione, determinato come precedentemente descritto, può poi essere incrementato per tener conto di specifiche circostanze aggravanti o diminuito in considerazione della

²³⁷ Cfr. a titolo esemplificativo decisione 11 luglio 2013, Caso C-444/11, *Team Relocations vs Commission*, par. 76. Anche nella giurisprudenza nazionale si è affermato il medesimo principio; si consideri a titolo esemplificativo Tar Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, I761 - Mercato dei servizi tecnici accessori: “*Quanto alla determinazione dell’importo base della sanzione e, in particolare, alla modalità di calcolo del valore della vendita dei servizi oggetto dell’infrazione, non colgono nel segno le censure che intendono limitare tale valore ai soli importi delle vendite per le quali risulti accertata una effettiva connessione con l’intesa, in quanto la base di calcolo dell’ammenda inflitta a un’impresa deve riflettere l’importanza economica dell’infrazione e non può essere stimata avuto riguardo alla sola parte del fatturato delle imprese immediatamente connessa all’infrazione (Case C-580/12 P, Guardian Industries Corp and Guardian Europe Sàrl v Commission [2014]). (...) In tal modo, l’importo assunto a riferimento riflette l’importanza economica dell’infrazione e il peso relativo dell’impresa interessata nell’infrazione medesima, senza dover ricomprendere unicamente il fatturato effettivamente realizzabile da ciascuna impresa, in conseguenza della commissione dell’illecito antitrust*”.

²³⁸ Tale valore corrisponde alla durata di 5 anni e 5 mesi dell’abuso contestato alle Parti, con arrotondamento alla decima cifra decimale.

ricorrenza di specifiche circostanze attenuanti²³⁹. Non si ritiene si debba tener conto nel caso di specie di alcuna circostanza aggravante, mentre si ritiene che il programma di *compliance* depositato dal gruppo Enel sia idoneo a motivare la concessione di una specifica circostanza attenuante, per le ragioni seguenti.

280. Il programma di *compliance*, in particolare, consistente in modifiche e miglioramenti di un programma preesistente, su cui il gruppo era più volte intervenuto per tenere conto delle *best practices* europee e internazionali, è stato sottoposto prima dell'invio della CRI, prevede il coinvolgimento del *management*, l'identificazione del personale responsabile del programma, l'organizzazione di attività di *training*, nonché la previsione di incentivi/disincentivi, sistemi di monitoraggio e di *audit*. I miglioramenti apportati in attuazione della procedura di revisione messa in atto dal gruppo nel 2016 sono da valutare favorevolmente, in quanto indicano una solida determinazione verso un controllo di legittimità delle condotte del gruppo sotto il profilo *antitrust*, utilizzando strumenti efficaci per raggiungere tale obiettivo (meccanismi di *whistleblowing*, previsioni di coinvolgimento obbligatorio dell'Unità Antitrust di gruppo, monitoraggio discrezionale da parte di quest'ultima sull'attività delle Unità di business, etc.).

281. Al riguardo, pertanto, in linea con quanto previsto al punto 23 delle Linee Guida, si ritiene di riconoscere al gruppo Enel, a titolo di specifica circostanza attenuante, una riduzione dell'importo base della sanzione pari al 10%, ottenendo un valore risultante pari a 244.959.975 euro.

282. Nel caso di specie, tuttavia, l'Autorità ritiene opportuno esercitare la propria discrezionalità applicando il punto 34 delle Linee Guida, che consente di apprezzare le specifiche circostanze del caso concreto al fine di derogare all'applicazione delle Linee Guida stesse²⁴⁰. In particolare, appare opportuno applicare al predetto importo finale un abbattimento percentuale che consenta di 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. Nel caso di specie, la percentuale di abbattimento da applicarsi risulta pari al 62%²⁴¹, ottenendo così il valore definitivo della sanzione, pari a 93.084.790,50 euro.

283. Pertanto, la sanzione finale da imputare al gruppo Enel, in

²³⁹ Cfr. §§ 19 e 21 delle citate Linee Guida dell'Autorità.

²⁴⁰ “34. Le specifiche circostanze del caso concreto o l'esigenza di conseguire un particolare effetto deterrente possono giustificare motivate deroghe dall'applicazione delle presenti Linee Guida, di cui si dà espressamente conto nel provvedimento che accerta l'infrazione”.

²⁴¹ Detta percentuale corrisponde, secondo i dati di fatturato forniti dalle Parti, alla quota delle vendite in maggior tutela sulle vendite complessive nel mercato rilevante e il suo complemento è quindi la quota delle vendite a mercato libero, che risultano in effetti rappresentare il segmento su cui l'abuso esibisce la sua idoneità restrittiva delle dinamiche di mercato.

considerazione di tutte le descritte circostanze, risulta pari a 93.084.790,50 euro.

Tutto ciò premesso e considerato,

RITENUTO che le condotte sopra descritte, poste in essere dalle società Enel S.p.a., Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. e Enel Energia S.p.a., integrino, nel loro complesso, una violazione dell'articolo 102 del TFUE, e, in particolare, configuri un abuso di natura escludente, idoneo ad alterare le dinamiche competitive 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, in quanto finalizzato a indurre gli utenti del servizio di maggior tutela a passare sul mercato libero con Enel Energia sfruttando l'esclusiva disponibilità di anagrafiche di clienti del servizio di maggior tutela;

RITENUTO, quindi, che l'abuso accertato si configuri come grave ai sensi della consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia *antitrust*;

DELIBERA

- a) che Enel S.p.a., Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. e Enel Energia S.p.a. hanno posto in essere un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE, consistente nell'adozione di una strategia escludente realizzata mediante l'utilizzo illegittimo, al fine di competere con i propri concorrenti nell'acquisizione di contratti di vendita di energia elettrica a condizioni di libero mercato, dei dati di contatto della base clienti tutelata acquisiti mediante il meccanismo del consenso *privacy* per finalità commerciali;
- b) che Enel S.p.a., Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. e Enel Energia S.p.a. si astengano in futuro dal porre in essere le condotte contestate o comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata al punto precedente;
- c) che Enel S.p.a., Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. e Enel Energia S.p.a. entro novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento diano comunicazione all'Autorità, trasmettendo una specifica relazione scritta, delle iniziative adottate con riferimento per ottemperare a quanto richiesto alla precedente lettera b);
- d) di irrogare a Enel S.p.a., Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. e Enel Energia S.p.a. in solido, in ragione della gravità e della durata dell'infrazione, una sanzione amministrativa pecuniaria di 93.084.790,50 euro.

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera *d*) deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.a., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet www.agenziaentrate.gov.it.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo. Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

SOMMARIO

I.	LE PARTI.....	2
II.	IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO	4
III.	LE RISULTANZE ISTRUTTORIE	9
	<i>III.1 IL PROCESSO DI LIBERALIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ DI VENDITA DELL'ENERGIA ELETTRICA IN ITALIA: I RISCHI CONCORRENZIALI.....</i>	<i>9</i>
	<i>III.1.1 Il carattere progressivo dell'apertura del mercato della vendita in Italia e la natura del servizio "di maggior tutela" quale servizio pubblico transitorio.....</i>	<i>10</i>
	<i>III.1.2 I rischi concorrenziali derivanti dalla presenza di venditori integrati nella distribuzione</i>	<i>13</i>
	<i>III.1.3 La natura strategica dei dati di contatto della clientela tutelata elettrica con idoneo consenso ad essere contattata per finalità commerciali</i>	<i>18</i>
	<i>III.2 LE EVIDENZE ACQUISITE</i>	<i>19</i>
	<i>III.2.1 Il contesto organizzativo/industriale e strategico in cui si inseriscono le condotte delle società del gruppo Enel.....</i>	<i>19</i>
	<i>III.2.2 Le evidenze istruttorie sulle condotte d'impresa</i>	<i>26</i>
	<i>III.2.3 Evidenze sulle dinamiche di mercato.....</i>	<i>39</i>
IV.	LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI.....	42
	<i>IV.1 LE ARGOMENTAZIONI DI ENEL ENERGIA.....</i>	<i>42</i>
	<i>IV.1.1 Sulle anagrafiche SEN.....</i>	<i>42</i>
	<i>IV.1.2 Sui Punti Enel e sull'organizzazione interna</i>	<i>44</i>
	<i>IV.1.3 Sull'idoneità dell'asserito abuso a produrre effetti restrittivi</i>	<i>45</i>
	<i>IV.1.4 Sulla politica di winback</i>	<i>45</i>
	<i>IV.1.5 Ulteriori argomentazioni di Enel Energia</i>	<i>47</i>
	<i>IV.2 LE ARGOMENTAZIONI DI SERVIZIO ELETTRICO NAZIONALE.....</i>	<i>48</i>
	<i>IV.3 L'ANALISI DEL CONSULENTE ECONOMICO</i>	<i>51</i>
	<i>IV.4 LE ARGOMENTAZIONI DI ENEL S.P.A.</i>	<i>53</i>
	<i>IV.5 LE ARGOMENTAZIONI DI GREEN NETWORK.....</i>	<i>56</i>
	<i>IV.6 LE ARGOMENTAZIONI DI AIGET</i>	<i>58</i>
	<i>IV.7 LE ARGOMENTAZIONI DI ENI.....</i>	<i>61</i>
	<i>IV.8 LE ARGOMENTAZIONI DI AXPO ITALIA, E.JA E GALA.....</i>	<i>63</i>
	<i>IV.9 LE ARGOMENTAZIONI DI CODICI.....</i>	<i>64</i>
V.	VALUTAZIONI.....	65
	<i>V.1 PREMESSA</i>	<i>65</i>
	<i>V.2 I MERCATI RILEVANTI</i>	<i>65</i>
	<i>V.2.1 Il mercato della distribuzione di energia elettrica</i>	<i>66</i>
	<i>V.2.2 I mercati della vendita al dettaglio di energia elettrica.....</i>	<i>66</i>
	<i>V.3 LA POSIZIONE DOMINANTE DELLE SOCIETÀ DEL GRUPPO ENEL.....</i>	<i>68</i>
	<i>V.4 L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE</i>	<i>70</i>
	<i>V.4.1 Premessa</i>	<i>70</i>

V.4.2	<i>La raccolta e l'utilizzo dei dati di contatto dei clienti in maggior tutela acquisiti tramite il consenso privacy per finalità commerciali ...</i>	72
V.4.3	<i>La natura abusiva delle condotte</i>	79
V.4.4	<i>Il rapporto con la regolazione di settore</i>	81
V.4.5	<i>Conclusioni sull'abuso</i>	82
VI.	IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO INTRACOMUNITARIO...	83
VII.	L'IMPUTABILITA' DELLE CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI OGGETTO DI CONTESTAZIONE E DELLA RELATIVA SANZIONE.....	85
VIII.	GRAVITA' E DURATA DELLE INFRAZIONI.....	87
IX.	QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE	90