



N. Reg. Sent.
N. 1250/2006 Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima, composto dai signori:

Pasquale de Lise Presidente
Carlo Modica de Mohac Consigliere
Mario Alberto di Nezza Primo referendario, rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul **ricorso n. 1677/2004 R.g.** proposto

da

Enel s.p.a., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dal prof. avv. Mario Libertini, dal prof. avv. Federico Sorrentino e dall'avv. Mario Fattori, elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere delle Navi n. 30, presso lo studio del prof. avv. Federico Sorrentino

contro

l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliata

e nei confronti di

Enel Energia s.p.a., in persona del legale rappresentante *p.t.*

e sul **ricorso n. 1679/2004 R.g.** proposto

da

Enel Energia s.p.a., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dal prof. avv. Mario Libertini, dal prof. avv. Federico Sorrentino e dall'avv. Mario Fattori, elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere delle Navi n. 30, presso lo studio del prof. avv. Federico Sorrentino

contro

l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante *p.t.*, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata

per l'annullamento

ricorso n. 1677/04 R.g.: della deliberazione n. 12634 del 27.11.2003, notificata il 10.12.2003, con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha inflitto alla ricorrente una sanzione di euro 2.500.000 per abuso di posizione dominante; di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente, ivi inclusa la deliberazione del 7.3.2002 di avvio dell'istruttoria;

ricorso n. 1679/04 R.g.: dell'anzidetta deliberazione n. 12634 del 27.11.2003, limitatamente alla dichiarazione che la ricorrente Enel Energia s.p.a. è responsabile di violazione dell'art. 82 TCE per abuso di posizione dominante; di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente, ivi inclusa la deliberazione del 7.3.2002 di avvio dell'istruttoria.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio della resistente;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

sentiti alla pubblica udienza del 24 maggio 2006, relatore il dott. Mario Alberto di Nezza, gli avv.ti Libertini, Naccarato in sostituzione dell'avv. Sorrentino e l'avv. dello Stato Del Gaizo;

ritenuto e considerato quanto segue in fatto e in diritto:

FATTO

Con distinti ricorsi notificati il 9 febbraio 2004, ritualmente depositati, Enel s.p.a. e la sua controllata Enel Energia s.p.a. (già Enel Trade), entrambe attive (la prima come *holding* e la seconda come società operativa) nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei, hanno impugnato il provvedimento, meglio specificato in epigrafe, con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, aperta un'istruttoria (a seguito di una segnalazione del 7 dicembre 2001) sulla introduzione, ad opera di Enel, per il tramite di Enel Energia, nel contratto-tipo negoziato alla fine del 2001 e valevole per il 2002, di una serie di clausole intese ad impedire o a disincentivare alcuni dei clienti idonei dall'acquistare energia elettrica presso altri fornitori, inducendoli nel contempo ad approvvigionarsi per il loro fabbisogno solo presso questa società:

a) ha ritenuto che questa condotta costituisse “una violazione grave dell'articolo 82 del Trattato CE”;

b) ha irrogato a Enel la sanzione amministrativa pecuniaria di 2.500.000 euro.

A sostegno dell'impugnativa le ricorrenti hanno prospettato una serie di articolate censure prospettanti molteplici vizi di legittimità.

Si è costituita in resistenza l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Successivamente, depositate dalle parti ulteriori memorie, alla suindicata udienza di merito le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

1. Oggetto dei ricorsi in epigrafe è il provvedimento con il quale

l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha accertato un abuso di posizione dominante consistente nella predisposizione, da parte delle società Enel ed Enel Energia, di alcune clausole del contratto *standard* con i clienti idonei per l'anno 2002 aventi la portata di impedire ovvero disincentivare il ricorso ad altri fornitori di energia.

L'evidente connessione delle impugnative induce il Collegio a disporre preliminarmente la riunione. Il nucleo del gravame è infatti ad esse comune (le istanti hanno formulato due articolate censure pienamente sovrapponibili), rimanendo non condivisa soltanto la doglianza con cui Enel assume l'erroneità dell'imputazione dell'illecito nei suoi confronti (questo profilo può di conseguenza essere affrontato successivamente agli altri; v. oltre, *sub* 2.3).

2. I ricorsi sono infondati.

2.1. Un primo gruppo di critiche attiene all'accertamento, da parte dell'Autorità, della posizione di dominanza di Enel, tramite Enel Energia, nel mercato della vendita di energia ai clienti idonei con riferimento all'anno 2001, accertamento a dire delle ricorrenti inficiato da un macroscopico difetto di istruttoria e di motivazione (n. II ric. 1677 e n. I ric. 1679).

2.1.1. L'Autorità avrebbe, al riguardo, omesso di considerare l'andamento "drasticamente calante" della quota di mercato di Enel nel periodo 2001-2003, traendo il suo convincimento da una serie di elementi in realtà erroneamente apprezzati, quali: a) la rilevanza della quota di mercato di Enel Energia (37%), sia in assoluto sia in relazione ai concorrenti; b) la non incidenza, su tale dato, degli interventi legislativi e regolamentari

interventuti a far tempo dal 2001 (anno nel quale la posizione di Enel Energia si era sempre attestata ad un livello di poco inferiore al 40%); c) l'appartenenza a un gruppo verticalmente integrato (nel periodo di tempo interessato dai comportamenti abusivi, l'intero gruppo Enel avrebbe aumentato la propria offerta di energia nazionale del 45%, destinando la maggiore offerta proprio a beneficio di Enel Energia) e la capacità competitiva nell'approvvigionamento dell'intera gamma di energia elettrica (stante l'assenza di alternative ad Enel Produzione); d) l'ampiezza del portafoglio clienti serviti da Enel Energia.

A) Più in particolare, l'Autorità avrebbe applicato in modo inesatto i criteri in tema di accertamento della dominanza elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui occorre verificare che la quota di mercato dell'impresa versante in detta situazione sia "elevata", "non sia soggetta all'erosione della concorrenza" e sia "stabile nel tempo". Nella specie difetterebbe ciascuna di queste caratteristiche, dal momento che nel periodo 2001-2002 la quota di mercato di Enel Energia era stata "contenuta", "decescente" (in quanto soggetta a pressioni concorrenziali) e "non stabile" temporalmente (essendo diminuita dal 37% del 2001 al 31% nell'anno successivo, fino al 10% nel 2003).

In proposito, l'Autorità avrebbe in primo luogo omesso di ritenere incluse nel mercato le vendite ai c.d. "clienti interrompibili" (questi soggetti genererebbero una genuina domanda di energia, stanti le modalità di acquisto di energia, diretto o tramite grossisti, e la pressione concorrenziale da essi esercitata nei confronti delle fonti di approvvigionamento cui potrebbero accedere in competizione con Enel Energia).

Essa non avrebbe, poi, tenuto conto dell'andamento decrescente della posizione di mercato di Enel Energia, circostanza dimostrata dagli elementi prodotti nella fase istruttoria e sicuramente imputabile alle pressioni concorrenziali esercitate dai concorrenti (operatori esteri appartenenti a gruppi integrati verticalmente, operatori nazionali collegati a imprese leader del settore estero e clienti in grado di approvvigionarsi per lo più in modo autonomo).

Nemmeno sussisterebbe il requisito della stabilità nel tempo, in ragione dei notevoli mutamenti del parco clienti di Enel Energia.

B) Quanto all'appartenenza di detta società operativa a un gruppo verticalmente integrato, la ricorrenti lamentano il travisamento delle risultanze istruttorie in merito alla pretesa dominanza di Enel Produzione ed ai vantaggi (in termini di accesso all'energia di modulazione ed alla struttura complessiva degli approvvigionamenti) derivanti da questa posizione.

L'Autorità avrebbe in particolare adottato una metodologia di calcolo errata, non essendo pertinenti né la titolarità, in capo ad Enel, del 53% della generazione censita né la rilevante quota di mercato in termini di energia generata, mentre avrebbe dovuto più appropriatamente considerare la posizione detenuta da Enel nell'offerta complessiva di energia al solo mercato libero, senza tener conto dell'energia ceduta al Gestore della rete di trasmissione nazionale ai fini della rivendita; tanto più che Enel Energia non avrebbe goduto di alcun vantaggio indebito né nella fornitura di energia di modulazione generata da Enel Produzione né nella struttura complessiva degli approvvigionamenti.

Sarebbe in sostanza mancato un apprezzamento di circostanze (quali il

competitivo prezzo di vendita praticato da Enel Energia per la vendita di energia di modulazione; la ridotta incidenza della fornitura di questo tipo di energia, alla luce della maggiore efficacia della gestione del portafoglio clienti attraverso la compensazione dei picchi di consumo e della portata residuale del ricorso a Enel Produzione; la natura standardizzata delle condizioni particolari praticate da questa società a qualsiasi operatore ne avesse fatto richiesta; la presenza sul mercato di grossisti assimilabili a Enel Energia; l'insussistenza di vantaggi derivanti dalla struttura degli approvvigionamenti di Enel Energia, alla luce del ricorso a fonti non nazionali negli anni 2001 e 2002 e dell'acquisto, da Enel Produzione, non di sola energia di modulazione), che avrebbero dovuto far giungere a conclusioni di segno opposto rispetto a quelle enunciate nel provvedimento.

2.1.2. Le doglianze sono infondate.

Per “posizione dominante” si intende una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. L'esistenza di una situazione di tal genere (determinata dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi) non è esclusa, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, dal fatto che sul mercato sia in qualche modo consentita l'esplicazione, sia pure entro certi limiti, del gioco concorrenziale: l'impresa che la detiene è, infatti, pur sempre in grado (se non di decidere, almeno) di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza, e

comunque, di comportarsi senza doverne tenere conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio (v. Corte giust. CE 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands*, e Corte giust. CE 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann – La Roche*).

Per accertare la sussistenza di questa particolare configurazione del mercato è dunque necessaria un'indagine di tipo "multifattoriale", competendo all'Autorità *antitrust* l'effettuazione di una valutazione giuridica complessa, connotata da profili tecnico-discrezionali che ne permettono la sindacabilità soltanto nel caso in cui essa risulti immotivata, manifestamente irragionevole o erronea per travisamento dei fatti.

A tale riguardo, si può ricordare la pacifica opinione giurisprudenziale secondo cui i provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri istituzionali delle c.d. Autorità indipendenti sono sindacabili nei soli limiti della sussistenza di vizi afferenti l'*iter* decisionale seguito nell'adozione del provvedimento impugnato, consistendo in particolare tale sindacato nella verifica del corretto esercizio di siffatte attribuzioni.

In altri termini, il giudice amministrativo può sindacare con piena cognizione non solo i fatti oggetto dell'indagine, ma anche il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata; senonché, una volta accertata la legittimità dell'operato dell'Autorità alla stregua delle sottostanti regole tecniche, lo scrutinio giudiziale non può spingersi oltre, fino al punto di sostituire la valutazione effettuata dall'amministrazione con una diversa autonoma scelta.

In tal caso si assisterebbe, infatti, a una inammissibile sostituzione del giudice all'Autorità, ossia all'unico soggetto intestatario dell'attribuzione di

cui trattasi (v. *ex multis*, con specifico riferimento all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865, *Nokia Italia*; *Id.* 2 marzo 2004, n. 926, *Pellegrini et al.*; *Id.* 1° ottobre 2002, n. 5156, *Enel/France Telecom/Wind*; nonché, di questa Sezione, 8 febbraio 2006, n. 1898, *Terna/Cassa depositi e prestiti*; 11 maggio 2005, n. 3655, *Telecom Italia*).

Facendo applicazione di questi principi al caso di specie, si può agevolmente rilevare come il percorso motivazionale relativo al punto in contestazione risulti compiutamente sviluppato ed esente da errori di fatto.

Nei §§ 190-207 del provvedimento impugnato sono infatti esaminati, in modo esaustivo, gli elementi fattuali che hanno indotto a individuare la posizione di dominanza di Enel Energia, consistenti, in sintesi: nel grado di concentrazione del mercato; nell’asimmetria dimensionale di Enel rispetto ai concorrenti; nella forza attrattiva della società nel mercato; nella circostanza che Enel Energia fa parte “del principale gruppo societario, integrato in tutti gli stadi della filiera elettrica, con una posizione di rilievo, in particolare, nella generazione elettrica nazionale”. In questa prospettiva, si afferma correttamente che “la significatività della quota di mercato non rappresenta un criterio assoluto poiché ‘la sua importanza varia da mercato a mercato a seconda della struttura dei medesimi’ e dal rapporto con le quote di mercato detenute dai concorrenti”.

Per addivenire a questi esiti, l’Autorità si è (tra l’altro) basata: a) sulle “quote di mercato” di Enel Energia rispetto ai consumi finali del mercato libero, pari al 37%, o al 42% considerando solo le vendite intermedie, con grado di concentrazione “CR4” (nel 2001 Enel Energia deteneva cioè “una

quota di mercato significativa sia in assoluto sia in relazione a quella dei concorrenti”, stante la frammentazione del settore in circa 68 imprese, la maggior parte delle quali “non era integrata verticalmente nell’attività di generazione nazionale e, quindi, svolgeva quasi esclusivamente attività di compravendita di energia elettrica estera, nonché a partire dal 2001, anche di energia elettrica CIP6”; la numerosità di detti intermediari era così venuta a coincidere “con una frammentazione delle quote di mercato tra questi operatori, che hanno assunto, quindi, posizioni del tutto marginali”; §§ 193-194); b) sull’appartenenza di Enel a un gruppo verticalmente integrato, potendo disporre di una “importante quota di capacità di generazione da allocare per la copertura del fabbisogno dell’energia di modulazione nazionale, a completamento del fabbisogno di base”, oltre che sulle notorie “capacità produttiva e di approvvigionamento” di Enel Energia e di Enel (§ 200); c) sull’ampio “portafoglio clienti” (circa 450 clienti idonei serviti da Enel Energia nel 2002, quasi due volte superiore al numero di imprese fornite dalla diretta concorrente Edison; § 205).

È stato perciò rilevato che Enel Energia “ha potuto esercitare un potere di mercato nei confronti, in particolare, dei clienti idonei più sensibili all’acquisto di energia elettrica di modulazione a completamento del fabbisogno di energia di base, ritirabile anche tramite importazioni ed energia elettrica CIP6” (§ 206).

La corretta ricostruzione del contesto economico di riferimento e la ricca provvista probatoria (§§ 13-61), unitamente alla piena plausibilità delle valutazioni riservate a tali dati (§§ 190 ss.), convincono il Collegio della correttezza delle conclusioni raggiunte, non incise: né dalla mancata

considerazione delle vendite ai clienti interrompibili (delle quali non è specificata, nel ricorso, l'effettiva incidenza sul denominatore nel rapporto "posizione della singola impresa/complessiva dimensione del mercato"); né dal mancato rilievo di un *trend* asseritamente negativo che avrebbe interessato Enel Energia (stante l'elevatissima posizione di mercato occupata da questa azienda negli anni 2001-2002); né dalla pretesa erroneità del calcolo sulla generazione censita (in difetto di dati puntuali circa la rilevanza di questi dati ai fini in disamina); né, infine, dalle altre circostanze evidenziate dalle ricorrenti (inidonee a fondare un rilievo di travisamento o di palese illogicità).

Di qui, l'infondatezza del mezzo.

2.2. Va parimenti disattesa la seconda serie di censure, con cui le ricorrenti assumono la non abusività delle pratiche commerciali oggetto dei rilievi *antitrust* (n. III ric. 1677 e n. II ric. 1679).

A fini di chiarezza espositiva giova ricordare che l'Autorità (§§ 209-211 provv.) ha stigmatizzato i comportamenti volti alla "fidelizzazione della clientela", al "presidio della grande clientela" ed al "recupero dei clienti idonei che si approvvigionavano progressivamente e direttamente di energia da import e CIP6", obiettivi realizzati attraverso la sottoscrizione di un "contratto *standard*" recante "una serie di disposizioni piuttosto articolate che, nel loro insieme, erano idonee a costituire, da un lato, vincoli assoluti alla libertà di scelta dei clienti idonei di rifornirsi proprio da quelle fonti alternative considerate dalla società come maggiormente concorrenziali (clausole di esclusiva sull'energia di origine estera, divieti alla partecipazione alle aste CIP6 non interrompibili e divieti di fornitura da altri

operatori); dall'altro, 'facoltà' di acquisto da specifici canali (canali privilegiati e 'CIP6 interrompibile'), subordinate all'applicazione di maggiorazioni di prezzo, chiaramente rivolte a clienti idonei energivori o altri clienti di grandi dimensioni (grossisti o consorzi rappresentativi di importanti volumi)".

Si legge ancora nel provvedimento che nell'ultimo trimestre del 2001 ENEL Energia aveva "proposto a tutti i suoi clienti idonei la sottoscrizione del contratto *standard*, che risultava oggettivamente idoneo a vincolare e disincentivare i clienti dal ricorrere a fonti di approvvigionamento alternative, anche solo per una parte del loro fabbisogno (fidelizzazione e recupero di coloro che si approvvigionavano direttamente da CIP6 e importazione)", mentre in sede di negoziazione essa aveva previsto "deroghe alle clausole più restrittive" soltanto nei confronti dei clienti più grandi ("consumatori grandi energivori"), posto che solo questi "avrebbero concretamente potuto beneficiare dell'accesso alle fonti disciplinate dalle 'facoltà'".

In conclusione, la politica commerciale di Enel Energia ha sortito l'effetto di legare a sé i clienti idonei contrattualizzati e a precludere ad altri fornitori (i quali, in base alle condizioni di mercato del 2001 avrebbero potuto a loro volta rifornirsi agevolmente dell'energia estera o Cip 6) di soddisfare anche solo parzialmente il fabbisogno dei clienti idonei (come giustamente evidenziato dalla difesa erariale, il nucleo dell'abuso starebbe nel tentativo dell'impresa dominante di "sostituire" i prodotti dei concorrenti con i propri; v. Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2002, n. 4001, *Coca Cola Italia*).

2.2.1. Le istanti contestano tali conclusioni.

Chiarito che le condotte interessate dall'accertamento - quali la previsione di clausole *take or pay* o di esclusiva o le maggiorazioni di prezzo stabilite in relazione all'effettuazione di approvvigionamenti alternativi - sarebbero comuni a ciascuno dei concorrenti di Enel Energia (come ad es. Edison ed Enipower), le ricorrenti deducono principalmente che il contratto di fornitura *standard* proposto da Enel Energia costituirebbe un mero "punto di partenza", sovente derogato, per le contrattazioni individuali con la clientela.

Dall'istruttoria sarebbe infatti risultato che oltre il 50% dei contratti di fornitura stipulati da Enel Energia per il 2002 differivano dallo schema tipo e che fra il 2001 e il 2002 erano drasticamente diminuite le forniture a carattere esclusivo di Enel Energia (da 2584 a 1787 siti), essendo nel contempo aumentato esponenzialmente il ricorso dello stesso cliente ad altri fornitori (955 siti nel 2001 e 3574 nel 2002).

Ne deriverebbe una contraddittorietà nel ragionamento dell'Autorità, dal momento che se le clausole censurate avessero effettivamente spiegato i loro effetti non si sarebbe certo assistito a un incremento delle co-forniture; in questa prospettiva, la segmentazione delle forniture in classi *ad hoc*, operata nel provvedimento, costituirebbe un mero artificio, non solo strumentale alla dimostrazione di una tesi precostituita, ma in ogni caso inidoneo a smentire il fatto che le clausole (asseritamente) "leganti" avevano determinato una riduzione delle forniture a carattere esclusivo di Enel Energia dal 59% del 2001 al 17% del 2002.

Le censure non meritano condivisione.

Va anzitutto precisato che ai fini dell'accertamento dell'illecito non rileva l'eventuale utilizzo, da parte dei concorrenti di Enel Energia, dei medesimi meccanismi contrattuali censurati dall'Autorità: è evidente, infatti, che talune condotte commerciali possono risultare in contrasto o meno con la normativa *antitrust* a seconda della posizione, rispettivamente dominante o non, del soggetto che le ponga in essere.

Questo perché l'impresa in posizione dominante ha una "speciale responsabilità" in ragione della quale le è vietato dar corso a qualsiasi comportamento atto a ridurre la concorrenza o ad ostacolarne lo sviluppo nei mercati connotati, proprio per la sua presenza, da un ridotto grado di concorrenza (così Corte giust. Ce 13 febbraio 1979, C-85/76, cit.).

Le altre deduzioni concernenti la mancata produzione di effetti anticoncorrenziali sono invece infondate in fatto.

In relazione a questi punti – e ricordato l'orientamento delle Corti comunitarie, espresso anche in ambito nazionale (Cons. Stato, sez. VI, n. 4001/02 cit.), secondo cui ai fini della configurazione di abusi di posizione dominante non occorre che si siano realizzati in concreto i risultati restrittivi (ferma restando l'influenza di questa circostanza in sede di determinazione del trattamento sanzionatorio), essendo invece sufficiente la mera attuazione di condotte abusive – si deve anzitutto rilevare che nel provvedimento è esaurientemente dimostrato che più di 420 clienti idonei hanno stipulato con Enel Energia "un contratto di fornitura entro la fine del 2001 sulla base dello schema di contratto standard [...]". Una parte limitata dei clienti idonei contrattualizzati (meno di 40 in numero per meno di 200 siti) ha stipulato, invece, un contratto di fornitura nel corso dell'anno 2002, secondo uno

schema che non presenta le clausole” per cui è controversia. Con riferimento ai contratti sottoscritti prima del 2002, l’insieme dei clienti idonei “ha consumato circa 44 TWh di energia elettrica nel 2002, di cui 29,9 forniti da ENEL Energia. Pertanto, complessivamente i clienti contrattualizzati hanno acquistato da ENEL Energia il 70% circa del loro fabbisogno e da fonti alternative il 30%” (§§121-122 provv.).

Si tratta, dunque, di un consistente volume di consumi che non permette di condividere l’ipotizzata marginalità del fenomeno né di accordare soverchia importanza al fatto che un gruppo di clienti era effettivamente riuscito ad ottenere l’esenzione dai vincoli in questione (questi soggetti coincidevano infatti con quelli di maggiori dimensioni; tale rilievo è stato coerentemente ripreso in sede di determinazione della sanzione; cfr. § 279 provv.: “l’impatto della condotta restrittiva [...] ha riguardato solo una parte dei clienti idonei contrattualizzati da ENEL Energia, i cui consumi, nel 2002, corrispondevano al 54% dei volumi complessivamente venduti dalla società e al 17% circa della domanda totale del mercato rilevante [...]).

Quanto all’aumento delle ipotesi di co-fornitura, l’Autorità, argomentando dagli elementi raccolti in istruttoria, ordinati nella fig. 1 (§ 132), ha dimostrato come “l’incidenza delle vendite di ENEL Energia a clienti idonei che si riforniscono di energia dalla società per una quota compresa tra il 50 [e il] 97% del loro fabbisogno” fosse passata “dal 28% nel 2001 al 46% del 2003”.

La discrasia tra questo dato e quello fornito dalle ricorrenti trova peraltro spiegazione nella diversa lettura delle evidenze, non avendo le istanti chiarito le ragioni della maggiore appropriatezza, nel rappresentare la

situazione complessiva, del loro punto di vista (esclusiva considerazione delle forniture al 100%) rispetto a quello fatto proprio dall'Autorità (considerazione della fascia 50-97%); inoltre, sempre a dire dell'Autorità, la diminuzione delle forniture integrali (al 100%) di Enel poteva essere ricondotta anche al mutato quadro regolamentare (giusta l'introduzione delle aste per l'allocazione della Cip 6 nel 2001).

L'analisi dell'andamento delle co-forniture contenuto nei §§ 130 ss. appare perciò pienamente convincente.

2.2.2. Le ricorrenti passano poi a esaminare le singole clausole oggetto di rilievi.

A) Come già anticipato, l'art. 6 ("condizioni e corrispettivi per l'energia di importazione") del contratto *standard* sottoposto ai clienti idonei delinea un meccanismo affidato a "esclusive" e a "maggiorazioni" (v. bozza di contratto; all. 6 amm.).

Anzitutto, l'art. 6.2.C introduce una "esclusiva generale", vietando al cliente, al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate, "di acquistare per i siti oggetto del presente contratto e per tutta la durata dello stesso, quote di energia da altri fornitori ovvero di approvvigionarsi di energia CIP 6 non interrompibile".

L'art. 6.1 ("capacità di interconnessione assegnata senza ricorso a procedure d'asta") stabilisce esclusive sulle importazioni, prevedendo che la capacità di interconnessione ottenuta dal cliente sia ceduta ad Enel Energia (6.1.B) e che comunque questa società fornisca energia (a prezzi ridotti) ai propri clienti (6.1.A); al superamento dei "limiti di energia sottesi alla capacità di interconnessione", l'energia viene pagata al maggior prezzo

previsto nell'art. 4 (6.1.C).

Sono infine fissate maggiorazioni per la fornitura condivisa (art. 6.2): nel caso in cui il cliente intendesse acquistare energia estera da altro fornitore (6.2.A) ovvero energia Cip 6 non interrompibile (6.2.B), si sarebbero applicate, “ai corrispettivi pattuiti per tutta l’energia fornita”, le maggiorazioni previste nella disposizione.

B) Assumono le ricorrenti che - in disparte il limitato campo di applicazione di questa disciplina (riguardante la sola energia estera di importazione mediante capacità assegnabile dal Grtn ed alcune fonti di approvvigionamento di energia nazionale commercializzata da altri operatori, come l’energia Cip 6 non interrompibile) – vi sarebbero forti ragioni economiche a supporto di tali pattuizioni.

a) Segnatamente, le “esclusive” coinciderebbero con la corrispondente clausola prevista in linea generale dall’art. 1567 cod. civ. in materia di somministrazione, assolvendo alla funzione di garantire il somministrante dagli eventuali rischi connessi all’approvvigionamento. Sarebbero allora chiare le motivazioni alla base dell’art. 6: nel mercato in rilievo il “rischio volume” sarebbe molto maggiore rispetto ad altri ambiti, dovendosi considerare per un verso la peculiare natura del bene trattato (l’energia non è immagazzinabile) e per altro verso l’obbligo, assunto da Enel Energia, di soddisfare integralmente le variabili esigenze di approvvigionamento di un cliente idoneo (mediante la fornitura di energia “di modulazione” anche a completamento di altre forniture “in banda”).

Con riferimento agli effetti delle clausole impeditive di forniture alternative di energia nazionale (diversa dalla Cip 6 interrompibile),

rileverebbero sia la struttura del mercato di riferimento (caratterizzato da un permanente deficit di offerta), con la conseguenza che il contratto proposto da Enel sarebbe stata l'unica opportunità di accesso al libero mercato, sia la circostanza che molti dei clienti idonei finali (presuntivamente colpiti, secondo l'Autorità, dalle clausole in questione) non avevano alcuna capacità tecnica ed economica di sostenere l'approvvigionamento diretto di energia Cip 6.

Né la strategia in disamina (volta al "presidio dei grandi clienti") avrebbe trovato adeguato sostegno probatorio, non essendo stata dimostrata né l'effettiva impossibilità dei c.d. "piccoli clienti" di rifornirsi di energia estera da fonti di mercato o di energia "di modulazione" né la portata discriminatoria delle clausole (i "piccoli" o "medi" clienti sarebbero in realtà rimasti legati ad Enel Energia in forza delle convenienti condizioni offerte).

b) Lo stesso a dirsi per le "maggiorazioni" di prezzo, applicate soltanto nel caso di co-forniture aggiuntive rispetto a quelle già segnalate in sede di stipulazione del contratto, ed aventi pertanto anch'esse la funzione di gestire il "rischio volume", in relazione ai contratti *take or pay* stipulati da Enel Energia con il suo fornitore, nonché i rischi derivanti dall'incerto contesto regolamentare (anche tali clausole, come le precedenti, sarebbero state predisposte in un momento in cui non erano note le modalità e i tempi delle assegnazioni di energia dall'estero o tramite aste Cip 6).

La specifica funzione assolta da queste previsioni non sarebbe smentita né dalla diversa durata dei citati contratti *take or pay*, avendo unicamente rilievo la rigidità del prezzo, né dalla loro parziale flessibilità, essendo

consentite variazioni del 10% (in quanto ciò attenuerebbe ma non eliderebbe il rischio volume), né tanto meno dalla circostanza che al momento di introduzione delle maggiorazioni Enel Produzione non aveva annunciato le condizioni economiche relative all'anno 2002.

Le maggiorazioni sarebbero perciò preordinate a “fronteggiare” un evento ancora incerto al momento della stipula del contratto, laddove altri, pur ipotizzabili, strumenti di compensazione (contratti *take or pay* o esclusive non derogabili) sarebbero stati senz'altro più onerosi per la clientela.

Parimenti più gravosa sarebbe la “struttura alternativa” dei prezzi divisata dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeeg) per dimostrare l'esistenza di clausole meno vincolanti (le ricorrenti affidano la critica a una tabella a loro dire attestante la rigidità di detto sistema alternativo, comportante tra l'altro l'introduzione di penali altissime per percentuali di energia sostituita prossima al 100%; v. nota 3 di entrambi i ricorsi).

D'altronde, anche alcuni concorrenti di Enel Energia avrebbero applicato ai propri clienti schemi di maggiorazioni simili a quelli censurati.

Le clausole di cui all'art. 6 avrebbero, infine, prodotto effetti soltanto su una limitatissima parte della clientela (un decimo dell'intero mercato delle vendite di energia ai clienti idonei nel 2002).

C) Le doglianze non meritano condivisione.

La plausibilità della spiegazione alternativa lecita offerta dalle ricorrenti viene infatti minata da alcune circostanze le quali, puntualmente evidenziate nel provvedimento impugnato anche sulla scorta dell'opinione in proposito espressa dall'organismo di vigilanza sul settore elettrico (Aeeg), fanno

risaltare in modo netto le rilevate finalità anticoncorrenziali.

Il complessivo accertamento eseguito dall’Autorità garante ha cioè condotto alla individuazione della causa concreta delle clausole in questione (vale a dire la funzione pratica ad esse assegnata dalle parti), di talché non è certo in grado di escludere problemi di compatibilità *antitrust* la riconduzione di dette pattuizioni ai tipi legali previsti dal codice civile (v. T.a.r. Lazio, sez. I, 25 ottobre 2004, n. 11581, *Alitalia/Volare*).

L’indagine espletata ha così consentito di stabilire come le ricorrenti abbiano oltrepassato i limiti posti dalla normativa *antitrust* all’iniziativa economica privata, stante la sostanziale inconsistenza delle giustificazioni fondate sul “rischio volume” e sul “rischio normativo” (*i.e.* incertezza regolamentare).

Il ragionamento dell’Autorità muove, in particolare, dall’analisi degli strumenti di difesa apprestati da Enel Energia per coprire detti rischi; essa ha infatti dedotto: a) che l’art. 4 del disciplinare contemplava già il caso di eventuale contrazione dei volumi ritirati dal cliente, conferendo la possibilità di rinegoziare le condizioni della fornitura (§ 234); b) che la stessa Enel Energia aveva esposto, in una lettera inviata ai propri clienti idonei, che le maggiorazioni (non avevano carattere di penale, ma) assolvevano allo scopo di compensare gli eventuali maggiori costi di approvvigionamento dell’energia elettrica nazionale (di modulazione) in ragione di acquisti da altre fonti estere di energia (di banda) da parte del cliente (§ 106); c) che i contratti *take or pay* con Enel Produzione prevedevano uno *ius variandi* per una percentuale tutt’altro che trascurabile (10%; § 235); d) che Enel Energia aveva diversificato appropriatamente le

fonti di approvvigionamento in termini sia di provenienza geografica dell'energia sia di tipologia e di scadenze temporali dei contratti di acquisto (§ 87); con specifico riferimento a questo punto, l'Autorità ha dimostrato con ampie deduzioni che in tutti gli acquisti di energia (estera, Cip 6 e nazionale), Enel Energia aveva potuto fronteggiare in modo più che adeguato il rischio volume (molti contratti erano stati stipulati nel corso del 2002, vale a dire successivamente al perfezionamento dei contratti con i clienti idonei, oppure avevano durata mensile, ed erano perciò meno vincolanti per il fornitore; si doveva comunque tener conto della posizione di "fornitore di ultima istanza" per il sistema elettrico rivestita dal gruppo Enel e della conseguente assenza di difficoltà nel collocare l'energia non assorbita dai clienti idonei; §§ 87 ss. e 234 ss. provv.).

L'assetto contrattuale prefigurato dalle ricorrenti è stato perciò convincentemente giudicato (anche dall'Aeeg) non coerente con la finalità da esse esposta: con particolare riferimento alle maggiorazioni, era infatti previsto l'incremento del corrispettivo da applicare su tutta l'energia residualmente fornita da Enel Energia, "senza scaglioni progressivi di maggiorazione" (§ 225 provv.; il meccanismo alternativo ipotizzato da Aeeg è invece fondato sulla crescita progressiva delle maggiorazioni in funzione dell'aumento del volume aggiunto ed appare pertanto meno penalizzante di quello applicato da Enel Energia).

Nel provvedimento sono stati anche analizzati gli effetti preclusivi (della facoltà di avvalersi di fonti alternative) di questo tipo di clausole, in relazione alla dimensione dei clienti idonei (§§ 116-118 ss. e §§ 218 ss.), occorrendo distinguere tra i "grandi clienti" (c.d. energivori, consorzi e

grossisti), che presentano una struttura “piatta” della domanda (essi consumano energia “di base” per un 40% della fornitura mensile), e “piccoli clienti” (per i quali gli acquisti di energia “di base” rappresentano il 10-20% del fabbisogno; § 225).

Applicandosi le maggiorazioni sulla residuale energia “di modulazione”, il vantaggio di costo nel ricorso alla co-fornitura sussiste solo per un rilevante ricorso a fonti alternative, risultando invece conveniente, per acquisti da terzi di scarsa entità, soltanto in presenza di un prezzo particolarmente competitivo (come tale, di difficile reperibilità) dell’energia estera; il che vale a dimostrare l’intento di garantire il presidio della grande clientela.

Per i clienti di minori dimensioni (in relazione ai quali è prevalente il ricorso all’energia “di modulazione”), invece, le clausole avrebbero in teoria spiegato tutti i loro effetti, anche se, in concreto, le difficoltà di attingere ai canali alternativi (essenzialmente per ragioni tecniche e dimensionali) aveva comportato a loro danno una piena applicazione delle maggiorazioni (la difesa erariale ha in proposito chiarito come il basso impatto di queste clausole su una parte dei clienti idonei ha permesso di applicare una sanzione di ammontare modesto, pari allo 0,0083% del fatturato di Enel).

Da quanto detto segue l’infondatezza delle censure prospettate.

2.2.3. L’ultimo profilo di merito affrontato dall’Autorità concerne il *bonus* di fine anno, promesso ai clienti che avessero rinnovato il contratto per il 2002.

Questo beneficio, consistente in uno sconto (peraltro negoziato con la clientela) sulle future forniture, non contrasterebbe con le regole *antitrust*,

rientrando l'effettuazione di promozioni commerciali nelle normali facoltà delle imprese.

Né esso, in ragione della sua esiguità, avrebbe potuto indurre i clienti a rinnovare il rapporto con Enel Energia, come attestato dal fatto che in concreto non aveva consentito il mantenimento della quota di mercato (era stato concesso solo a 688 clienti su 1800 e aveva riguardato, in termini di volumi venduti, solamente una percentuale inferiore al 15% del mercato dei clienti idonei per il 2002).

Sarebbe stato, infine, incongruo affidare il perseguimento della contestata finalità anticoncorrenziale a un incentivo che, erogato nella prima fase di esecuzione del contratto per il 2002, non avrebbe comunque potuto impedire il libero esercizio del recesso da parte dei clienti nel corso dell'anno.

Anche queste deduzioni non meritano condivisione.

Chiarito che, come esattamente evidenziato dalla difesa erariale, questa pratica va apprezzata in necessaria correlazione con gli altri strumenti di fidelizzazione già esaminati e che non rileva la circostanza dell'avvenuta negoziazione del beneficio, alla luce del principio che un comportamento abusivo rimane tale anche se concordato con il cliente (o da questi imposto; v. Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, *Telecom Italia*), si deve anzitutto rimarcare che le ricorrenti, oltre a non quantificare l'importo del *bonus* (cosa che non permette di verificarne l'esiguità in relazione all'intero ammontare del contratto), non ne contestano la natura di "sconto fidelizzante" (ciò implicando la sua idoneità a orientare le scelte dei clienti), come tale precluso a imprese in posizione dominante allorquando non sia

basato su una “contropartita economicamente giustificata” (Cons. Stato, sez. VI, n. 4001/02 *Coca Cola* cit.).

Nella specie, la resistente ha allegato (senza che le istanti contestassero il punto) come la concessione del *bonus* da parte di Enel Energia non rispondesse ad alcun risparmio di costo per la società e non trasferisse ai clienti alcun vantaggio connesso a economie di scala o di transazione (come per esempio nel caso di sconti correlati alle quantità crescenti), rappresentando pertanto un “premio di fedeltà” indipendente dagli acquisti effettuati.

Quanto alla possibilità di liberarsi dal contratto una volta fruito del beneficio, è da dire che effettivamente l’art. 8.C dello schema convenzionale in atti (cit. all. 6 amm.) sembra contemplare una facoltà di recesso; tuttavia, il fatto che la risoluzione sia differita nel tempo di almeno 5 mesi (150 giorni) non consente di escludere la produzione di un effetto almeno in parte anticoncorrenziale.

Né l’Autorità risulta aver trascurato la circostanza della parziale applicazione del beneficio (§ 241), ciò rilevando, peraltro, solo in punto di determinazione della sanzione.

2.3. Rimane da dire della individuazione degli autori dell’illecito.

Enel sostiene infatti (v. *sub* I ric. n. 1677) che in alcun modo poteva esserle ascritta una responsabilità per fatto altrui, né in ragione dell’appartenenza di Enel e di Enel Energia al medesimo gruppo e per il ruolo di *holding* rivestito dalla prima (il tenore testuale dell’art. 82 Tratt. ne circoscriverebbe l’applicabilità ai soli soggetti che concretamente pongono in essere la pratica abusiva), né tanto meno per una sorta di responsabilità

oggettiva o di *culpa in vigilando*, stante l'inconferenza degli elementi indiziari in proposito adottati dall'Autorità.

Sotto questo profilo, la ricorrente deduce: a) che il coinvolgimento diretto della *holding* nelle attività della controllata sarebbe vietato dal legislatore (art. 13, comma 1, d.lgs. n. 79 del 1999) e dalle corrispondenti regole di *governance* interna: in ossequio a tali norme, Enel si sarebbe limitata a svolgere un'attività di coordinamento strategico; b) che l'inserimento dei *manager* della *holding* nei consigli di amministrazione delle controllate non potrebbe avere alcun rilievo, alla luce del fatto che ciascun soggetto partecipava all'organo amministrativo a titolo meramente personale; in concreto, poi, il c.d.a. di Enel non sarebbe stato a conoscenza delle clausole in questione, essendo competente all'approvazione soltanto dei contratti di importo unitario superiore a 100 miliardi di lire (per tutti gli altri contratti la competenza era dell'amministratore delegato, il quale aveva anche il potere di stipulare, con procedura d'urgenza, contratti superiori alla soglia indicata, salva successiva ratifica da parte del c.d.a., cui veniva sottoposta una scheda sintetica dell'accordo); c) che sarebbe erronea l'argomentazione fondata sull'elevato livello di integrazione verticale tra le aziende ricorrenti, in ragione della ininfluenza di tale aspetto sull'autonomia operativa della controllata; d) che non rilevarebbe la pretesa inerzia di Enel nell'assumere iniziative inibitorie del comportamento abusivo, stante l'assenza di norme nazionali impositive di un obbligo di vigilanza da parte delle controllanti sull'operato delle controllate e non essendo applicabili al caso di specie, in ragione delle evidenti differenze fattuali, i principi derivanti dalla giurisprudenza comunitaria citata dall'Autorità (Trib. I gr. 14

maggio 1998, T-309/94, *NV Koninklijke KNP BT*).

Enel Energia riprende questa doglianza sotto il concorrente profilo della commisurazione della sanzione, che a suo dire non avrebbe potuto esser in alcun modo parametrata al fatturato di Enel (v. *sub III* ric. n. 1679).

Le censure, ulteriormente sviluppate nelle memorie depositate in vista dell'udienza di merito, per quanto perspicuamente argomentate non sono tuttavia condivisibili.

Premesso che non viene in considerazione una (non ammissibile) responsabilità per fatto altrui, né tanto meno una responsabilità oggettiva o per *culpa in vigilando*, essendo sufficiente, ai fini dell'ascrizione di responsabilità, il ricorso alle regole sul concorso di persone nell'illecito (v. art. 5 l. n. 689/81; purché nei singoli partecipi sussista, come nella specie, la consapevolezza del collegamento finalistico dei vari atti, e, cioè, la coscienza e volontà di portare un contributo materiale e psicologico alla realizzazione dell'illecito perseguito da tutti; in tale prospettiva, Enel avrebbe la veste di autore morale), è opinione del Collegio che le ragioni per le quali l'Autorità ha ritenuto di imputare la condotta illecita alla controllante risultano da una serie di convergenti elementi compiutamente esposti nel provvedimento impugnato (§§ 63-76 e §§ 259-266).

La copiosa documentazione acquisita nella fase istruttoria (linee guida relative ai piani industriali 2002-2006 e 2003-2007; linee guida per il consiglio di amministrazione di Enel Energia del 4.3.2002; presentazione al c.d.a. di Enel delle linee guida al piano industriale 2003-2007; piano industriale 2003-2007) dimostra infatti come tutta l'azione della controllante sia stata diretta a delineare una strategia strumentale all'aumento della quota

di mercato, attraverso la “fidelizzazione della clientela”, il “presidio della grande clientela”, la “promozione di una efficace politica di *pricing*” (attraverso il rafforzamento della collaborazione con Enel Produzione e il ricorso all’approvvigionamento intragruppo) e l’adozione di una politica di *retention* avente l’obiettivo di evitare il ricorso ad altri fornitori (§ 261).

Rilevata anzitutto la tardività della contestazione con cui Enel evidenzia che alcuni di questi documenti sarebbero stati redatti in epoca posteriore rispetto alla commissione dell’illecito (v. I.3.4. mem. 18.5.06; più che di un approfondimento della censura prospettata nel ricorso, si tratta invero di una nuova, autonoma doglianza), ritiene il Collegio che questa documentazione sia sufficiente a dimostrare che la professata autonomia delle società del gruppo è rimasta una mera petizione di principio, alla stessa stregua della pretesa partecipazione “a titolo personale” del *management* nei consigli di amministrazione delle varie società coinvolte (affermazione che pare davvero singolare nel quadro delineato dall’Autorità; § 80 provv.: basti dire che nel 2001 il presidente di Enel Energia era nel contempo amministratore delegato di Enel Produzione).

Di talché, le sottolineature della pretesa inesigibilità dell’obbligo di vigilanza di Enel sulla propria controllata non appaiono persuasive.

Va dunque condiviso il rilievo dell’Autorità circa l’idoneità di elementi, quali “l’assetto di controllo, i legami societari esistenti tra ENEL ed ENEL Energia, l’organizzazione e l’attività delle società appartenenti al gruppo ENEL, nonché le regole di *governance*”, a segnalare l’esistenza di una “influenza determinante della capogruppo sull’attività della controllata”, che permette di accertare la responsabilità della *holding* per il comportamento

posto in essere dalla controllata; il che appare pienamente in linea con la giurisprudenza comunitaria (Corte giust. CE 14 luglio 1972, C-52/69, *J.R. Geigy Ag.*, punto 44: “la circostanza che l’affiliata abbia personalità giuridica distinta da quella della società madre non basta ad escludere la possibilità d’imputare a quest’ultima il comportamento della prima”, potendosi ciò verificare “allorché l’affiliata, pur avendo personalità giuridica distinta, non decide in modo autonomo quale debba essere il proprio comportamento sul mercato, ma applica in sostanza le direttive impartite dalla società madre”; v. anche la cit. Trib. I gr. 14 maggio 1998, T-309/94, *NV Koninklijke KNP BT*, punto 49, secondo cui spetta alla controllante adottare nei confronti delle sue controllate ogni provvedimento atto a impedire il perdurare di un’infrazione di cui non ignora l’esistenza).

2.4. È appena il caso di rilevare, infine, l’inammissibilità della censura formulata da Enel Energia sulla determinazione della sanzione, posto che unica destinataria della misura è la controllante, nonché l’irricevibilità della contestazione di Enel sulla necessità di riferire il *quantum* al “fatturato conseguito nel mercato rilevante” (v. p. 23 mem. 18.5.2006), dal momento che la doglianza non è contenuta nell’atto introduttivo della lite.

3. In conclusione, i ricorsi sono infondati e devono di conseguenza essere respinti.

Sembra peraltro equo compensare integralmente le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima, definitivamente pronunciando, riunisce i ricorsi in epigrafe e li respinge.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 24 maggio 2006.

Il Presidente

L'estensore