

A511 - ENEL/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA
Provvedimento n. 26581

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 4 maggio 2017;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

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

VISTO il Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la segnalazione della società Green Network S.p.A., pervenuta il 23 novembre 2016 e successivamente integrata il 27 gennaio e il 21 aprile 2017;

VISTE le denunce ricevute per lo più nel 2016 e 2017 da numerosi segnalanti;

VISTA la segnalazione dell'Associazione italiana di Grossisti di Energia e Trader (di seguito, "AIGET"), inviata in data 28 aprile 2017;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Enel S.p.A. (di seguito anche, "ENEL") è la società *holding* 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 distribuzione¹ e nella vendita di energia elettrica.

Il capitale sociale di ENEL è attualmente detenuto per il 23,58% dal Ministero dell'Economia e Finanze e è diffuso sul mercato per la restante parte. Nel 2015, il fatturato consolidato di Enel S.p.A. è stato pari a circa 76 miliardi di euro, di cui oltre 39 miliardi realizzati in Italia.

2. Servizio Elettrico Nazionale S.p.A. (già Enel Servizio Elettrico S.p.A.²; nel prosieguo anche solo, "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 (*cf. infra*). La società ha realizzato nel 2015 in Italia un fatturato pari a circa 11 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 2015 il fatturato realizzato da Enel Energia è stato pari a circa 10 miliardi di euro.

4. AIGET è l'associazione che riunisce più di 50 operatori grossisti di energia e trader in Italia, e che ha tra i propri obiettivi quello della promozione della concorrenza e della trasparenza dei mercati energetici e della rappresentanza dei propri associati presso gli enti e le 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") 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. Il fatturato realizzato da Green Network nel 2015 è stato pari a circa 1 miliardo di euro.

¹ [Il gruppo Enel opera nella distribuzione attraverso la società e-distribuzione S.p.a. (nel prosieguo anche solo, "e-distribuzione"), interamente controllata da Enel S.p.a.. 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 (di recepimento della direttiva comunitaria 72/2009/CE) e successivamente dettagliati dalla delibera n. 296/2015 del 22 giugno 2015 dell'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico (*cf. infra*). La società gestisce in concessione le reti di distribuzione e i relativi dispositivi di interconnessione nella maggior parte dei comuni italiani.]

² [Enel Servizio Elettrico S.p.a. 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 previsti dalla delibera n. 296/2015 del 22 giugno 2015 dell'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico (*cf. infra*).]

II. LE SEGNALAZIONI

6. Con comunicazione inviata in data 28 aprile 2017, AIGET, l'Associazione italiana di grossisti di energia e trader, ha segnalato la potenziale lesività di alcuni comportamenti posti in essere sul mercato della vendita *retail* di energia elettrica e gas da alcuni venditori di energia elettrica appartenenti ai gruppi verticalmente integrati, 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 paventa, 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 ad un medesimo gruppo societario integrato con la distribuzione e con la vendita in maggior tutela, entrambi servizi svolti in regime di monopolio legale³. Secondo l'Associazione, tali condotte integrerebbero abusi di posizione dominante in violazione dell'articolo 102 TFUE, laddove consentirebbero all'impresa verticalmente integrata di fare leva sulla propria posizione di monopolio per rafforzare la propria presenza in mercati aperti alla concorrenza.

7. I fenomeni segnalati sembrano emergere altresì da numerose segnalazioni di singoli consumatori giunte all'Autorità soprattutto a partire dalla seconda metà dell'anno 2016, dalle quali si evincono elementi che potrebbero costituire altrettanti indizi di una più ampia strategia posta in essere dal gruppo Enel il quale, in un contesto evolutivo di mercato che, alla luce del prossimo abbandono del regime di maggior tutela, sarà presto interessato dalla piena liberalizzazione dell'attività di vendita, starebbe tentando di far transitare il proprio parco clienti dal mercato tutelato al mercato libero. Rilevano in particolare una serie di segnalazioni dalle quali emergono, da parte di Enel Energia, condotte commerciali di acquisizione di clientela precedentemente servita in maggior tutela da Enel Servizio Elettrico/Servizio Elettrico Nazionale che sembrano presupporre un trasferimento da quest'ultima società di dati relativi a detta clientela. Appaiono altresì emergere elementi idonei a suffragare l'ipotesi che nella sua attività commerciale Enel Energia sfrutti l'appartenenza al gruppo Enel e, in particolare, la sua prerogativa di società appartenente a un gruppo verticalmente integrato nei mercati della distribuzione e della maggior tutela, per far sottoscrivere proprie offerte⁴, anche accreditandosi quale fornitore in grado di garantire una specifica, oggettiva e maggiore affidabilità industriale ovvero una maggiore convenienza economica rispetto ai propri concorrenti attivi nella sola vendita di energia elettrica, al fine di convincere la clientela a sottoscrivere contratti con suddetta società nel mercato libero.

8. Infine, secondo quanto riportato da Green Network nelle proprie segnalazioni, 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*) altresì attraverso la veicolazione di informazioni errate e di carattere denigratorio nei confronti del medesimo concorrente.

In particolare, i clienti che hanno aderito all'offerta di Green Network verrebbero sistematicamente ricontattati da operatori che dichiarano di agire per conto di Enel Energia (o, genericamente, di "Enel") i quali affermano tra l'altro che Green Network, a titolo esemplificativo ma non esaustivo: sarebbe fallita o in procinto di fallire, non avrebbe più l'autorizzazione a operare come venditore di energia elettrica, applicherebbe prezzi più elevati poiché straniera, avrebbe problemi giudiziari, avrebbe emesso fatture errate. Gli operatori arriverebbero financo a consigliare ai clienti di Green Network di non pagare le fatture in quanto emesse su dati errati e/o sulla base di comportamenti truffaldini.

9. La suddetta campagna di *winback*, che secondo le informazioni fornite da Green Network sarebbe rivolta anche ad altri venditori non integrati, avrebbe altresì sfruttato la caratteristica di Enel Energia di appartenenza al gruppo Enel, verticalmente integrato anche nella distribuzione elettrica, veicolando ai clienti informazioni volte a far ritenere che si tratti dello stesso soggetto - "distributore" dell'energia - ovvero che il rientrare in Enel garantisca un vantaggio economico in quanto gli altri operatori dovrebbero pagare l'affitto del contatore e/o dei "cavi" di proprietà di Enel, o le "tasse di trasporto" al soggetto distributore.

³ [L'associazione segnalante contesta a tal riguardo anche la natura discriminatoria della prassi, adottata 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 commerciali o di marketing alle società del gruppo e alle società terze. In particolare, la richiesta del doppio e separato consenso comporterebbe una disparità di trattamento nei confronti delle società terze 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 a fornitori diversi.]

⁴ [Esemplificativamente, si tratta di casi di clienti passati da Enel Servizio Elettrico ad altri operatori che, pur avendo richiesto di "rientrare" nel precedente regime di maggior tutela dichiarano di essersi ritrovati clienti di Enel Energia sul mercato libero ovvero clienti in maggior tutela a cui viene comunicato un presunto e inesistente passaggio ad altro operatore per persuaderli a "tornare in Enel", cosa che avviene poi con un nuovo contratto con Enel Energia; clienti che sono stati trasferiti da Enel Servizio Elettrico a Enel Energia a seguito di contatti con il call center o dopo essersi recati nei punti vendita c.d. "Punti Enel" per avere informazioni di tipo amministrativo o eseguire operazioni contrattuali sulla propria fornitura (es. subentro); clienti a cui il cambio di denominazione in "Servizio Elettrico Nazionale" verrebbe presentato come elemento tale per cui per "rimanere col gruppo Enel" bisognerebbe necessariamente sottoscrivere un contratto con Enel Energia; clienti che intendono effettuare una nuova attivazione a cui verrebbe detto che possono farlo solo nel mercato libero con Enel Energia; clienti a cui il passaggio normativo legato alla prossima fine del regime tutelato verrebbe presentato come elemento per cui necessariamente gli stessi debbano sottoscrivere un contratto sul mercato libero con Enel Energia; clienti che dichiarano di essersi trovati trasferiti da Enel Servizio Elettrico a Enel Energia, senza aver mai richiesto tale passaggio, e che denunciano l'uso improprio dei propri dati di abbonamento per effettuare tale operazione.]

10. Green Network, a sostegno delle proprie affermazioni, ha prodotto alcune decine di registrazioni di chiamate ricevute dai clienti. L'insieme di tali comportamenti sembrerebbe aver condotto numerosissimi clienti di GN a recedere dal rapporto contrattuale con la stessa e a stipulare nuovi contratti di fornitura di energia elettrica con Enel Energia, in molti casi anche omettendo di pagare i corrispettivi per le fatture intercorse con la società segnalante.

11. Secondo i calcoli effettuati da GN, le condotte esposte avrebbero segnatamente portato EE ad acquisire/riacquisire, nel solo 2016, più di 100.000 clienti di GN con riferimento al settore elettrico⁵. La società segnalante ritiene che questo dato possa considerarsi un'anomalia se comparato con gli ordinari flussi di clienti *retail* caratteristici degli anni precedenti, pur tenendo conto della variabilità del mercato. Il peculiare andamento dei flussi di clienti *retail* sarebbe quindi da addebitarsi ai comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da EE ai danni della stessa GN. Secondo GN, nel caso di specie, la persistenza e la capillarità delle condotte poste in essere da EE sembrerebbero in particolare riconducibili a una complessiva strategia imprenditoriale, perseguita attraverso modalità articolate, finalizzata all'esclusione di GN dal mercato, e, di conseguenza, configurabile quale abuso di posizione dominante (ex articolo 102 TFUE o ex articolo 3, l. 287/90).

12. Un ulteriore elemento evidenziato da GN è la circostanza per cui dei clienti precedentemente forniti da Enel Servizio Elettrico acquisiti da GN nel biennio 2015-2016, circa il 43% sarebbe "rientrato" nel gruppo Enel con Enel Energia (mentre solo l'8% lo avrebbe fatto con la "precedente" società di fornitura in maggior tutela). Tale dinamica potrebbe confermare l'esistenza di una specifica strategia del gruppo Enel che punterebbe in generale a trasferire il proprio parco clienti gestito in condizioni di maggior tutela alla società di vendita operante nel mercato libero, Enel Energia.

13. Nelle ultime segnalazioni GN ha affermato che le condotte denunciate sarebbero perduranti anche nei primi mesi del 2017 e tutt'ora in corso.

III. IL QUADRO NORMATIVO E REGOLAMENTARE DI RIFERIMENTO

a. L'attribuzione del servizio di maggior tutela alle società del gruppo del distributore locale

14. Il quadro normativo rilevante in materia di vendita dell'energia elettrica ai clienti finali di minori dimensioni prende le mosse dalla legge n. 125/2007 del 3 agosto 2007⁶. Con il menzionato provvedimento normativo, in attuazione progressiva del quadro comunitario di liberalizzazione del mercato della vendita di energia elettrica, è stata stabilita dal 1° luglio 2007 la possibilità anche per i clienti domestici di scegliere il proprio fornitore sul c.d. mercato libero. In particolare, nella terminologia già introdotta dal Decreto Legislativo n. 79/1999 (c.d. "decreto Bersani"), ogni cliente finale consumatore di energia diveniva a partire da quella data "cliente idoneo"⁷. Allo stesso tempo, per chi non avesse inteso effettuare tale scelta, si prevedeva che l'erogazione del servizio di vendita di energia elettrica continuasse ad essere garantita dall'impresa di distribuzione competente per territorio (c.d. "servizio di maggior tutela"), da quel momento in poi attraverso un'apposita società di vendita⁸. Le imprese connesse in bassa tensione con meno di 50 dipendenti e fatturato annuo non superiore a 10 milioni di euro che non avessero scelto un fornitore sul mercato libero venivano a loro volta ricomprese nel suddetto regime tutelato. Per l'insieme di tali clienti, la funzione di approvvigionamento avrebbe continuato a essere svolta dall'Acquirente Unico S.p.A. e le tariffe, uniche a livello nazionale, avrebbero continuato a essere regolate dall'Autorità di settore (così come stabilito dal decreto Bersani a partire dal '99 per tutti i clienti vincolati).

15. Sempre secondo le previsioni della l. 125/2007, l'Autorità di regolazione era chiamata ad adottare disposizioni per la separazione funzionale tra le attività, e a definire le modalità con cui le imprese di distribuzione di energia elettrica garantissero, nel rispetto delle esigenze di *privacy*, l'accesso tempestivo e non discriminatorio ai dati dell'ultimo anno

⁵ [Con anche un tempo medio di permanenza notevolmente inferiore a quello registrato con altri operatori (di circa 3 mesi), secondo GN per le tempistiche regolamentari previste in materia di switching compatibile solamente con un'attività di immediato e sistematico ricontatto del cliente nel momento in cui Enel riceve comunicazione di recesso.]

⁶ [Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge n. 73 del 18 giugno 2007 (attuazione del c.d. "Secondo pacchetto energia", di cui - per l'energia elettrica - alla Direttiva n. 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003).]

⁷ [Cessava dunque in quel momento di esistere l'opposta categoria dei c.d. "clienti vincolati", definiti dal decreto Bersani come quei "clienti finali che, non rientrando nella categoria dei clienti idonei, sono legittimati a stipulare contratti di fornitura esclusivamente con il distributore che esercita il servizio nell'area territoriale dove è localizzata l'utenza". Il medesimo decreto Bersani aveva previsto soglie progressive di "clienti idonei" dal '99 in avanti ovvero clienti industriali i quali, in successivi scaglioni in base al livello di consumi annui, avrebbero ottenuto la possibilità di scegliere liberamente il proprio fornitore (progressiva liberalizzazione del mercato della vendita di energia elettrica).]

⁸ [La mancata necessità di separazione societaria tra distribuzione e vendita permaneva soltanto per i distributori di minori dimensioni, alle cui reti fossero allacciati meno di 100.000 clienti finali. Non veniva invece previsto alcun obbligo di separazione societaria tra l'attività di vendita in maggior tutela e l'attività di vendita sul mercato libero. Per Enel, la necessità di costituire società separate per l'attività di distribuzione (e di vendita ai clienti vincolati) da un lato e l'attività di vendita (a clienti idonei) dall'altro lato era già stata imposta dall'art. 13 del decreto Bersani. A valle della l. 125/2007, le attività del gruppo furono organizzate in modo da creare un'ulteriore società separata per la vendita ai clienti in regime di maggior tutela, che sostituì in tale attività l'allora Enel Distribuzione S.p.a. (in particolare la società Enel Servizio Elettrico S.p.a., poi rinominata Servizio Elettrico Nazionale a far data dal 1° gennaio 2017).]

derivanti dai sistemi informativi e dall'attività di misura, relativi ai consumi dei clienti connessi alla propria rete, strettamente necessari per la formulazione delle offerte commerciali e la gestione dei contratti di fornitura⁹.

b. Le previsioni in materia di c.d. "brand unbundling"

16. Con il successivo Decreto Legislativo 1° giugno 2011, n. 93 (di seguito, Decreto Legislativo 93/11) di attuazione del c.d. "Terzo pacchetto energia"¹⁰, sono state recepite in Italia le norme comunitarie in materia di separazione delle politiche di comunicazione e di marchio (c.d. "brand unbundling") delle imprese di distribuzione rispetto alle imprese di vendita e, nel settore elettrico, anche tra vendita nel mercato libero e vendita in regime di maggior tutela¹¹.

17. Le disposizioni normative in parola hanno trovato concreta attuazione nella regolazione settoriale solo a partire dal 2015¹², con la Delibera n. 296/2015/R/com (di seguito, Del. 296/2015), recante quale Allegato A il nuovo "Testo Integrato delle disposizioni in merito agli obblighi di separazione (unbundling) funzionale per le imprese operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas" (o "TIUF").

18. In particolare secondo detta Delibera, almeno per le imprese di distribuzione di maggiori dimensioni che operano in regime di separazione societaria, le previste norme in materia di obblighi di separazione del marchio, degli elementi distintivi dell'impresa e delle politiche di comunicazione (c.d. "brand unbundling") tra attività di distribuzione e attività di vendita applicano a partire dal 30 giugno 2016¹³. Stessi obblighi di separazione sono previsti, a partire dal 1° gennaio 2017, anche tra attività di vendita in maggior tutela e vendita a mercato libero (anche laddove le due attività siano svolte nell'ambito del medesimo soggetto societario). Infine, sempre dal 1° gennaio 2017, sono previsti ulteriori obblighi in materia di separazione delle attività commerciali e di interfaccia con i clienti finali, tramite l'utilizzo di canali informativi/spazi fisici e di personale distinti per la distribuzione e la vendita e, all'interno della vendita, tra vendita in maggior tutela e vendita al mercato libero.

19. La Del. 296/2015 ribadisce poi gli obblighi in capo ai "gestori indipendenti" delle imprese di distribuzione¹⁴ e detta altresì specifiche prescrizioni in merito al trattamento delle informazioni commercialmente sensibili nel settore della vendita di energia elettrica tra attività di vendita in maggior tutela e nel mercato libero¹⁵.

c. Il prossimo abbandono del regime di maggior tutela

20. Da ultimo, come noto, il disegno di legge "Legge annuale per il mercato e la concorrenza" (di seguito, "D.D.L. Concorrenza"), attualmente in discussione in Parlamento, prevede (nell'ultima versione attualmente disponibile, approvata dal Senato il 3 maggio 2017¹⁶) all'articolo 1, c. 61, l'abolizione del regime di maggior tutela a partire dal 1° luglio 2019.

21. A valle del dibattito pubblico e parlamentare sulle modalità di gestione della fase di transizione fra i due assetti, l'attuale formulazione del D.D.L. Concorrenza (al medesimo articolo 1, comma 61) prevede, inoltre, procedure concorsuali su base territoriale per i clienti che non abbiano scelto un fornitore sul mercato libero. In particolare, nella formulazione attuale è previsto che sia assicurato, dalla medesima data di abolizione del servizio di maggior tutela, "il

⁹ [Le prime norme regolamentari sulla separazione funzionale sono contenute nel c.d. "TIU" ("Testo Unico Unbundling"), di cui alla delibera AeeG n. 11/2007 del 18 gennaio 2007 e s.m.i..]

¹⁰ [Per l'energia elettrica, Direttiva n. 72/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009.]

¹¹ [In particolare, secondo l'art. 38, c. 2, del D.lgs. 93/11, "Nel caso di gestore del sistema di distribuzione facente parte di un'impresa verticalmente integrata: a) le politiche di comunicazione e di marchio non devono creare confusione in relazione al ramo di azienda responsabile della fornitura di energia elettrica; b) le informazioni concernenti la propria attività, che potrebbero essere commercialmente vantaggiose, sono divulgate in modo non discriminatorio. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas vigila sul rispetto delle disposizioni di cui al presente comma".]

¹² [Il non corretto recepimento in Italia del c.d. "Terzo pacchetto energia" era stato precedentemente oggetto di una procedura di infrazione comunitaria (notificata con lettera alle Autorità italiane del 26 febbraio 2015), tra l'altro con specifico riferimento alla mancata attuazione delle previsioni in materia di c.d. brand unbundling. Peraltro, la stessa Delibera n. 296/2015 è stata oggetto di numerosi contenziosi amministrativi che, di fatto, hanno determinato ulteriori ritardi nell'effettiva cogenza delle disposizioni.]

¹³ [Applicheranno invece a far data dal prossimo 30 giugno 2017 per le imprese di distribuzione che non operano in regime di separazione societaria (reti con meno di 100.000 clienti allacciati).]

¹⁴ [Le norme del nuovo Testo Integrato Unbundling (Allegato A della Del. 296/2015) segnatamente ribadiscono che i gestori indipendenti delle imprese di distribuzione hanno l'obbligo di "assicurare la riservatezza e la messa a disposizione non discriminatoria delle informazioni commercialmente sensibili gestite nell'ambito delle attività" di distribuzione (art. 18.1 dell'Allegato A), tra le quali, secondo quanto previsto dall'art. 18.2, rientrano ad esempio i "dati identificativi del punto di prelievo" del cliente finale, ovvero POD, codice fiscale, indirizzo/sede legale del cliente finale o indirizzo di esazione - se diverso -, indirizzo di posta elettronica e recapito, così come dati circa lo stato di morosità del medesimo cliente.]

¹⁵ [In particolare, l'art. 22 dell'Allegato A della medesima Delibera, al comma 1, prevede che "non è consentito il trasferimento delle informazioni commercialmente sensibili tra imprese di vendita di energia elettrica ai clienti finali in maggior tutela e imprese di vendita ai clienti liberi dell'energia elettrica se non tramite procedure stabilite ai sensi di legge o della regolazione dell'Autorità, che assicurino la riservatezza e la messa a disposizione non discriminatoria delle medesime informazioni". Il comma 2 del medesimo articolo precisa infine che "l'obbligo di cui al precedente comma 22.1 è assicurato anche dalle imprese che svolgono, nell'ambito dello stesso soggetto giuridico, l'attività di vendita di energia elettrica ai clienti finali in maggior tutela e l'attività di vendita ai clienti liberi dell'energia elettrica, con riferimento alle strutture di impresa relative alle due attività". Allo stato attuale non risulta che le "procedure che assicurino la riservatezza e la messa a disposizione non discriminatoria" delle informazioni commercialmente sensibili siano state dettagliate né dal legislatore né dall'Autorità di settore.]

¹⁶ [Atto Senato n. 2085, Testo proposto dalla 10a Commissione permanente (Industria, Commercio, Turismo) e comunicato alla Presidenza il 5 agosto 2016, approvato con modificazioni il 3 maggio 2017.]

servizio di salvaguardia ai clienti finali domestici e alle imprese connesse in bassa tensione con meno di cinquanta dipendenti e un fatturato annuo non superiore a 10 milioni di euro senza fornitore di energia elettrica o che con abbiano scelto il proprio fornitore, attraverso procedure concorsuali per aree territoriali e a condizioni che incentivino il passaggio al mercato libero".

IV. VALUTAZIONI

a. I mercati rilevanti

22. In ragione delle condotte segnalate, i mercati rilevanti per la valutazione del caso in esame 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.

a1. I mercati del prodotto

23. 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 locale¹⁷. 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). Il mercato rilevante sotto il profilo geografico coincide con il territorio oggetto della concessione, in cui il concessionario detiene quindi una posizione di monopolio *ex lege*.

24. 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 finali¹⁸.

25. 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 dell'Autorità non distingue, invece, tra clienti in regime di maggior tutela o salvaguardia¹⁹ e clienti sul "mercato libero" (forniti a condizioni economiche e commerciali di mercato)²⁰.

26. Ai fini del presente procedimento, sono quindi da considerarsi i mercati della vendita al dettaglio dell'energia elettrica ai clienti domestici²¹ e ai clienti non domestici allacciati in bassa tensione, per lo più piccole imprese (c.d. "BT altri usi")²².

a2. I mercati geografici

27. La dimensione geografica dei vari mercati della vendita di energia elettrica al dettaglio 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.

28. In particolare, conformemente alle precedenti decisioni dell'Autorità²³, 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

¹⁷ [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". La legge 3 agosto 2007, n. 125, come già ricordato, stabilisce che, a decorrere dal 1° luglio 2007, tale attività debba essere svolta in regime di separazione societaria rispetto all'attività di vendita nel caso in cui le reti alimentino almeno 100.000 clienti finali.]

¹⁸ [Cfr., da ultimo, provv. AGCM n. 25550 del 15 luglio 2015, C11990 – Società Elettrica Altoatesina/Azienda Energetica.]

¹⁹ [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.]

²⁰ [Ciò 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.).]

²¹ [Pari a oltre 29 milioni di punti di prelievo e poco meno di 60.000 GWh di energia fornita nel 2015 (cfr. Rapporto AEEGSI n. 168/2017/I/Com, "Monitoraggio Retail. Aggiornamento del Rapporto per gli anni 2014 e 2015" del 16 marzo 2017, p. 3).]

²² [Pari a oltre 7 milioni di punti di prelievo e circa 73.000 GWh di energia fornita nel 2015. La stragrande maggioranza di tali clienti rientra nelle condizioni per aver diritto alla maggior tutela, mentre solo l'1% di tali utenze nel 2015 era fornito in salvaguardia (cfr. Rapporto AEEGSI n. 168/2017/I/Com, cit., pp. 3 e 6).]

²³ [Cfr., da ultimo, C11990, cit.]

vengono percepiti come particolarmente significativi in considerazione di una generale inerzia dei consumatori ad abbandonare il regime di maggior tutela²⁴; 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.

29. In conclusione, sotto il profilo geografico, il contesto competitivo non risulta allo stato omogeneo sull'intero territorio nazionale, in quanto le preferenze espresse dalla domanda e i vantaggi competitivi connessi alla presenza storica sul territorio delle società esercenti il servizio di maggior tutela, determinano vincoli competitivi distinti a livello locale. Benché tale situazione sia destinata a mutare, in quanto la prevista eliminazione del servizio di vendita in regime di maggior tutela eliminerà le attuali prerogative dei soggetti venditori integrati nella distribuzione, allo stato permangono condizioni di concorrenza disomogenee nei diversi ambiti locali, che dovranno essere superate in un contesto di piena liberalizzazione che consenta una effettiva concorrenza fra tutte le diverse imprese di vendita operanti a livello nazionale.

b. La posizione dominante

30. Nel mercato rilevante della distribuzione elettrica, e-distribuzione, in virtù del monopolio legale detenuto nell'offerta del servizio, risulta in posizione dominante 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 2015 (come Enel Distribuzione S.p.A.) – sia in termini di volumi che di numero di POD serviti - circa l'85% dell'energia elettrica consumata in Italia²⁵.

31. 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 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 nazionale²⁶, è il principale operatore nei territori comunali di riferimento della propria società di distribuzione elettrica.

In particolare, in virtù della posizione di monopolio *ex lege* detenuta nella distribuzione elettrica nei territori della relativa concessione, il gruppo Enel, esercente quindi anche il servizio di c.d. maggior tutela, detiene una posizione di assoluta preminenza in tali territori, che ne qualifica una posizione dominante nei relativi mercati locali della vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici connessi in bassa tensione.

c. L'abusività delle condotte

32. Dagli elementi illustrati nelle denunce è possibile ipotizzare che il gruppo Enel, in quanto integrato nella distribuzione e nella vendita sul mercato tutelato, 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, una serie di condotte commerciali non replicabili, suscettibili di ostacolare i propri concorrenti non integrati e di avvantaggiare la propria società di vendita sul mercato libero, Enel Energia.

33. Dall'insieme degli elementi forniti nelle denunce ricevute sembra infatti emergere l'ipotesi della possibile esistenza di una ampia strategia del gruppo Enel, volta al passaggio di clientela detenuta sul mercato tutelato al mercato libero, attuata attraverso strumenti irripetibili per i concorrenti non integrati quali a titolo esemplificativo e non esaustivo: l'utilizzo degli spazi fisici/canali di contatto per la clientela in maggior tutela per far sottoscrivere ai clienti contratti con Enel Energia sul mercato libero, il passaggio alla propria società attiva nel mercato libero nel momento in cui il cliente in maggior tutela richieda l'effettuazione di operazioni contrattuali relative alla propria fornitura, l'utilizzo del cambio della denominazione sociale o del passaggio normativo della fine della maggior tutela per persuadere a sottoscrivere un contratto sul mercato libero, l'utilizzo di argomenti volti a vantare l'appartenenza al gruppo societario integrato a monte nella distribuzione elettrica per assicurare alla clientela particolari caratteristiche di affidabilità industriale ovvero convenienza economica irripetibile del proprio servizio rispetto a quello dei *competitors*.

34. Da alcune evidenze che emergono dalle segnalazioni ricevute non sembra peraltro potersi escludere che la rete commerciale preposta alla vendita delle offerte sul c.d. libero mercato di Enel Energia utilizzi anche il patrimonio informativo privilegiato dei dati anagrafici, fiscali e di fatturazione della clientela tutelata nella disponibilità della società collegata del gruppo Enel – Servizio Elettrico Nazionale (già Enel Servizio Elettrico) - al fine di trasferirli sul mercato libero, sfruttando anche in tal modo un vantaggio competitivo non replicabile da parte dei concorrenti non integrati²⁷.

²⁴ [La fornitura in maggior tutela rappresenta ancora la modalità di fornitura prevalente per tali clienti. Per i domestici, in particolare, nel 2015 ancora il 68% dei clienti sono riforniti in maggior tutela, mentre tale percentuale è pari al 55% per i c.d. clienti "BT altri usi" (cfr. Rapporto AEEGSI 168/2017/I/Com, cit., pp. 5 e 6).]

²⁵ [Cfr. AEEGSI, Relazione annuale 2016.]

²⁶ [Con quote in termini di volumi di energia complessivamente pari a circa il 74% della clientela domestica e il 41% dei clienti c.d. "BT altri usi" (cfr. AEEGSI, Relazione annuale 2016, cit.).]

²⁷ [In tal senso, potrebbe rilevare anche la pratica segnalata dall'Associazione AIGET di richiedere separatamente per le società del gruppo e per i terzi il consenso per il trattamento dei dati dei clienti per finalità commerciali o di marketing.]

35. Infine, risulta che Enel Energia abbia posto in essere una campagna di *winback* nei confronti del concorrente Green Network con caratteristiche tali da convincere i clienti a rientrare nel gruppo Enel con mezzi diversi dalla legittima concorrenza sui meriti, utilizzando argomenti denigratori nei confronti della società segnalante ovvero – di nuovo – argomenti volti a vantare l'appartenenza al gruppo societario integrato a monte nella distribuzione elettrica per assicurare alla clientela particolari caratteristiche di affidabilità industriale ovvero convenienza economica irripetibili del proprio servizio rispetto a quello del *competitor*. Tale campagna di *winback* potrebbe rientrare nell'ipotizzata strategia complessiva del gruppo Enel descritta nel presente provvedimento.

36. In un contesto in cui il mercato della vendita al dettaglio dell'energia elettrica appare in una fase di cruciale transizione verso la completa apertura alla concorrenza, siffatte condotte delle società di vendita del gruppo Enel, che, avvalendosi di informazioni e prerogative derivanti dall'appartenenza ad un gruppo integrato, sono finalizzate al trasferimento della propria base clienti dal mercato tutelato al mercato libero, potrebbero configurarsi quali elementi di una strategia abusiva escludente a danno dei venditori non integrati. In particolare, tali condotte potrebbero determinare un effetto di alterazione delle dinamiche competitive e di compartimentazione dell'offerta nel futuro ambito di competizione nazionale di servizi di vendita di energia elettrica a seguito del superamento del regime di maggior tutela, anche alla luce dei previsti meccanismi di asta competitiva per l'acquisizione della clientela che non avesse scelto un'offerta sul mercato libero.

d. L'applicabilità del diritto comunitario

37. L'esistenza di un pregiudizio al commercio tra Stati Membri, come esito dei comportamenti descritti, appare sussistere in ragione dell'importanza del gruppo Enel, principale gruppo elettrico nazionale le cui società di vendita dell'energia elettrica servono una quota rilevante dei consumi nazionali e che rappresenta il principale *player* nelle aree territoriali di riferimento per l'offerta del servizio di distribuzione e di vendita in maggior tutela sulla gran parte del territorio. Le sue condotte, potendo ostacolare significativamente l'ingresso e l'operatività di concorrenti attuali e potenziali, anche esteri, sul mercato nazionale, appaiono quindi suscettibili di alterare il commercio tra Stati Membri. Ne deriva l'opportunità di valutare la fattispecie in esame quale eventuale infrazione della normativa comunitaria, ovvero dell'articolo 102 del TFUE.

RITENUTO, pertanto, alla luce delle considerazioni suesposte, che il gruppo Enel potrebbe aver posto in essere condotte escludenti a danno dei soggetti non integrati attivi nei mercati della vendita di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici connessi in bassa tensione, e che tali condotte, poste in essere da Enel S.p.A. anche per il tramite delle società controllate Enel Energia S.p.A. e Servizio Elettrico Nazionale S.p.A., possono configurare un abuso di posizione dominante suscettibile di alterare le dinamiche concorrenziali nei suddetti mercati pregiudicando la transizione verso un'offerta dei servizi di vendita completamente liberalizzata, in violazione dell'articolo 102 del TFUE;

DELIBERA

a) l'avvio dell'istruttoria ai sensi dell'articolo 14, della legge n. 287/90, nei confronti delle società Enel S.p.A., Servizio Elettrico Nazionale S.p.A. ed Enel Energia S.p.A., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 del TFUE;

b) la fissazione del termine di giorni sessanta decorrente dalla notificazione del presente provvedimento per l'esercizio da parte dei legali rappresentanti delle parti, o di persone da essi delegate, del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Energia e Industria di Base di questa Autorità almeno quindici giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;

c) che il responsabile del procedimento è la Dott.ssa Giulia Battista;

d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Energia e Industria di Base di questa Autorità dai rappresentanti legali delle Parti, nonché da persone da essi delegate;

e) che il procedimento deve concludersi entro il 30 giugno 2018.

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

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella