

*Provvedimento n. 6539 ( A263 ) UNAPACE/ENEL*

*L'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO*

NELLA SUA ADUNANZA del 12 novembre 1998;

SENTITO il Relatore Professor Michele Grillo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'articolo 86 del Trattato CE;

VISTO l'articolo 54 della legge 6 febbraio 1996, n. 52;

VISTO l'articolo 9 del Regolamento comunitario 6 febbraio 1962, n. 17;

VISTA la Comunicazione della Commissione concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati Membri per l'esame dei casi disciplinati dagli artt. 85 e 86 del Trattato CE del 15 ottobre 1997;

VISTA la segnalazione inviata in data 14 maggio 1998 da parte dell'associazione dei produttori elettrici privati UNAPACE;

VISTA la deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas del 23 settembre 1998, n. 120;

VISTA la documentazione in possesso dell'Autorità;

CONSIDERATI i seguenti elementi:

**IL FATTO**

**I. Le parti**

**1.** La società ENEL Spa (di seguito ENEL), in virtù della legge istitutiva del 6 dicembre 1962, n. 1643, svolge in regime di riserva legale il compito di esercitare le attività di produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica nel territorio nazionale. Il decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992, n. 359, ha determinato la trasformazione di ENEL da Ente di Gestione a società per azioni interamente possedute dal Ministero del Tesoro. Attualmente, l'esercizio delle attività svolte in regime di riserva legale da ENEL è regolato dalle disposizioni contenute nel Decreto Ministeriale 28 dicembre 1995, avente ad oggetto la 'Attribuzione all'ENEL Spa, ai sensi dell'articolo 14 del decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito con legge 8 agosto 1992, n. 359, della concessione delle attività per l'esercizio del pubblico servizio di fornitura dell'energia elettrica nel territorio nazionale'.

**2.** UNAPACE è l'associazione di categoria dei produttori privati di energia elettrica aderenti a Confindustria, che, in virtù di quanto disposto dalle legge 10/91 e dal prov. Cip 6/92, producono per l'autoconsumo o per la vendita diretta a ENEL di energia elettrica generata con l'impiego di fonti rinnovabili od assimilate.

## II. La segnalazione

3. La segnalazione inviata da UNAPACE nel maggio 1998 riguarda due distinti aspetti: (i) un accordo stipulato da ENEL e dalla società DALMINE Spa (gruppo TECHINT) a danno di SONDEL Spa; (ii) presunti comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da ENEL mediante la stipulazione di accordi pluriennali per la fornitura di energia elettrica con propri clienti, caratterizzati da elevati consumi annui. L'Autorità, in data 31 luglio 1998, ha deliberato l'archiviazione del primo aspetto della segnalazione, mentre ha ritenuto necessario approfondire la fondatezza dei fatti segnalati in merito agli accordi pluriennali sottoscritti da ENEL con i grandi utenti.

## III. L'attività preistruttoria

4. A tal fine, l'Autorità ha inviato, rispettivamente in data 24 luglio e 10 settembre 1998, richieste di informazioni a ENEL, per avere copia di tutti i contratti di fornitura di energia elettrica stipulati negli ultimi dodici mesi dalla stessa ENEL con clienti caratterizzati da consumi annui superiori a 40 GWh. ENEL, rispettivamente in data 25 agosto e 7 ottobre 1998, ha inviato all'Autorità le informazioni richieste.

5. La documentazione acquisita comprende 155 contratti di fornitura di energia elettrica. Undici di questi, redatti nella forma di un "Accordo tra ENEL e la società [...] per la fornitura di energia elettrica e dei servizi aggiuntivi", prevedono fra l'altro le seguenti clausole:

ENEL garantisce l'approvvigionamento per l'intero fabbisogno di energia elettrica impegnato dall'utente;

il prezzo medio della fornitura è ridotto a fronte di un impegno minimo garantito per anno;

la durata del contratto è estesa da un anno a tre anni, rinnovabile per un analogo periodo;

a parità di offerta alternativa, ENEL sarà preferita ad ogni altro fornitore (c.d. 'clausola inglese').

6. Dal 19 febbraio 1999, data di recepimento della Direttiva 96/92/CE, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica<sup>1</sup>, saranno inclusi di diritto fra i "clienti idonei" siti industriali con consumi annui superiori ai 100 GWh (articolo 19 direttiva 96/92/CE). Questi, secondo la Direttiva, saranno liberi di stipulare contratti di fornitura di energia elettrica con produttori sia nazionali che esteri. Tra gli undici contratti in esame, sette riguardano gruppi industriali multisito e quattro utenze monosito. Nell'ambito dei contratti multisito, 14 impianti, appartenenti ai gruppi Vetriere Italiane Vetri Spa (in nome e per conto proprio e delle società italiane del Gruppo Saint Gobain), GSL Carbon Spa, Air Liquide Italia Spa, Gruppo Lucchini e Riva Acciaio Spa hanno consumi di energia elettrica superiori ai 100 GWh e quindi liberi di contrattare forniture con soggetti diversi da ENEL. Altri impianti (9 siti), relativi sia ai contratti multisito che ai contratti monosito, presentano consumi annui compresi tra i 40 e 100 GWh. Il primo *Schema di Decreto Legislativo*, predisposto dal Ministro dell'Industria, del 27 ottobre 1998, per l'attuazione della Direttiva 96/92/CE, identifica soglie di idoneità pari a 30 GWh a partire dal 19 febbraio 1999, che scendono progressivamente a 20 GWh e a 9 GWh entro il 2003. Alla luce di tali considerazioni, questi 23 impianti acquisirebbero dal 19 febbraio 1999 il diritto a stipulare contratti di fornitura sul mercato libero. Altri due contratti (Gruppo Cirio e Whirlpool Europe Srl), pur non interessando alcun sito industriale con consumi annui superiori ai 40 GWh, presentano comunque consumi a livello di gruppo ben al di sopra di tale soglia.

7. Nelle premesse dei contratti sottoscritti, le parti dichiarano che tali accordi rispondono alla volontà del cliente di ENEL di ottenere un servizio di fornitura di energia elettrica più rispondente alle proprie esigenze produttive (flessibilità nella determinazione e computazione della potenza erogata al fine di non penalizzare un maggior fabbisogno energetico). I contratti coprono l'intero fabbisogno energetico dei clienti e, per quelli multisito, ciò implica la fornitura esclusiva di ENEL per tutti i singoli siti di un medesimo gruppo industriale. Inoltre, una clausola specifica prevede che l'accordo possa essere rinegoziato, qualora il cliente ponga in essere iniziative che provochino contrazioni nei suoi acquisti di energia elettrica da ENEL (cfr. le clausole contrattuali sulle "Forniture interessate dall'accordo e sue caratteristiche"). Gli undici accordi in esame prevedono anche una flessibilità tariffaria, che trova giustificazione nell'incremento

---

<sup>1</sup> GUCE L27 del 30 gennaio 1997.

annuo dei consumi di energia che il cliente si impegna a realizzare. Tale flessibilità implica una riduzione del prezzo medio al KWh dell'energia elettrica fornita da ENEL.

**8.** Tutti i contratti hanno una durata triennale, rinnovabile per un periodo equivalente. I normali contratti di somministrazione di energia elettrica con i singoli siti di consumo, stipulati da ENEL, hanno durata annuale, rinnovabile. Poiché gli accordi in esame sono stati sottoscritti negli ultimi dodici mesi, a partire dalla data della richiesta di informazioni del 24 luglio 1998, la loro scadenza supera il limite temporale imposto dal recepimento della Direttiva 96/92/CE negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione Europea (19 febbraio 1999), data a partire dalla quale ha inizio la liberalizzazione del mercato della fornitura di energia elettrica.

**9.** Nella stessa clausola relativa alla durata dei contratti è prevista anche la possibilità per il cliente di recedere dall'accordo mediante *"disdetta [...] da notificarsi [...] almeno due mesi prima dalla scadenza del primo triennio"*. Tuttavia, l'accordo prevede che *"qualora, nel corso della vigenza contrattuale, si verificassero variazioni del quadro tariffario e/o legislativo introdotte dagli organismi competenti che prevedano nuove opzioni contrattuali, le parti si incontreranno per negoziare il presente accordo indipendentemente dalle date di scadenza sopra citate. Ciò vale in particolare nel caso in cui dagli Organismi competenti vengano consentite possibilità di approvvigionamento alternative a condizioni più favorevoli"*. In questo caso, la possibilità di recedere dall'accordo è subordinata alla dimostrazione (a carico del cliente) della *"non competitività di ENEL"*, fatta salva la possibilità per ENEL di essere considerata preferita a parità d'offerta. Salvo varianti letterali, questa clausola è presente in tutti gli accordi in esame.

**10.** In data 23 settembre 1998, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha adottato la delibera n. 120/98, con la quale è stata emanata una direttiva concernente l'erogazione del servizio elettrico, ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lettera h), della legge 14 novembre 1995, n. 481. Nel corso dell'attività istruttoria svolta dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas è emerso che *"più di un soggetto erogatore, già presente nel settore ed in grado di operare nel previsto mercato libero dell'energia elettrica ha stipulato accordi contrattuali, ovvero formalizzato proposte contrattuali, nei confronti di utenze con consumi tali da poter essere nella condizione di cliente idoneo ai sensi della [...] direttiva europea 96/92/CE, per periodi di validità che vanno al di là delle presumibili date di apertura del mercato elettrico"*.

**11.** Ritenendo che *"occorra evitare che, anche mediante l'adozione da parte dell'Autorità di direttive nei confronti di soggetti erogatori del servizio elettrico, che si precostituiscano situazioni di fatto o di diritto tali da creare ostacoli all'effettiva apertura del mercato elettrico prevista dalla [...] direttiva europea 96/92/CE, rendendo più difficile il conseguimento degli scopi del processo di liberalizzazione avviato"*, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha deliberato l'adozione della seguente direttiva: *"I contratti stipulati dopo il 30 gennaio 1997, con durata superiore all'anno e scadenza successiva al 19 febbraio 1999, aventi ad oggetto la fornitura di energia elettrica a clienti idonei dovranno contenere il riconoscimento al cliente della facoltà di recesso unilaterale, con onere di preavviso al fornitore non superiore a sei mesi. La facoltà di cui al precedente comma dovrà essere riconosciuta dal fornitore ai clienti idonei per il periodo di un anno decorrente dalla data di acquisizione di tale qualifica"*.

## **IL DIRITTO**

### **IV. Il mercato rilevante**

**12.** Il mercato rilevante ai fini del procedimento in oggetto è quello della fornitura (distribuzione e vendita) di energia elettrica sul territorio nazionale.

**13.** Con specifico riferimento al mercato della fornitura di energia elettrica, la Direttiva 96/92/CE prevede la progressiva apertura alla concorrenza dei singoli mercati nazionali a partire dal 19 febbraio 1999. L'ampiezza del mercato liberalizzato (formato dai cosiddetti "clienti idonei") verrà calcolata sulla base dei consumi medi, realizzati nell'ambito dell'intera Unione Europea, dai clienti finali con prelievi

superiori, in una prima fase, ai 40 GWh/anno (su una base di consumo per località e compresa l'autoproduzione)<sup>2</sup>.

## **V. Normativa applicabile**

14. La fattispecie oggetto di denuncia e precedentemente esposta rientra nell'ambito di applicazione della normativa comunitaria in materia di tutela della concorrenza. In particolare, essa risulta riferibile alle disposizioni di cui all'articolo 86 del Trattato CE, relative al divieto di abuso di posizione dominante.

15. I comportamenti descritti, in quanto influiscono, in maniera significativa, sui flussi di scambio internazionale di energia elettrica tra Stati Membri dell'Unione, sono idonei a produrre un sostanziale pregiudizio al commercio intracomunitario, limitando l'accesso al mercato della fornitura di energia elettrica in Italia e realizzando, in tal modo, la compartimentazione del mercato nazionale.

16. La fattispecie sopra descritta rientra nell'ambito di applicazione decentrata dell'articolo 86 del Trattato CE da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in base ai principi generali del diritto comunitario, di cui si trova applicazione nel disposto dell'articolo 87 del Trattato CE e in quello dell'articolo 9 del Regolamento n. 17/62. Essa, infatti, in forza dell'articolo 54 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, in quanto autorità nazionale competente in materia di concorrenza, applica le disposizioni del Trattato CE sopra enunciate "utilizzando i poteri e agendo secondo le procedure di cui al Titolo II, capo II, della legge n. 287/90".

## **VI. La posizione dominante di ENEL**

17. L'articolo 1 della legge n. 1643 del 6 dicembre 1962 (istituzione dell'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica e nazionalizzazione dell'industria elettrica) ha riservato all'ENEL il compito di esercitare nel territorio nazionale le attività di produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica.

18. Le uniche eccezioni all'esclusiva legale di ENEL erano costituite dai cosiddetti "regimi di esonero" previsti dall'articolo 4 della legge n. 1643/62, riguardanti: (i) le imprese di produzione di energia elettrica degli enti locali (articolo 4, punto 5); (ii) gli autoproduttori (articolo 4, punto 6); (iii) le imprese elettriche di piccole dimensioni (articolo 4, punto 8).

19. La legge n. 10/91 ha agevolato il ricorso a fonti energetiche alternative rinnovabili o assimilate. I produttori privati di energia elettrica che utilizzano tali fonti devono vendere tutta l'elettricità prodotta a ENEL.

20. Il decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992, n. 359, oltre a determinare la trasformazione di ENEL da Ente di Gestione a società per azioni, ha riattribuito in concessione a ENEL i compiti precedentemente affidati di diritto all'ex Ente di Gestione.

21. Nel 1997, l'83,7% della domanda totale di energia elettrica è stata fornita da ENEL. La restante quota è stata soddisfatta dai produttori degli Enti locali e dai privati (con una incidenza complessiva del 6,6%), e dagli autoproduttori (9,7%).

22. Questi elementi di diritto e di fatto appaiono sufficienti a individuare, anche sulla base di una consolidata giurisprudenza comunitaria (per tutte, cfr. Corte di Giustizia, sentenze *Hoffmann-La Roche (Vitamine)* del 1979 e *AKZO III* del 1991), l'esistenza di una posizione dominante di ENEL sul mercato nazionale della fornitura di energia elettrica.

## **VII. Le restrizioni della concorrenza**

---

<sup>2</sup> Tale limite scende a 20 GWh dopo tre anni dall'entrata in vigore della direttiva e a 9 GWh dopo sei anni (art. 19, commi 2 e 3). Lo Schema di decreto legislativo prevede che la quota di apertura del mercato non sia inferiore al 30 per cento, che identifica soglie di idoneità, in un primo periodo, pari a 30 GWh.

23. Fra le clausole presenti nei contratti in esame (cfr. *supra* § 5), due in particolare appaiono atte a restringere la concorrenza sul mercato nazionale della fornitura di energia elettrica: (i) la clausola relativa all'estensione della durata della fornitura in esclusiva; e (ii) la clausola che stabilisce in capo a ENEL il diritto di prelazione, nel caso in cui il proprio cliente riceva offerte più vantaggiose dai concorrenti della stessa ENEL (si deve intendere successivamente alla parziale apertura del mercato dell'energia elettrica, dunque in seguito al recepimento nell'ordinamento nazionale della Direttiva 96/92/CE).

24. L'estensione temporale della durata del rapporto di fornitura in esclusiva a un minimo di tre anni (rinnovabile sino a sei) consente a ENEL di vincolare con contratti di lunga durata clienti (c.d. "clienti idonei") che, a partire dal 19 febbraio 1999, potrebbero contrattare liberamente le proprie forniture con produttori, nazionali o comunitari, diversi da ENEL. L'effetto di *pre-emption* del futuro mercato libero dell'energia, che consegue alla estensione temporale della durata contrattuale della fornitura esclusiva, appare idoneo a costituire un'autonoma fattispecie di abuso di posizione dominante, in quanto limita lo sbocco o l'accesso al mercato nazionale della fornitura di energia elettrica da parte di operatori concorrenti di ENEL, nazionali e comunitari, in violazione dell'articolo 86 del Trattato CE.

25. Tale restrizione, tuttavia, assume particolare rilievo se collegata alle conseguenze derivanti dalla clausola di prelazione a favore di ENEL, che restringe nei fatti ulteriormente la libertà di scelta di forniture alternative da parte dei soggetti che hanno stipulato gli accordi in esame. Come si è visto, infatti, gli accordi prevedono, da un lato, che le parti possano rinegoziare il contratto di fornitura, qualora nel periodo della sua vigenza intervengano modifiche rilevanti nel funzionamento del mercato della fornitura di energia elettrica (rappresentate, evidentemente, dalla possibilità di approvvigionamento alternativo a condizioni più favorevoli determinate dal recepimento della Direttiva 96/92/CE); dall'altro lato, gli accordi prevedono più specificatamente, ove si verifichi concretamente una offerta alternativa, che il cliente possa recedere dal contratto di fornitura di energia elettrica solo subordinando tale facoltà alla dimostrazione della minore convenienza economica della fornitura di ENEL.

26. Ne deriva che il diritto di prelazione, a parità di offerte, di cui gode ENEL, disincentivando la formulazione di offerte più vantaggiose di quelle di ENEL, è in grado di scoraggiare ulteriormente l'ingresso di nuovi entranti sul mercato nazionale della fornitura di energia elettrica, ostacolandone il processo di apertura e realizzando in tal modo la compartimentazione del mercato nazionale. Ciò soprattutto in quanto consente all'operatore in posizione dominante di determinare la dimensione e la numerosità dei concorrenti a cui verrà lasciata l'opportunità di entrare sul mercato.

27. L'effetto combinato delle due clausole (durata e prelazione) appare particolarmente indesiderabile, sotto il profilo della restrizione della concorrenza nel futuro mercato elettrico, se si considera tanto la sovrapposizione temporale degli accordi con la fine della fase preliminare al completo recepimento della Direttiva 96/92/CE nell'ordinamento nazionale, quanto la posizione dominante che ENEL riveste nel mercato rilevante, in cui si verificano gli effetti degli accordi in esame. In proposito, si ricorda che la Direttiva prevede espressamente che, durante il processo di progressiva liberalizzazione del mercato elettrico interno dell'Unione Europea, di cui è parte ciascun mercato nazionale, debbano essere evitati "*ogni abuso di posizione dominante e ogni comportamento predatorio*"<sup>3</sup>.

28. Pertanto, l'estensione temporale dei contratti di fornitura esclusiva e il contestuale diritto di prelazione a favore di ENEL, esercitabile in caso di offerte più vantaggiose provenienti da parte di nuovi entranti sul mercato della fornitura di energia elettrica, sono elementi in grado di produrre significativi effetti restrittivi sulla concorrenza.

29. Come affermato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nel caso *Hoffmann-La Roche (Vitamine)*, la previsione a favore di un'impresa in posizione dominante della cosiddetta "clausola inglese" è atta ad aggravare il carattere abusivo dello sfruttamento della posizione dominante. Il funzionamento di questa clausola, infatti, obbligando i clienti a informare il proprio fornitore dell'esistenza di eventuali offerte più vantaggiose, assicura una trasparenza artificiale del mercato, che consente di ottenere informazioni commerciali sensibili sui comportamenti dei concorrenti. In un mercato altamente concentrato, quale quello nazionale della fornitura di energia elettrica, su cui già opera un'impresa in

---

<sup>3</sup> Cfr. il Considerando n. 37 della Direttiva 96/92/CE.

posizione dominante - mercato che, di conseguenza, ha di per sé una struttura concorrenziale indebolita - questo è un elemento in grado di ostacolare la concorrenza all'impresa in posizione dominante.

**30.** Appare, pertanto, evidente l'impatto che la trasparenza artificiale del mercato, conseguente alla previsione contrattuale in esame, potrebbe anche avere sugli incentivi alla collusione. In particolare, la possibilità per ENEL di perseguire una politica di adeguamento ai prezzi della concorrenza appare idonea a inibire lo sviluppo di una reale concorrenza di prezzo e, comunque, a limitare gli stimoli a competere dei vari soggetti presenti sul mercato.

**31.** Infatti, tale clausola, da un lato, tende a neutralizzare l'offerta di forniture alternative (in termini di prezzo e di altre condizioni contrattuali) rispetto a quelle di ENEL, dal momento che i clienti avranno tutto l'interesse a comunicare a quest'ultima le eventuali proposte migliorative ricevute. Dall'altro lato, qualora i concorrenti di ENEL fossero a conoscenza di questa clausola contrattuale, essi sarebbero disincentivati a formulare offerte più vantaggiose di quelle esistenti, dal momento che ciò non potrebbe determinare alcun passaggio di clienti a loro favore.

**32.** La previsione contrattuale di un diritto di prelazione a favore di ENEL, in caso di offerte più vantaggiose da parte di concorrenti, appare idonea a configurare un abuso di posizione dominante, consistente sia nell'ostacolare l'accesso al mercato di nuovi operatori, sia, anche nell'eventualità di un'effettiva entrata, nel creare i presupposti per disciplinarne le politiche commerciali.

CONSIDERATO che i descritti comportamenti appaiono idonei a violare le disposizioni del Trattato CE in materia di tutela della concorrenza, pregiudicando in maniera sensibile il commercio intracomunitario, in quanto riducono le possibilità delle imprese stabilite in altri Stati membri di esportare i loro prodotti in un mercato nazionale;

RITENUTO, pertanto, che la previsione della clausola di estensione temporale della durata della fornitura in esclusiva di energia elettrica e quella della clausola di prelazione a favore di ENEL, contenute negli accordi in esame, possano configurare un abuso della posizione dominante detenuta da ENEL sul mercato nazionale della fornitura di energia elettrica, in violazione dell'articolo 86 del Trattato CE;

#### DELIBERA

a) l'avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14, della legge n. 287/90 nei confronti della società ENEL Spa, per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 86 del Trattato CE;

b) la fissazione del termine di giorni trenta, decorrente dalla notificazione del presente provvedimento, per l'esercizio da parte dei rappresentanti legali della società sopra menzionata del diritto di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Attività Istruttoria B dell'Autorità almeno sette giorni prima della scadenza del termine sopraindicato;

c) che il responsabile del procedimento è il dottor Carlo Cazzola;

d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Attività Istruttoria B di questa Autorità dai legali rappresentanti della società ENEL Spa, o da persona da essi delegata;

e) che il termine di conclusione del procedimento è fissato al 20 maggio 1999.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato ai sensi di legge.

IL SEGRETARIO GENERALE  
*Alberto Pera*

IL PRESIDENTE  
*Giuseppe Tesauro*

\* \* \*