

A513 - ACEA/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA
Provvedimento n. 27496

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 20 dicembre 2018;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

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

VISTO il Regolamento del Consiglio dell'Unione europea n. 1/2003 del 16 dicembre 2002;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

VISTA la propria delibera del 4 maggio 2017, n. 26590, con cui è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14, della legge n. 287/1990, nei confronti delle società Acea S.p.A. e Acea Energia S.p.A. (di seguito anche le Parti), per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 TFUE;

VISTA la propria delibera del 10 gennaio 2018, n. 26928, con cui è stata estesa oggettivamente l'istruttoria alle disponibilità e allo sfruttamento da parte di Acea Energia S.p.A. di informazioni privilegiate che si trovano nell'esclusiva del distributore verticalmente integrato Areti S.p.A e soggettivamente nei confronti della stessa società Areti S.p.A.;

VISTA la propria delibera del 24 aprile 2018, n. 27147, con cui è stato prorogato il termine di conclusione del procedimento al 31 ottobre 2018;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (di seguito, CRI), inviata alle Parti il 3 agosto 2018, ai sensi dell'articolo 14 del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera dell'8 agosto 2018 n. 27301 con cui, su richiesta delle Parti, è stato prorogato il termine di conclusione del procedimento al 15 novembre 2018;

VISTA la propria delibera del 10 ottobre 2018, n. 27377, con cui è stato prorogato il termine di conclusione del procedimento al 30 dicembre 2018 per consentire alle Parti, secondo la procedura di c.d. *Data Room*, un più ampio accesso ai dati di *stock* e flussi della clientela acquisiti in atti, ai fini del pieno esercizio del diritto di difesa e del contraddittorio;

VISTE le memorie conclusive presentate dalle società Acea S.p.A., Acea Energia S.p.A., dalla società di consulenza economica Officina Economica S.r.l., dalla società Areti S.p.A., dallo studio di consulenza economica Dello Strologo, dalle società Axpo Italia S.p.A. e Gala S.p.A., dall'Associazione Italiana Grossisti di Energia e *Trader* - AIGET e dal Centro per i Diritti dei Cittadini;

SENTITI in audizione finale il 20 novembre 2018 i rappresentanti delle società Acea S.p.A., Acea Energia S.p.A., della società di consulenza economica Officina Economica S.r.l., Areti S.p.A. Axpo Italia S.p.A., Gala S.p.A. e dell'Associazione Italiana di Grossisti di Energia e *Trader* - AIGET;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Acea S.p.A. (di seguito anche Acea), con sede legale a Roma, capogruppo dell'omonimo gruppo societario¹, è una delle principali *multiutility* italiane ed è attiva nella gestione e nello sviluppo di reti e servizi nei settori dell'energia, dell'acqua e dell'ambiente. Nel settore dell'energia svolge attività di approvvigionamento, produzione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita di energia elettrica e calore attraverso, in particolare, le società interamente controllate Areti S.p.A. e Acea Energia S.p.A. (vd. *infra*). Il gruppo Acea pertanto è, nel settore dell'energia elettrica, un'impresa verticalmente integrata ai sensi dell'articolo 2, comma 25-*septies*, del D.lgs. 79/1999 (c.d. Decreto

¹ [Acea S.p.A. deriva dalla trasformazione in società per azioni, ai sensi dell'art. 22, comma 3, lett. e) della Legge n. 142/1990, dell'Azienda Speciale A.C.E.A. - Azienda Comunale Energia & Ambiente e, a seguito della realizzazione di un processo di separazioni societarie, ha creato un modello strutturato in forma di Gruppo, con la costituzione di diverse Società di cui detiene direttamente e/o indirettamente tutto o parte del pacchetto azionario (Legge 8 giugno 1990, n. 142, recante "Ordinamento delle Autonomie locali", in G.U. del 12 giugno 1990, n. 135. Suppl. Ord. n. 42; vd. anche diffusamente *infra* nel testo).]

Bersani)². Acea è quotata alla Borsa italiana dal 1999 e ha realizzato, nel 2017, un fatturato consolidato complessivo per vendite pari a circa 2,8 miliardi di euro.

2. Acea Energia S.p.A. (di seguito anche AE), con sede legale a Roma, è la società del Gruppo Acea, interamente controllata da Acea S.p.A., attiva, in particolare, nella fornitura di energia elettrica³ sia in regime di c.d. maggiore tutela⁴ che sul mercato libero. AE ha realizzato, nel 2017, un fatturato complessivo per vendite pari a oltre 1,5 miliardi di euro.

3. Areti S.p.A. (di seguito anche Areti⁵), con sede legale a Roma, è la società del Gruppo Acea che gestisce il servizio di distribuzione di energia elettrica⁶ negli ambiti territoriali dei Comuni di Roma e Formello⁷ (dove gestisce oltre 1,6 milioni di punti di consegna o PDR⁸), tramite concessione ministeriale rilasciata il 3 maggio 2001 e con scadenza al 31 dicembre 2030⁹. Areti, quindi, è un gestore del sistema di distribuzione ai sensi dell'articolo 25-ter del D.lgs. n. 79/1999¹⁰. La Società ha realizzato, nel 2017, un fatturato complessivo per vendite pari a circa 518 milioni di euro.

4. Associazione Italiana Grossisti di Energia e Trader - AIGET (di seguito AIGET), in qualità di soggetto segnalante¹¹. AIGET, ha sede a Milano, associa cinquantotto imprese e ha per scopo statutario la *"promo[zione], da sola o in collaborazione con altri enti, associazioni e istituzioni di tutte le iniziative che nel campo economico, finanziario, tecnico e scientifico possano giovare al settore energetico"*¹². L'Associazione, in accoglimento della relativa istanza, è stata ammessa, in qualità di interveniente, a partecipare al procedimento istruttorio¹³.

² [Decreto Legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e s.m.i., recante "Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica", in G.U. del 31 marzo 1999, n. 75, come da ultimo modificato dal Decreto Legislativo 1° giugno 2011, n. 93, recante "Attuazione delle Direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle Direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE", in G.U. del 28 giugno 2011, n. 148 - Suppl. Ord. n. 157 (c.d. Terzo Pacchetto Energia).]

Vd. anche l'art. 1.1., tredicesimo alinea, dell'Allegato "A" alla Delibera 22 giugno 2015, n. 296/2015/R/COM dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito, in nota e nel testo, ARERA), recante "Disposizioni in merito agli obblighi di separazione (unbundling) funzionale per gli esercenti del settore dell'energia elettrica e del gas (TIUF)".]

³ [L'attività di fornitura di energia elettrica consiste nella "vendita, compresa la rivendita, di energia elettrica ai clienti" vale a dire al cliente grossista e finale di energia elettrica (cfr. art. 2, comma 25-sexies, del D.lgs. n. 79/1999 e s.m.i., cit. e commi 4 e 5 dello stesso D.lgs. per la definizione, rispettivamente, di cliente grossista e di cliente finale di energia elettrica).]

⁴ [La modalità di fornitura di energia elettrica in regime di c.d. maggior tutela è stata introdotta come obbligo regolamentare in capo al distributore elettrico locale dall'art. 1, comma 2, del Decreto Legge 18 giugno 2007, n. 73, recante "Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia" (in G.U. del 18 giugno 2007, n. 139) convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 3 agosto 2007, n. 125, recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 giugno 2007, n. 73, recante misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia", in G.U. del 14 agosto 2007, n. 188 (vd. anche diffusamente infra nel testo).]

⁵ [Areti ha assunto l'attuale denominazione sociale, in luogo di quella di Acea Distribuzione S.p.A., il 1° luglio 2016 e in ottemperanza agli obblighi di separazione delle politiche di comunicazione commerciale e di marchio tra l'attività di distribuzione e di vendita di energia elettrica imposto, ex art. 38, comma 2, lett. b), D.lgs. n. 93/2011, ai distributori che siano parte (come nel caso di Acea Distribuzione S.p.A.) di un'impresa verticalmente integrata nella vendita di energia elettrica (vd. più diffusamente nel testo).]

⁶ [L'attività di distribuzione di energia consiste nel "trasporto e [nel]la trasformazione di energia elettrica su reti di distribuzione a media e bassa tensione per le consegne ai clienti finali" (cfr. art. 2, comma 14, del D.lgs. n. 79/1999 e s.m.i., cit.).]

⁷ [L'art. 9, comma 3, del citato D.lgs. n. 79/1999, infatti, prevede che "al fine di razionalizzare la distribuzione di energia elettrica, è rilasciata una sola concessione di distribuzione per ambito comunale".]

⁸ [Cfr. sito internet di Areti <https://www.aret.it/pages/chisiamo.php>.]

⁹ [Vd. Decreto del Ministro dell'Industria e del Commercio e dell'Artigianato (adesso Ministero per lo Sviluppo Economico) 3 maggio 2001 e il relativo allegato n. 1, recante "Rilascio della concessione dell'attività di distribuzione di energia elettrica e approvazione della annessa convenzione alla Acea Distribuzione S.p.A. per i comuni di Roma e Formello", in G.U. del 24 luglio 2001, n. 170 - Suppl. Ord. n. 200.

Precisamente Acea Distribuzione (denominazione originaria dell'attuale Areti S.p.A.) si è avvalsa della possibilità ex art. 9, comma 4, del D.lgs. n. 79/1999 cit., di chiedere e ottenere da "ENEL S.p.A. la cessione dei rami d'azienda dedicati all'esercizio dell'attività di distribuzione nei comuni nei quali [...] servi[va] almeno il venti per cento delle utenze" e ha, quindi e ai sensi della stessa disposizione normativa, richiesto il rilascio della concessione ministeriale per la distribuzione di energia elettrica nei comuni di Roma e Formello.]

¹⁰ [Cfr. la definizione ex art. 25-ter, D.lgs. n. 79/1999, cit.: "Gestore del sistema di distribuzione: qualsiasi persona fisica o giuridica responsabile della gestione, della manutenzione e dello sviluppo del sistema di distribuzione in una data zona e delle relative interconnessioni con altri sistemi, e di assicurare la capacità a lungo termine del sistema di soddisfare richieste ragionevoli di distribuzione di energia elettrica".]

¹¹ [Vd. doc. 4.]

¹² [Cfr. art. 2 Statuto AIGET (consultabile sul sito internet www.aiget.it).]

¹³ [Vd. doc. 29 (istanza di partecipazione) e doc. 31 (comunicazione di accoglimento dell'istanza).]

5. ENI S.p.A. (di seguito anche ENI), con sede legale a Roma, è una società attiva, in particolare, nella distribuzione e vendita di energia elettrica sul territorio nazionale. ENI, in accoglimento della relativa istanza, è stata ammessa, in qualità di interveniente, a partecipare al procedimento istruttorio¹⁴.

6. Axpo Italia S.p.A. (di seguito anche Axpo), in qualità di parte interveniente. Axpo, con sede legale a Milano, è un grossista idoneo¹⁵ per lo svolgimento, in particolare, dell'attività di acquisto e vendita di energia elettrica¹⁶. Axpo, in accoglimento della relativa istanza, è stata ammessa, in qualità di interveniente, a partecipare al procedimento istruttorio¹⁷.

7. Gala S.p.A. (di seguito anche Gala), con sede legale a Roma, è un grossista idoneo alle attività di libero mercato nel settore della vendita di energia elettrica e del gas¹⁸. Gala, in accoglimento della relativa istanza, è stata ammessa, in qualità di interveniente, a partecipare al procedimento istruttorio¹⁹.

8. Centro per i Diritti dei Cittadini - CODICI (di seguito anche CODICI), in qualità di interveniente. CODICI, con sede a Roma, è un'associazione nazionale a tutela degli interessi e dei diritti degli utenti e dei consumatori, iscritta al registro di cui all'articolo 137, D.lgs. n. 206/2005 e s.m.i. (c.d. Codice del Consumo)²⁰, riconosciuta come associazione nazionale di promozione sociale, ai sensi della legge n. 383/2000²¹, membro del BEUC - *Bureau Européen des Unions de Consommateurs* nonché componente del tavolo di confronto tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le associazioni consumatori del CNCU - Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti. CODICI, in accoglimento della relativa istanza, è stata ammessa, in qualità di interveniente, a partecipare al procedimento istruttorio²².

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

9. Il presente procedimento è stato avviato, il 4 maggio 2017²³, a seguito di alcune segnalazioni pervenute all'Autorità da singoli consumatori e dall'Associazione Italiana Grossisti e *Trader* - AIGET e dirette a denunciare comportamenti di AE finalizzati a favorire il passaggio della propria clientela servita in regime di maggior tutela verso offerte sul mercato libero della vendita di energia elettrica (di seguito ML). A questo scopo, AE avrebbe, in particolare, contattato clienti serviti in maggior tutela utilizzando liste di anagrafiche di cui essa sola può disporre, per proporre loro l'attivazione di offerte commerciali di fornitura di energia elettrica sul mercato libero. Le segnalazioni dei consumatori intendono dimostrare l'azione di AE volta, attraverso i propri *Teleseller*²⁴ o agenti c.d. porta a porta²⁵, a contattare la propria clientela o ex clientela servita in regime di maggior tutela e della quale dispone delle relative anagrafiche, per proporgli il passaggio a offerte sul proprio ML facendo anche leva sui vantaggi economici derivanti dall'integrazione verticale tra vendita e distribuzione²⁶ nonché sulla prossima abolizione del servizio di maggior tutela (di seguito anche SMT)²⁷.

10. La segnalazione pervenuta da parte di AIGET ha, altresì, denunciato la prassi - tipicamente seguita dalle società di vendita verticalmente integrate - di richiedere ai clienti, sia in fase di sottoscrizione del contratto che in caso di registrazione sulle piattaforme *on line* dedicate alla gestione della fornitura elettrica, il separato consenso al trattamento dei dati personali per finalità commerciali o di *marketing* in favore delle società del Gruppo e di società

¹⁴ [Vd. doc. 23 (istanza di partecipazione) e doc. 34 (comunicazione di accoglimento dell'istanza).]

¹⁵ [Il c.d. "cliente grossista [è] qualsiasi persona fisica o giuridica che acquista energia elettrica a scopo di rivendita all'interno o all'esterno del sistema in cui è stabilita" (cfr. art. 2, comma 3, del D.lgs. n. 79/1999 e s.m.i., cit.).]

¹⁶ [Vd. visura ordinaria della Società.]

¹⁷ [Vd. doc. 22 (istanza di partecipazione) e doc. 32 (comunicazione di accoglimento dell'istanza).]

¹⁸ [Vd. visura ordinaria della società.]

¹⁹ [Vd. doc. 23 (istanza di partecipazione) e doc. 34 (comunicazione di accoglimento dell'istanza).]

²⁰ [Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229", in G.U. dell'8 ottobre 2005, n. 235 - Suppl. Ord. n. 162. L'elenco a cui ci si riferisce nel testo è l' "Elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale", istituito presso il Ministero dello Sviluppo economico.]

²¹ [Legge del 27 dicembre 2000 n. 383, recante "Disciplina delle associazioni di promozione sociale", in G.U. del 27 dicembre 2000, n. 300.]

²² [Vd. doc. 29 (istanza di partecipazione) e doc. 31 (comunicazione di accoglimento dell'istanza).]

²³ [Vd. doc. 9 e 10.]

²⁴ [Vd., in particolare, doc. 1 e 6 (relativi alla stessa segnalazione); 3; 56; 74; 76 (relativi alla stessa segnalazione) e 84.]

²⁵ [Vd., in particolare, doc. 50-bis; 27; 79 e 151. Vd. anche doc. 2 relativo a disservizi nell'attivazione di un'utenza in regime di maggior tutela.]

²⁶ [Vd., in particolare, doc. 1 doc. 1 e 6 (relativi alla stessa segnalazione).]

²⁷ [Vd., in particolare, doc. 27.]

terze. Infatti, tali modalità di richiesta dei consensi non solo comporterebbero una disparità di trattamento nei confronti delle società terze, tenuto conto del fatto che di regola il cliente è indotto a ritenere che il rilascio del primo consenso sia necessario alla gestione del contratto di fornitura, ma contravverrebbero anche agli obblighi normativi e regolamentari di messa a disposizione non discriminatoria dei dati commercialmente sensibili imposti ai distributori di energia elettrica verticalmente integrati e alle società che, in regime di separazione societaria o attraverso strutture dedicate nell'ambito dello stesso soggetto giuridico, svolgono sia il SMT che l'attività di vendita di energia elettrica sul ML.

11. L'Associazione ha denunciato, più in generale, le distorsioni concorrenziali riconducibili a condotte, poste in essere da venditori di energia elettrica integrati con le società di distribuzione, finalizzate ad accelerare il processo di svuotamento del bacino di clienti ancora in maggior tutela mediante lo *"sfrutt[amento] a loro esclusivo vantaggio [de]i dati e [del]le informazioni di cui dispongono proprio in ragione della loro appartenenza a un medesimo gruppo societario [e allo svolgimento di attività in regime di monopolio legale]"*²⁸ (cfr. doc. 4). Sul punto, agli atti del presente procedimento è stato acquisito d'ufficio il video di un intervento del 21 marzo 2017 dell'allora Amministratore delegato di AE al convegno *"Liberalizzazione del Mercato Elettrico: più concorrenza per i cittadini utenti"*, organizzato dall'Associazione Ambiente e Società²⁹.

12. L'Autorità, sempre il 4 maggio 2017, ha, altresì, deliberato lo svolgimento di accertamenti ispettivi presso le sedi di Acea, AE e Areti S.p.A.³⁰ (la società di distribuzione di energia elettrica del Gruppo Acea) che sono stati compiuti l'11 maggio 2017³¹.

13. Con comunicazioni, inviate il 24 maggio 2017, sono state accolte le istanze di partecipazione al procedimento presentate dalle società Axpo e Gala e dall'Associazione di consumatori CODICI³².

14. Il 18 luglio 2017³³, inoltre, il Nucleo speciale *Antitrust* della Guardia di Finanza ha svolto, su incarico della Direzione, ulteriori accertamenti presso le sedi di alcune società di *teleselling* che, sulla base della documentazione ispettiva acquisita presso AE³⁴, risultavano essere ancora contrattualizzati dalla stessa per lo svolgimento di attività di *call center outbound*, sulla base di liste di anagrafiche di clienti fornite, in particolare, dalla stessa AE e finalizzata all'attivazione di offerte di fornitura di energia elettrica sul mercato libero.

15. Il 25 settembre 2017, Acea e AE (di seguito anche le Parti) hanno presentato impegni, ai sensi dell'articolo 14-ter, legge n. 287/1990³⁵, consistenti, in sintesi, nella disponibilità a condividere a pagamento con tutti i concorrenti che ne facessero espressa richiesta le liste di anagrafiche dei clienti del SMT che abbiano prestato il loro consenso al trattamento dei dati per finalità commerciali e iniziative promozionali da parte di Società diverse da quelle del Gruppo Acea³⁶. Le Parti si sono, inoltre, impegnate a dare esecuzione ai descritti comportamenti fino alla cessazione del regime di maggior tutela (allo stato fissata al 1° luglio 2019) e, comunque, non oltre i tre anni, decorsi i quali AE e Acea avrebbero valutato se prolungarli ulteriormente.

16. L'Autorità, con provvedimenti deliberati l'8 novembre 2017³⁷, ha rigettato i descritti impegni, in quanto insuscettibili di un'attuazione tempestiva, piena ed efficace e, quindi, complessivamente non idonei a eliminare i profili anticoncorrenziali individuati nella delibera di avvio dell'istruttoria, nonché in considerazione dell'interesse all'accertamento di eventuali infrazioni *antitrust* in una fase di superamento del regime di c.d. maggior tutela e, quindi, di definizione di nuovi assetti concorrenziali nei mercati della vendita di energia elettrica.

²⁸ [Cfr. doc. 4.]

²⁹ [Cfr. doc. 8. Il video è stato pubblicato sul seguente sito Internet: <https://www.youtube.com/watch?v=eV1kOAAIIDY&feature=youtu.be.>]

³⁰ [Vd. doc. 11, 15 e 19.]

³¹ [Vd. doc. 13 (verbale ispettivo presso la sede operativa di AE), 17 (verbale ispettivo presso la sede legale di AE) e 21 (verbale ispettivo di Acea).]

³² [Vd. supra note a piè di pagina 12, 13, 14, 17 e 19.]

³³ [Vd. doc. 55 e 58.]

³⁴ [Vd., in particolare, doc. 14.53, 14.55, 14.58, 14.61 e 14.62. (per un esempio per tutti vd. doc. 14.53).]

³⁵ [Vd. doc. 68. Con istanza pervenuta il 17 luglio 2017 Acea e AE hanno chiesto la proroga del termine per la presentazione degli impegni (vd. doc. 62).]

³⁶ [A questo fine, le Parti hanno dichiarato la disponibilità a impegnarsi: i) a rivedere i testi delle condizioni generali di contratto di fornitura in regime di maggior tutela, i testi delle web form utilizzati per la conclusione via internet dei contratti di fornitura in regime di maggior tutela, i testi degli script utilizzati dagli operatori che agiscono per suo conto, nell'ambito delle campagne di bonifica dei dati anagrafici presenti sul proprio sistema informatico e di campagne di customer survey rivolte alla clientela de SMT, così da assicurare al cliente, nel rispetto del Codice della privacy (Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 e s.m.i., recante "Codice in materia di protezione dei dati personali", pubblicato in G.U. del 29 luglio 2003, n. 174 - Suppl. Ord. n. 123), la corretta informazione, sulla possibilità di prestare il consenso al trattamento dei propri dati personali anche per finalità commerciali e iniziative promozionali di altre società di vendita di energia elettrica e ii) a chiedere, sempre nel rispetto del Codice della privacy, ai clienti del SMT e in occasione della stipula del contratto, delle campagne di customer survey, nonché durante lo svolgimento delle campagne di bonifica dei dati anagrafici della clientela del SMT, un unico consenso "aggregato" al trattamento dei dati per finalità commerciali e iniziative promozionali sia delle società del Gruppo Acea che di società terze di vendita di energia elettrica.]

³⁷ [Vd. doc. 82 e 83.]

17. Il 28 novembre e 5 dicembre 2017 è stata inviata una richiesta di informazioni ad Areti³⁸ che ha risposto con comunicazione pervenuta il 22 dicembre 2017³⁹ e successivamente integrata con comunicazioni del 14 febbraio 2018, 27 e 30 marzo 2018 e 17 maggio 2018⁴⁰. Il 18 dicembre 2017 e il 25 maggio 2018 è stata inviata una richiesta di informazioni anche all'Autorità di Regolazione per l'Energia Reti e l'Ambiente (di seguito ARERA) che ha risposto con comunicazione pervenute, rispettivamente, il 5 dicembre 2017 e il 7 giugno 2018⁴¹.

18. L'Autorità, con provvedimento del 10 gennaio 2018⁴² e sulla base di alcune evidenze documentali acquisite in sede ispettiva, ha deliberato l'estensione del procedimento alla disponibilità e sfruttamento commerciale da parte di AE di informazioni dettagliate e aggiornate in ordine all'effettiva consistenza della base clienti dei propri concorrenti nei mercati locali dove essa offre il SMT e che sono nell'esclusiva disponibilità della società consorella Areti, in quanto distributore nell'area metropolitana di Roma e nel Comune di Formello; sotto il profilo soggettivo l'istruttoria è stata di conseguenza estesa nei confronti di Areti, proprio in quanto unico soggetto che può detenere tale patrimonio informativo. In pari data, l'Autorità ha deliberato anche lo svolgimento di accertamenti ispettivi nelle sedi delle società Acea, AE e Areti, condotti il successivo 18 gennaio 2018⁴³.

19. Con delibera del 24 aprile 2018, l'Autorità ha disposto la proroga al 31 ottobre 2018 del termine di conclusione del procedimento⁴⁴.

20. Nel corso del procedimento sono state sentite in audizione davanti alla Direzione sia le Parti che i rappresentanti di ENI S.p.A. e di AIGET⁴⁵. La Direzione, con comunicazione inviata il 7 marzo 2018, ha convocato in audizione i rappresentanti di Areti e la società ha risposto, con comunicazione pervenuta il 21 marzo 2018⁴⁶, riservandosi di richiedere l'audizione in una fase più avanzata del procedimento.

21. Tutte le Parti e i soggetti intervenienti hanno, del pari, ripetutamente chiesto e ottenuto di esercitare il diritto di accedere alla documentazione del fascicolo istruttorio nel rispetto dei limiti di riservatezza indicati nel relativo indice⁴⁷. Con comunicazione del 26 marzo 2018, la Direzione ha rappresentato ad Areti - per consentirle il massimo esercizio del diritto di difesa nonché per permettere il corretto dispiegarsi del contraddittorio - la possibilità di accedere a ulteriore documentazione istruttoria rispetto a quella a cui la Società aveva già avuto accesso⁴⁸ ribadendo contestualmente la disponibilità allo svolgimento di un'audizione⁴⁹.

22. L'Autorità, il 26 luglio 2018, ha autorizzato, ai sensi dell'articolo 14, comma 1, D.P.R. n. 217/1998, l'invio alle Parti e a tutti i soggetti intervenienti della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (di seguito, CRI) con contestuale fissazione, al 27 settembre 2018, sia del termine di conclusione della fase di acquisizione degli elementi probatori, sia della data di svolgimento dell'audizione delle Parti davanti al Collegio.

23. A seguito di istanze presentate dalle società del Gruppo Acea il 6 agosto 2018⁵⁰, l'Autorità, con provvedimento dell'8 agosto 2018⁵¹, ha prorogato il termine di conclusione del procedimento al 15 novembre 2018⁵².

24. Con successivo provvedimento del 10 ottobre 2018⁵³, l'Autorità ha ulteriormente prorogato il termine di conclusione del procedimento al 30 dicembre 2018 per consentire, secondo la procedura di c.d. *Data Room*, alle società AE e Areti un più ampio accesso ai dati di *stock* e flussi della clientela acquisiti in atti, ai fini del pieno esercizio del diritto di difesa e del contraddittorio, come dalle stesse richiesto con comunicazioni pervenute, con riguardo ad AE ,

³⁸ [Vd. doc. 92; 126; 134 e 166. Una richiesta di informazioni è stata inviata anche ai distributori Ireti S.p.A. (vd. doc. 85), Inrete S.p.A. (vd. doc. 86) ed è stata integrata con successiva richiesta del 1° dicembre 2017 (vd. doc. 88, 89).]

³⁹ [Vd. doc. 99.]

⁴⁰ [Vd. doc. 129; 140; 141 e 175.]

⁴¹ [Vd. doc. 96; 101; 179 e 180]

⁴² [Vd. doc. da 102 a 107 compresi e 121 e 122.]

⁴³ [Vd. doc. 108; 111; 114 e 117.]

⁴⁴ [Vd. doc. da 155 a 161 compresi e 163.]

⁴⁵ [Vd. doc. 67 (audizione congiunta di Acea e AE); 87 (audizione di ENI); doc. 90 (audizione di AIGET).]

⁴⁶ [Vd. doc. 134 e 137.]

⁴⁷ [Per Acea e AE vd. doc. 53; 66; 93; 148 e 149; per ENI vd. doc. 63, 65, 75; 167; per Axpo vd. doc. 57; 174; per Gala vd. doc. 57; 173; per AIGET vd. doc. 60; 72; 178; per Areti vd. doc. 132; 139; 150, 152 e 182.]

⁴⁸ [Vd. doc. 132 (verbale di accesso agli atti di Areti del 28 febbraio 2018).]

⁴⁹ [Vd. doc. 138 e doc. 139 (verbale di accesso agli atti di Areti del 27 marzo 2018). A seguito dell'istaurazione, con comunicazioni inviate il 9 aprile 2018, di un contraddittorio con le società del Gruppo Acea parti del procedimento in merito al regime di riservatezza reciproca della documentazione, in particolare ispettiva, relativa a ciascuna di loro, la stessa è stata resa integralmente e reciprocamente accessibile (vd. doc. 143, 144 e 145) e tutte le società del Gruppo Acea parti del procedimento vi hanno avuto accesso (vd. doc. 148; 149; 150 e 151).]

⁵⁰ [Vd. doc. 204 e 207.]

⁵¹ [Vd. doc. da 201 a 217 compresi.]

⁵² [Il 13 agosto 2018 è stato comunicato alle Parti e a tutti i soggetti intervenienti la proroga del termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori e della data di audizione fissata al 24 ottobre 2018 (vd. doc. da 219 a 226 compresi).]

⁵³ [Vd. doc. da 309 a 316 compresi.]

il 27 settembre e 2 ottobre 2018⁵⁴ e, con riguardo ad Areti, il 4 e 8 ottobre 2018⁵⁵. La c.d. *Data Room* nell'interesse di AE si è svolta il 11 e il 12 ottobre 2018⁵⁶, mentre quella nell'interesse di Areti il 17 e 18 ottobre 2018⁵⁷.

25. Il 25 ottobre 2018 è stato comunicato alle Parti e a tutti i soggetti intervenienti la proroga del termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori e della audizione finale, fissati entrambi al 20 novembre 2018⁵⁸.

26. Il 20 novembre 2018 si è svolta l'audizione finale davanti al Collegio dei rappresentanti delle Parti e dei soggetti intervenienti che ne hanno fatto richiesta⁵⁹.

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

27. I paragrafi che seguono - dopo una descrizione dell'evoluzione normativa e regolamentare che ha interessato le attività di vendita di energia elettrica sancendo a livello nazionale, da ultimo con la legge sulla concorrenza, la definitiva liberalizzazione del mercato a partire dal prossimo 1° luglio 2019, termine poi posticipato al 1° luglio 2020⁶⁰ - illustrano, così come emergono dall'attività istruttoria svolta, le modalità con le quali il gruppo ACEA ha organizzato e gestito, anche attraverso condotte specifiche delle sue controllate, l'attività di vendita *retail* di energia elettrica nell'ambito di detto contesto evolutivo.

III.1 il processo di liberalizzazione dell'attività di vendita dell'energia elettrica in Italia: i rischi concorrenziali

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

29. 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 locale⁶¹. L'attività di distribuzione è svolta sulla base di una concessione, rilasciata dal Ministero per lo Sviluppo Economico, comprendente uno o più comuni. Le vigenti concessioni, assentite a più soggetti sul territorio nazionale, scadranno il 31 dicembre 2030.

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

31. Sotto il profilo delle modalità di offerta, l'attività di vendita di energia elettrica rappresenta un'attività a libero mercato (ML). All'offerta di mercato, ancora ad oggi si affiancano altresì, per i clienti domestici, un'offerta definita di "maggiore tutela" (SMT) con prezzo stabilito dal regolatore e i cui soggetti responsabili della fornitura sono individuati, *ope legis*, nei distributori localmente competenti (nella generalità dei casi il servizio è fornito da società collegate ai distributori locali, cfr. *infra*), e, per quelli non domestici, una di "salvaguardia", in cui i fornitori sono scelti tramite procedure di gara a evidenza pubblica su base territoriale⁶².

32. Nel corso del 2017 il progressivo processo di liberalizzazione di matrice eurounitaria⁶³ ha interessato anche l'attività di vendita al dettaglio di energia elettrica. E infatti, dopo una lunga fase di gestazione parlamentare, la legge n. 124/2017 (c.d. legge sulla concorrenza), in coerenza con la natura transitoria del regime della maggiore tutela, ne ha

⁵⁴ [Vd. doc. 233 e 234.]

⁵⁵ [Vd. doc. 243 e 249.]

⁵⁶ [Vd. doc. 286 (verbale di accesso agli atti di AE secondo la procedura di c.d. *Data Room*).]

⁵⁷ [Vd. doc. 306 (verbale di accesso agli atti di Areti secondo la procedura di c.d. *Data Room*).]

⁵⁸ [Vd. doc. da 324 a 331 compresi.]

⁵⁹ [Vd. 359 (verbale di audizione finale e relativi allegati).]

⁶⁰ [Art. 3 del testo coordinato del decreto-legge 25 luglio 2018, n. 91 con la legge di conversione del 21 settembre 2018 n. 108.]

⁶¹ [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".]

⁶² [Il servizio di salvaguardia è un istituto introdotto, per la prima volta, dall'art. 1, comma 4, del D.L. n. 73/2007, che a oggi è rivolto a tutti i clienti finali non domestici non aventi diritto (per le loro dimensioni) al SMT e che non abbiano scelto un fornitore di energia elettrica nel ML, i quali vengono serviti da un fornitore selezionato attraverso gara.]

⁶³ [Attraverso l'adozione di tre successivi "pacchetti" di direttive tra il 1996 e il 2009 (Direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996; Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003; Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009). In ambito nazionale, dopo il d.lgs. n. 79/1999 (c.d. "Decreto Bersani") che, in recepimento della Direttiva 96/92/CE (c.d. "primo pacchetto energia"), ha avviato il processo di apertura al mercato del settore elettrico nazionale e le correzioni apportate dalla legge n. 239/2004 (c.d. "Legge Marzano"), sono intervenuti: il D.L. n. 73/2007 (convertito con legge n. 125/2007), di recepimento della Direttiva 2003/54/CE (c.d. "secondo pacchetto energia"), e il d.lgs. n. 93/2011, di recepimento della Direttiva 2009/72/CE (c.d. "terzo pacchetto energia").]

disposto l'abolizione a decorrere dal 1° luglio 2019⁶⁴. La stessa legge ha, altresì, rimesso all'ARERA l'adozione delle necessarie disposizioni per assicurare al momento della cessazione, ai clienti finali precedentemente riforniti in regime di maggior tutela, un servizio di salvaguardia, da organizzare mediante procedure concorsuali per aree territoriali e a condizioni che incentivino il passaggio al mercato libero (cfr. articolo 1, comma 60)⁶⁵. Da ultimo, il c.d. decreto "mille proroghe" del settembre 2018 ha ulteriormente posticipato il termine per la fine della maggior tutela al 1° luglio 2020 (cfr. D.L. n. 91/2018, convertito in L. 108/2018 del 21 settembre u.s.).

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

33. Nel presupposto che le caratteristiche del settore e il lungo periodo precedente di gestioni nazionalizzate potessero rendere difficoltosa una immediata esposizione al libero mercato dell'attività di vendita, la normativa euro-unitaria e nazionale ha previsto un'evoluzione graduale del mercato, affinché gli utenti disponessero di un diritto concreto ed effettivo di scegliere il loro fornitore⁶⁶.

34. In particolare, in una prima fase del processo di liberalizzazione, le norme nazionali hanno previsto solo per una platea ristretta di grandi clienti la qualifica di utenti c.d. "idonei" (vale a dire autorizzati a scegliere il proprio fornitore); gli altri clienti rimanendo inizialmente "vincolati", in quanto obbligati ad acquistare energia elettrica in un regime pienamente e rigidamente regolato, potendo essere riforniti solo dal distributore territorialmente competente⁶⁷, che è unico per ogni ambito locale⁶⁸. Il numero dei clienti vincolati è stato poi nel tempo gradualmente ridotto, mediante la progressiva attribuzione della qualifica alternativa di cliente idoneo a un numero crescente di utenti, per poi essere estesa progressivamente a clienti non domestici sempre meno consumatori e, successivamente, essere attribuita anche ai clienti domestici o "civili", riconosciuti "idonei" a partire dal 1° luglio 2007⁶⁹.

35. La logica della "protezione" dei clienti ritenuti meno capaci non si è esaurita, tuttavia, dopo il riconoscimento della qualifica di clienti idonei; con il D.L. n. 73/2007 (convertito in L. n. 125/2007) è stato istituito il servizio pubblico di tutela dei piccoli clienti che, pur avendo la possibilità di scegliere il proprio fornitore, decidano di non esercitare tale facoltà.

Sia la normativa euro-unitaria sia quella nazionale hanno, infatti, previsto che fosse comunque garantito a questi utenti un servizio universale, definito come "il diritto alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili e trasparenti"⁷⁰. E' qui necessario sottolineare che la garanzia del servizio universale, detto anche di "tutela", viene esplicitamente ricondotta in numerosi passaggi delle direttive e delle

⁶⁴ [La legge sulla concorrenza è stata oggetto di un lungo iter parlamentare iniziato con la presentazione del relativo Disegno di Legge alla Camera dei Deputati il 3 aprile 2015 (D.d.L. n. 3012) e conclusosi con l'entrata in vigore, il 29 agosto 2017, della richiamata Legge n. 124/2017. Nel corso di tale percorso, la data di decorrenza della fine della maggior tutela è slittata da quella inizialmente fissata al 1° gennaio 2018 dal D.d.L. n. 3012 a quella del 1° luglio 2019, di cui al testo di legge approvato, termine infine ulteriormente slittato al 1° luglio 2020 (cfr. infra nel testo).]

⁶⁵ [L'art. 1, comma 68, della L. 124/2017 rimette a un decreto del Ministero dello Sviluppo Economico (previsto entro aprile 2018, ma che non è stato a oggi ancora emanato) la definizione delle "[...] misure necessarie a garantire la cessazione della disciplina transitoria dei prezzi di cui ai commi 59 e 60 e l'ingresso consapevole nel mercato dei clienti finali, secondo meccanismi che assicurino la concorrenza e la pluralità di fornitori e di offerte nel libero mercato".]

⁶⁶ [Così il Considerando (20) della seconda Direttiva (Direttiva 2003/54/CE): "I clienti dell'energia elettrica dovrebbero poter scegliere liberamente il loro fornitore. Nondimeno sarebbe opportuno seguire un approccio graduale per completare il mercato interno dell'energia elettrica al fine di consentire alle imprese di adeguarsi e garantire che siano poste in essere misure e sistemi adeguati per proteggere gli interessi degli utenti, e far sì che essi dispongano di un diritto reale ed effettivo di scegliere il loro fornitore".]

⁶⁷ ["Cliente vincolato è il cliente finale che, non rientrando nella categoria dei clienti idonei, è legittimato a stipulare contratti di fornitura esclusivamente con il distributore che esercita il servizio nell'area territoriale dove è localizzata l'utenza" (D.lgs. 79/1999, art. 2, comma 7).]

⁶⁸ [Al fine di razionalizzare la distribuzione dell'energia elettrica, è rilasciata una sola concessione di distribuzione per ambito comunale. [...] (D.lgs. 79/1999, art. 9, comma 3). Il distributore, a sua volta, doveva approvvigionarsi di energia per la rivendita ai clienti vincolati esclusivamente ricorrendo a un unico fornitore (non a caso denominato "Acquirente Unico") e non poteva decidere autonomamente il prezzo di vendita dell'energia elettrica ai clienti vincolati, dovendo applicare una tariffa unica valida a livello nazionale fissata dal regolatore di settore.].

⁶⁹ [In particolare, fin dall'entrata in vigore del decreto Bersani (1999), venne prevista la immediata attribuzione della qualifica di clienti idonei non solo a utenti intermediari (grossisti, distributori), ma anche a un primo gruppo di utenti finali molto grandi, che consumavano più di 30 GWh annui (D.lgs. n. 79/1999, art. 14, commi 1 e 2). Il Bersani specificava altresì le date per il successivo riconoscimento della medesima qualifica a clienti di dimensioni via via minori, ancorché sempre molto consistenti. Il medesimo articolo del decreto prevedeva infatti che dal 1° gennaio 2000 diventassero clienti idonei gli utenti che consumavano più di 20 GWh annui (comma 3) e dal 1° gennaio 2002 quelli che ne consumavano più di 9 (comma 4). Successivamente, la legge Marzano, in ciò riprendendo quanto già stabilito dalla seconda direttiva comunitaria, ha previsto che diventassero clienti idonei tutti gli utenti non domestici a partire dal 1° luglio 2004 e tutti i clienti finali, ivi inclusi i clienti domestici, a partire dal 1° luglio 2007.].

⁷⁰ [Così l'art. 3, comma 3 della Direttiva 2003/54/CE: "Gli Stati membri provvedono affinché tutti i clienti civili e, se gli Stati membri lo ritengono necessario, le piccole imprese (vale a dire aventi meno di 50 dipendenti e un fatturato annuo o un totale di bilancio non superiore a 10 milioni di euro) usufruiscano nel rispettivo territorio del servizio universale, cioè del diritto alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili e trasparenti. Per garantire la fornitura del servizio universale, gli Stati membri possono designare un fornitore di ultima istanza [...]".]

leggi di liberalizzazione del mercato elettrico al dettaglio allo svolgimento di un *servizio pubblico*, per ottemperare al quale gli operatori interessati vengono gravati di *obblighi* corrispondenti⁷¹.

36. Il comma 3 dell'articolo 1 del D.L. n. 73/2007 riassume tutte le caratteristiche salienti del servizio nazionale di tutela, ricondotto esplicitamente al servizio universale previsto dalla normativa comunitaria ed erogato, previo approvvigionamento di energia presso l'Acquirente Unico, unicamente dal distributore o da una sua società di vendita, in ottemperanza a obblighi di servizio pubblico: *"Per garantire le disposizioni comunitarie in materia di servizio universale, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas indica condizioni standard di erogazione del servizio e definisce transitoriamente, in base ai costi effettivi del servizio, prezzi di riferimento per le forniture di energia elettrica ai clienti di cui al comma 2 [...], che le imprese di distribuzione o di vendita, nell'ambito degli obblighi di servizio pubblico, comprendono tra le proprie offerte commerciali"* [enfasi aggiunta, n.d.r.]⁷². Infine, e sempre in aderenza al dettato europeo, la normativa nazionale di recepimento ha previsto l'automatica applicazione del servizio di maggior tutela anche in favore delle *"imprese connesse in bassa tensione, aventi meno di cinquanta dipendenti e un fatturato annuo non superiore a dieci milioni di euro"*⁷³.

37. Quanto alle condizioni generali di approvvigionamento e vendita della fornitura in maggior tutela, le linee fissate dal D.L. n. 73/2007 sono state successivamente riprese dal D.lgs. n. 93/2011⁷⁴, di recepimento della Direttiva 2009/73/CE. In particolare, l'articolo 35, commi 1 e 2, del D.lgs. n. 93/2011, ha confermato il ruolo svolto dall'Acquirente Unico ("AU"), il quale approvvigiona la materia prima destinata ai clienti riforniti nell'ambito del servizio di maggior tutela. Sulla base dei relativi costi di approvvigionamento, viene definito mensilmente un prezzo medio dell'energia (c.d. prezzo di cessione) che viene poi trasferito alle imprese di vendita dei distributori locali, esercenti la maggior tutela, secondo le direttive dell'Autorità di regolazione di settore.

38. Il regolatore fissa in particolare, con cadenza trimestrale, il prezzo che i clienti del mercato tutelato devono corrispondere all'esercente la maggior tutela in termini di materia prima energia, trasporto, gestione del contatore e oneri di sistema, al netto delle imposte. Il regolatore stabilisce altresì periodicamente una componente che i clienti "tutelati" devono corrispondere per coprire i costi sostenuti dagli esercenti la maggior tutela per svolgere le attività di gestione commerciale della clientela⁷⁵.

39. In conclusione, per quanto qui più rilevante, il SMT costituisce un servizio pubblico di durata transitoria per il cui assolvimento sono stati, *ope legis*, incaricati i distributori (o società di vendita da questi indicate) e che, predisposto per i piccoli clienti che non intendano scegliere autonomamente il proprio fornitore sul ML, prevede: (i) un unico fornitore per ogni ambito locale (i.e. il distributore o la società dallo stesso incaricata); (ii) l'obbligo per gli esercenti la maggior tutela di approvvigionarsi di energia dall'Acquirente Unico che, a sua volta, deve cedere loro l'energia nel rispetto delle direttive dell'Autorità di regolazione; (iii) l'obbligo per l'esercente la maggior tutela di rivendita dell'energia ai clienti tutelati al prezzo unico nazionale stabilito dall'Autorità di regolazione in base ai costi effettivi del servizio⁷⁶.

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

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

⁷¹ [La seconda direttiva elettrica (2003/54/CE), dopo aver fatto un riferimento analogo nel Cons. (24), definisce il perimetro e le modalità del servizio universale all'art. 3, recante "Obblighi relativi al servizio pubblico e tutela dei consumatori", nel quale si consente, al comma 2, agli Stati membri, "nell'interesse economico generale" di "imporre alle imprese che operano nel settore dell'energia elettrica obblighi relativi al servizio pubblico concernenti [...] la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture [...]". Ancor più esplicita è la terza direttiva (2009/72/CE), che al Cons. (42) parla espressamente, per clienti civili e piccole imprese, della necessità di "beneficiare di garanzie relative al servizio pubblico", replicando le previsioni della precedente direttiva all'art. 3, anch'esso recante "Obblighi relativi al servizio pubblico e tutela dei consumatori". È importante sottolineare, tuttavia, come sia la seconda che la terza direttiva, dopo aver previsto la possibilità di imporre obblighi di servizio pubblico per garantire la tutela dei consumatori, si preoccupino di specificare che tali disposizioni "vengono attuate in maniera trasparente e non discriminatoria e non ostacolano l'apertura del mercato prevista dall'articolo [...]". (Direttiva 2003/54/CE, art. 3, comma 2; Direttiva 2009/72/CE, art. 3, comma 3).]

⁷² [Come sottolineato, la norma citata rimarca la natura transitoria del servizio di maggior tutela, evidenziando il carattere altrettanto transitorio della potestà tariffaria dell'Autorità di regolazione.]

⁷³ [Cfr. art. 1, comma 2, D.L. n. 73/2007. Per questa ragione, le imprese esercenti la maggior tutela distinguono, tipicamente, tra clienti domestici e non domestici, quest'ultimi denominati anche "BT altri usi" o "micro/soho", dove "soho" è acronimo di "small office/home office".]

⁷⁴ [Decreto Legislativo 1° giugno 2011, n. 93, cit..]

⁷⁵ [Tale componente (c.d. "PCV" - Prezzo Commercializzazione e Vendita) è parametrata a un livello corrispondente ai costi medi attribuibili alle imprese di vendita che operano nel mercato libero e si applica in misura fissa (euro/anno). Di tale componente corrisposta dalla clientela in maggior tutela, tuttavia, solo una parte va effettivamente a remunerare gli esercenti la maggior tutela (c.d. componente "RCV" - Remunerazione Commercializzazione e Vendita) per i costi di commercializzazione da questi sostenuti, mentre la parte restante rappresenta una voce di compensazione a credito, in bolletta, per tutti i clienti del mercato elettrico, tanto in maggior tutela, quanto con contratto di mercato libero (componente c.d. "DispBT"). Più precisamente, la c.d. "DispBT" è una componente della tariffa di dispacciamento, si applica in misura fissa (euro/anno) a credito del cliente e, per le utenze in abitazioni di residenza anagrafica, anche all'energia consumata (euro/kWh).]

⁷⁶ [Vd. il richiamato art. 1, comma 3, D.L. n. 73/2007, sul punto confermato dal D.lgs. n. 93/2011 di recepimento della Direttiva 2009/73/CE.]

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

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

41. La prima misura prevista è consistita nell'imposizione alle società di distribuzione dell'obbligo di separare, *"quantomeno sotto il profilo della forma giuridica"*, l'attività di distribuzione da quella di vendita, introdotto dall'articolo 15 della Direttiva 2003/54/CE⁷⁷.

42. La Direttiva 2009/72/CE ha successivamente rafforzato, in parziale riforma della precedente Direttiva del 2003, gli obblighi di separazione imposti alle società di distribuzione di energia elettrica che siano parte di un gruppo verticalmente integrato, al fine specifico di impedire il trasferimento di vantaggi concorrenziali derivanti dalla gestione di infrastrutture essenziali per lo sviluppo del mercato elettrico dal distributore alla società di vendita del gruppo di appartenenza⁷⁸. Sono quindi stati previsti in capo ai soggetti distributori: **(a)** obblighi di c.d. separazione funzionale, diretti a distinguere nettamente l'ambito dell'attività di distribuzione in monopolio rispetto a quello delle società di vendita, integrandoli, altresì, con l'imposizione dell'obbligo per le società di distribuzione di separare le proprie politiche di marchio e di comunicazione rispetto a quelle della società consorella operante nella fornitura di energia elettrica, qualora esse siano idonee a creare nel pubblico confusione tra l'identità del distributore e quella del venditore verticalmente integrati (articolo 26, comma 3 della Direttiva, c.d. obbligo di *brand unbundling* o *"debranding"*) e **(b)** obblighi sul trattamento di informazioni commercialmente sensibili. L'articolo 27 della Direttiva, al fine di prevenire il rischio di indebiti trasferimenti di vantaggi informativi tra imprese integrate nella distribuzione e vendita al dettaglio di energia elettrica, ha infatti confermato l'obbligo, per le imprese di distribuzione, di *"riservatezza sulle informazioni commercialmente sensibili acquisite nel corso della sua attività"* integrandolo con l'obbligo per il distributore *"di impedire che le informazioni concernenti le proprie attività, che potrebbero essere commercialmente vantaggiose, vengano divulgate in modo discriminatorio"* (di cui già all'articolo 12 della prima Direttiva di liberalizzazione 96/92/CE e poi all'articolo 16 della successiva Direttiva 2003/54/CE).

ii. Le misure previste nell'ordinamento interno

La separazione societaria fra attività di distribuzione e attività di vendita

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

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

44. Con il D.lgs. n. 93/2011 il Legislatore nazionale ha recepito⁷⁹, fra le altre, la Direttiva 2009/72/CE, introducendo i principi di separazione funzionale cui deve conformarsi il soggetto distributore integrato nella vendita ivi contenuti, esplicitamente evidenziandone la necessità come derivante dal rischio che i vantaggi dell'integrazione potessero alterare la concorrenza⁸⁰. Inoltre, in quella sede il Legislatore nazionale ha esteso l'obbligo di separazione del marchio e delle politiche di comunicazione anche al rapporto tra l'attività di vendita di energia elettrica sul mercato libero e quella in regime di maggior tutela, indipendentemente dal fatto che tali due attività siano svolte in regime di separazione societaria o nell'ambito dello stesso soggetto giuridico⁸¹. Del resto, la peculiarità della disciplina italiana

⁷⁷ [L'obbligo della sola separazione societaria tra attività di distribuzione e di vendita di energia elettrica è stato poi ribadito dall'art. 26 della Direttiva 2009/54/CE e dall'art. 38, comma 1, del D.lgs. n. 93/2011 di recepimento.]

⁷⁸ [Scopo dichiarato delle misure di unbundling funzionale è infatti di impedire il trasferimento, da parte dei distributori e in favore della società di vendita, di vantaggi concorrenziali derivanti dalla gestione di infrastrutture essenziali per lo sviluppo del mercato elettrico; vd. Considerando (26) della Direttiva 2009/72/CE, cit..]

⁷⁹ [Il termine entro cui gli Stati membri dovevano rendere vigenti le disposizioni legislative regolamentari e amministrative attuative della Direttiva era fissato dalla stessa al 3 marzo 2011 (vd. art. 49 della Direttiva 2009/72/CE, cit.). Si ricorda che l'Italia, il 26 febbraio 2015, è stata destinataria di una lettera della Commissione europea di costituzione in mora (ex art. 258 TFUE) per il non corretto recepimento della stessa Direttiva 2009/72/CE (e dell'omologa Direttiva nel settore del gas 2009/73/CE) anche con riguardo alla mancata applicazione della normativa europea in materia di separazione del marchio tra distribuzione e vendita. La procedura si è conclusa il 29 settembre 2016.]

⁸⁰ [Cfr. art. 38, comma 2 e art. 41, D.lgs. n. 93/2011, cit..]

⁸¹ [Art. 41, D.lgs. n. 93/2011: "Le politiche di comunicazione e di marchio relative all'attività di vendita ai clienti del mercato libero ovvero ai clienti riforniti nell'ambito del servizio di maggior tutela di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 18 giugno 2007, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2007, n. 125, non devono creare confusione tra i rami d'azienda ovvero tra le società che svolgono le suddette attività. Le informazioni concernenti ciascuna attività, che potrebbero essere commercialmente

che prevede che il distributore possa assicurare il servizio di maggior tutela attraverso apposite società di vendita ha fatto sì che nella maggior parte dei casi non sia direttamente il distributore a fornire alla clientela finale il servizio pubblico - regolato - di maggior tutela; ciò ha reso necessario declinare la necessità di evitare rischi confusori anche con specifico riguardo alle due modalità di vendita nel mercato *retail*, a pena di vanificare la *ratio* della disciplina comunitaria⁸². La gestione della maggior tutela, poi, ad eccezione del gruppo Enel (che ha identificato due distinte società per la gestione della MT⁸³ e della vendita a ML⁸⁴), è svolta, in tutti gli altri casi, attraverso la medesima società che effettua la vendita nel libero mercato.

45. Le specifiche disposizioni regolamentari in materia di *unbundling* funzionale sono state poi adottate dal regolatore nazionale, in attuazione dei principi normativi, solo nel 2015, con la Delibera del 22 giugno 2015 n. 296/2015/r/com e il relativo allegato "A" (recante il c.d. "TIUF", Testo Integrato *Unbundling* Funzionale), la quale ha integrato le precedenti disposizioni in materia disponendo una serie di obblighi, con diverse scadenze temporali, in materia di obblighi di separazione del marchio, delle politiche di comunicazione e delle modalità di svolgimento delle attività commerciali da applicarsi alle imprese di distribuzione di energia elettrica verticalmente integrate nel mercato a valle della vendita⁸⁵.

46. La Delibera n. 296/2015 è stata oggetto di contenziosi amministrativi che hanno determinato ulteriori ritardi nell'effettiva attuazione delle disposizioni di c.d. *brand unbundling*. In particolare, le disposizioni ivi contenute sulla separazione degli spazi commerciali tra attività di vendita in maggior tutela e attività sul mercato libero (cfr. *infra*, articolo 17 TIUF) sono state oggetto di una sospensiva risolta solo con la sentenza 27 novembre 2017, n. 5519 del Consiglio di Stato. Con detta sentenza, tra l'altro, il giudice amministrativo ha definitivamente risolto il contenzioso avverso il TIUF, incardinato dalle società del Gruppo Enel, ritenendo infondata l'eccezione di incostituzionalità per eccesso di delega (in violazione dell'articolo 76 Cost.) dell'estensione dell'obbligo di separazione funzionale al settore della vendita di energia elettrica, come pure l'eccezione di violazione del principio di proporzionalità⁸⁶.

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

47. La previsione euro-unitaria relativa alla segregazione delle informazioni commercialmente sensibili è stata recepita nell'ordinamento nazionale con l'articolo 38 comma 2, lett. b), del D.lgs. n. 93/2011. Con la richiamata norma, il Legislatore nazionale ha esteso l'obbligo di trattamento non discriminatorio delle informazioni

vantaggiose, sono divulgate in modo non discriminatorio. Nel caso in cui una stessa società eserciti attività di vendita al mercato libero e al mercato tutelato, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas adotta i provvedimenti necessari affinché la stessa società non possa trarre vantaggio competitivo sia nei confronti dei clienti finali sia sotto il profilo delle valutazioni che la stessa Autorità effettua in materia di qualità del servizio, rispetto a un assetto societario in cui le due attività siano attribuite a società distinte appartenenti a uno stesso gruppo. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas vigila sul rispetto delle disposizioni di cui al presente comma".]

⁸² *[In tal senso deve essere letta la sentenza del Consiglio di Stato di cui alla prossima nota.]*

⁸³ *[Enel Servizio Elettrico S.p.A., ora Servizio Elettrico Nazionale S.p.A..]*

⁸⁴ *[Enel Energia S.p.A..]*

⁸⁵ *[Escludendo i soli gestori di sistemi di distribuzione chiusi e i distributori che servono meno di 25.000 punti di prelievo, la Delibera prevede:*

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

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

c) l'estensione, a decorrere dal 1° gennaio 2017 (termine poi prorogato al 1° gennaio 2017 dalla Delibera ARERA del 22 giugno 2016, n. 327/2016/R/EEL, limitatamente all'obbligo di separazione funzionale a carico delle imprese di vendita di energia elettrica ai clienti del mercato libero e ai clienti finali nell'ambito del servizio di maggior tutela) del medesimo obbligo di brand unbundling a carico delle imprese di vendita di energia elettrica che operano sia il SMT, sia vendono sul ML. Per le imprese che svolgono entrambe le attività di vendita nell'ambito del medesimo soggetto giuridico, pur vigendo l'obbligo di separazione del marchio, delle politiche di comunicazione, della denominazione sociale, del marchio, della ditta, dell'insegna e degli altri segni distintivi dell'impresa è, tuttavia, fatto salvo il "rispetto dell'unicità dei segni distintivi dell'impresa" (art. 17.7 e 17.8);

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

⁸⁶ *[Infatti, il Consiglio di Stato ha respinto l'eccezione secondo cui "la norma UE non darebbe poteri regolatori ai regolatori nazionali, rivolgendosi direttamente alle imprese [...]. Tale assunto è scorretto poiché la normativa stessa non lascia alle imprese spazi discrezionali di autoregolamentazione ma si rivolge al legislatore nazionali e alle ANR [Autorità Nazionali di Regolazione, n.d.r.]" (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 5519/2017, cit.).]*

commercialmente sensibili anche alle società di vendita che, in regime di separazione societaria o nell'ambito dello stesso soggetto giuridico, svolgono sia l'attività di esercente il SMT che di vendita di energia elettrica sul ML⁸⁷.

48. Il Regolatore, in esecuzione della predetta competenza attribuitagli dal D.lgs. n. 93/2011, ha rafforzato le previgenti disposizioni in materia di riservatezza dei dati sensibili nella disponibilità del distributore prevedendo⁸⁸:

a. l'obbligo per il Gestore Indipendente del sistema di distribuzione di individuare, in modo chiaro, le informazioni commercialmente sensibili concernenti la sua attività tra le quali devono rientrare, *"in maniera non esclusiva"*, le informazioni elencate alle lettere da a) a d) dell'articolo 18 TIUF che, in sostanza, attengono ai dati identificativi dei punti di prelievo (POD) e a quelli sulla morosità del cliente;

b. l'obbligo di garantire la riservatezza di tali informazioni nei confronti dell'impresa di vendita verticalmente integrata tramite: (i) la separazione delle banche dati relative all'attività di distribuzione dell'energia elettrica dalle banche dati dell'impresa verticalmente integrata e delle altre imprese del gruppo societario cui questa appartiene. Tale separazione deve essere realizzata *"tramite l'utilizzo di infrastrutture separate fisicamente o comunque separate con procedure di tipo logico tali da garantire un livello di segregazione equivalente a quello ottenibile con la separazione fisica"*; (ii) consentendo l'accesso solo a soggetti autorizzati dal Gestore Indipendente e adeguatamente tracciato; (iii) prevedendo adeguate procedure aziendali definite dal Gestore Indipendente;

c. l'obbligo di garantire l'accesso non discriminatorio a questo tipo di informazioni da parte di soggetti terzi o dell'impresa di vendita verticalmente integrata mediante processi regolati e mettendole a disposizione tramite il Servizio Informativo Integrato (SII)⁸⁹.

49. Avuto riguardo, infine, all'obbligo di trattamento non discriminatorio che il Legislatore nazionale ha imposto anche tra attività di vendita in regime di MT e sul ML, l'Autorità di regolazione ha stabilito il divieto di trasferimento tra le imprese o le strutture aziendali che, rispettivamente, svolgono il SMT e l'attività di vendita di energia elettrica sul ML delle informazioni commercialmente sensibili *"se non tramite procedure, stabilite dalla legge o dall'Autorità [ARERA, n.d.r.], che assicurino la [loro] riservatezza e la [loro] messa a disposizione non discriminatoria"*⁹⁰; queste procedure non sono state, a oggi, adottate.

III. 1.3 La natura strategica dell'utilizzo per finalità commerciali dei dati di contatto degli utenti del SMT

50. In Italia, a oggi quindi, oltre un decennio dalla liberalizzazione del mercato *retail* (intesa come estensione a tutti gli utenti elettrici della qualifica di c.d. cliente idoneo), il servizio regolato di maggior tutela costituisce ancora la modalità prevalente di fornitura energetica, in particolare, per i clienti domestici. Si registra segnatamente una generale resistenza ad abbandonare il regime regolamentato, sebbene con una linea di tendenza crescente a favore dei passaggi a ML negli ultimi anni. Secondo i dati diffusi dal regolatore di settore ARERA, nel 2017 ancora il 59% dei clienti domestici erano riforniti in maggior tutela, mentre tale percentuale è pari al 46% per i clienti *business* di piccole dimensioni (c.d. clienti "BT altri usi")⁹¹.

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

⁸⁷ [Cfr. art. 41, comma 1, secondo periodo, D.lgs n. 93/2011: "[...] Le informazioni concernenti ciascuna attività che potrebbero essere commercialmente vantaggiose, sono divulgate in modo non discriminatorio. Nel caso in cui una stessa società eserciti attività di vendita al mercato libero e al mercato tutelato, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas adotta i provvedimenti necessari affinché la stessa società non possa trarre vantaggio competitivo sia nei confronti dei clienti finali sia sotto il profilo delle valutazioni che la stessa Autorità effettua in materia di qualità del servizio, rispetto a un assetto societario in cui le due attività siano attribuite a società distinte appartenenti a uno stesso gruppo. L'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas vigila sul rispetto delle disposizioni di cui al presente comma". Anche in proposito, il Consiglio di Stato ha definitivamente deciso il contenzioso avverso il TIUF, incardinato dalle società del Gruppo Enel, ritenendo infondata l'eccezione di incostituzionalità per eccesso di delega dell'estensione dell'obbligo di separazione funzionale al settore della vendita di energia elettrica, come pure l'eccezione di violazione del principio di proporzionalità (vd. Consiglio di Stato, sentenza n. 5519/2017, cit.).]

⁸⁸ [Cfr. art. 18 TIUF.]

⁸⁹ [Per il caso di processi regolati per i quali non sia previsto l'utilizzo del SII, il TIUF rimette al Gestore Indipendente l'individuazione delle modalità di messa a disposizione delle informazioni da quibus compatibili con il SII ovvero utilizzando standard di comunicazione definiti dall'Autorità di regolazione laddove presenti (cfr. art. 19.2 TIUF). Del pari, è rimessa al Gestore Indipendente la responsabilità di individuare, nelle relazioni commerciali non soggette a regolazione, le modalità di messa a disposizione delle informazioni commercialmente sensibili in maniera non discriminatoria sulla base di standard compatibili con il SII, dandone evidenza sul sito internet (cfr. art. 19.4 TIUF). Infine, è previsto che l'accesso a questa categoria di informazioni "da parte dell'impresa verticalmente integrata o di terzi, anche sulla base di obblighi di legge, al di fuori delle modalità descritte è consentita in casi opportunamente individuati dal Gestore Indipendente secondo procedure interne codificate e tracciate [e la relativa tracciatura] deve essere conservata per cinque anni" (cfr. art. 19.5 TIUF).]

⁹⁰ [Cfr. art. 22 TIUF.]

⁹¹ [Cfr. Rapporto ARERA 117/2018/I/COM, "Monitoraggio dei mercati della vendita al dettaglio dell'energia elettrica e del gas. Rapporto al Ministro dello Sviluppo Economico, ai sensi del comma 66, Articolo 1 della Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2017" del 1° marzo 2018, p. 24.]

sostituibili con eventuali informazioni/liste su clientela potenziale, ottenute da fonti terze, cui manca la profilazione come utenti elettrici del SMT.

III.2. LE EVIDENZE ACQUISITE

52. Nei paragrafi seguenti - dopo la ricostruzione del contesto organizzativo, industriale, commerciale e strategico in cui si inseriscono le condotte oggetto di contestazione - sono riassunte le evidenze istruttorie comprovanti la pianificazione e realizzazione da parte del Gruppo Acea di una strategia commerciale diretta a consentire alla propria società di vendita di perseguire l'obiettivo di gestire in proprio favore il passaggio degli utenti del SMT verso il proprio ML attraverso lo sfruttamento di *asset* aziendali che le derivano unicamente dalla sua attività di esercente il SMT, nonché dall'integrazione verticale con il distributore Areti.

53. La documentazione in atti permette di ricostruire univocamente e nel dettaglio la strategia di c.d. svuotamento della maggior tutela, perseguito da AE sfruttando per finalità commerciali liste di anagrafiche di utenti del SMT di cui è stato previamente acquisito il consenso al trattamento dei dati personali per scopi di *marketing* di AE. La strategia è stata, precisamente, strutturata in due passaggi successivi: il primo finalizzato alla c.d. presa del consenso *privacy* dei clienti del SMT per scopi commerciali e, il secondo, all'inserimento dei contatti così "consensati" in liste di anagrafiche trasmesse da AE ai propri *Teleseller* perché li chiamassero al fine di proporre loro la sottoscrizione di forniture energetiche sul ML di AE. L'attività di c.d. presa del consenso *privacy* per scopi commerciali è stata svolta da AE attraverso diverse modalità: organizzando iniziative di c.d. bonifica *outbound* delle anagrafiche degli utenti del SMT; organizzando iniziative di ricontatto per scopi di *customer survey* degli utenti del SMT che hanno chiamato il numero verde a loro dedicato; incrociando *database* pubblici (c.d. DBU) e privati con quelli interni ad AE (e relativi anzitutto alle anagrafiche dei soggetti serviti in maggior tutela o sul proprio ML) in modo da scremare i soli clienti del SMT; ricontattando i clienti contattati da Acea800 S.r.l.; utilizzando la modulistica contrattuale del SMT o quella predisposta per il rilascio del consenso *privacy* e per l'iscrizione al portale di servizi *My Acea* (unico per i clienti del ML e per gli utenti del SMT).

54. Del pari, ampie sono le evidenze in merito all'esistenza di un costante scambio di informazioni tra Areti e AE, che ha dato luogo all'utilizzo, nell'ambito dei piani strategici di AE, di dati sull'esatta consistenza numerica della base clienti dei principali venditori di energia allacciati alla rete distributiva di Areti e, quindi, concorrenti di AE. Queste informazioni, che hanno determinato una trasparenza sull'evoluzione delle dinamiche di mercato a solo vantaggio delle Parti nella fase delicatissima di programmata cessazione del SMT, sono state, infatti, sistematicamente utilizzate da AE nella pianificazione della propria strategia commerciale focalizzata sul c.d. "svuotamento", a proprio vantaggio, della base clienti servita in maggior tutela (vd. dettagliatamente *infra* § III.2.2 c)).

III.2.1 Il contesto organizzativo/industriale e strategico in cui si inseriscono le condotte di Acea

55. La documentazione in atti consente, preliminarmente, di ricostruire alcuni aspetti salienti delle scelte aziendali e strategiche del Gruppo Acea nella cui cornice si sono inserite le condotte in contestazione e che si sono rivelati del tutto coerenti e funzionali rispetto al fine abusivo perseguito, connotandone ulteriormente la gravità. Sotto questo profilo rilevano, in particolare: (a) l'evoluzione organizzativo/societaria del Gruppo Acea nel settore elettrico; (b) la strategia commerciale/industriale pianificata dallo stesso Gruppo per fronteggiare le previste modifiche dell'assetto del mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica; (c) le principali caratteristiche/potenzialità del nuovo sistema informativo, utilizzato dal dicembre 2015; (d) la gestione unitaria delle attività di vendita di energia elettrica e (e) l'organizzazione commerciale di vendita dei servizi elettrici utilizzata dalla società AE.

a) L'assetto societario del Gruppo Acea sui mercati interessati

56. Il Gruppo Acea è attualmente articolato nella capogruppo Acea S.p.A. e in un insieme di Società con cui opera nel settore energetico, idrico e ambientale e delle quali detiene direttamente e/o indirettamente tutto o parte del pacchetto azionario⁹². Con specifico riferimento al settore elettrico, il gruppo appartiene al novero dei soggetti operanti nella vendita con una struttura integrata nell'attività di distribuzione a monte (*venditore integrato*); l'articolazione societaria del Gruppo Acea ha subito nel tempo successive riorganizzazioni, in parallelo al progredire del descritto processo di liberalizzazione del settore elettrico.

57. Nel mercato a monte della distribuzione di energia elettrica, a seguito dell'entrata in vigore del primo pacchetto europeo di liberalizzazione, recepito dal c.d. Decreto Bersani, il Gruppo Acea ha costituito la società Acea Distribuzione S.p.A. che, nel 2001, ha ottenuto il rilascio della concessione ministeriale trentennale per la distribuzione di energia elettrica nei comuni di Roma e Formello⁹³. Acea Distribuzione S.p.A., a partire dal 1° luglio 2016, ha modificato la

⁹² [La storia industriale dell'attuale Gruppo Acea inizia con la costituzione, agli inizi del 1900, dell'Azienda Elettrica Municipale (AEM) del Comune di Roma, con l'obiettivo di produrre e fornire energia per l'illuminazione pubblica e privata. AEM assumerà, in seguito, la denominazione di AEG, Azienda elettrica del Governatorato di Roma e, quindi di AGEA, Azienda governatoriale elettricità e acque e, nel dopoguerra, di ACEA - Azienda Comunale dell'Elettricità e delle Acque per diventare, infine, nel 1989 Acea - Azienda Comunale Elettricità e Ambiente. La capogruppo Acea S.p.A. deriva dalla trasformazione in società per azioni dell'Azienda Speciale A.C.E.A. - Azienda Comunale Energia & Ambiente, avvenuta ai sensi dell'art. 22, comma 3, lett. e), della Legge 8 giugno 1990, n. 142, recante "Ordinamento delle Autonomie locali", in G.U. del 12 giugno 1990, n. 135. Suppl. Ord. n. 42.]

⁹³ [Vd. Decreto del Ministro dell'Industria e del Commercio e dell'Artigianato (adesso Ministero per lo Sviluppo Economico) 3 maggio 2001 e il relativo allegato n. 1, recante "Rilascio della concessione dell'attività di distribuzione di energia elettrica e approvazione della

propria denominazione sociale in Areti S.p.A. in ottemperanza al già richiamato obbligo di separazione delle politiche di comunicazione commerciale e di marchio tra l'attività di distribuzione e di vendita di energia elettrica, imposto ai distributori verticalmente integrati nella vendita di energia elettrica.

58. Nel mercato a valle della vendita di energia elettrica ai clienti finali, il Gruppo Acea opera mediante l'unica società Acea Energia S.p.A., attuale denominazione della precedente Aceaelectrabel Elettricità S.p.A.⁹⁴, della quale ha continuato a svolgere sia l'attività di esercente il SMT che di vendita ai clienti finali sul ML.

59. Da ultimo, il Gruppo ha dato seguito all'obbligo di separazione funzionale tra l'attività di esercente il SMT e quella di venditore sul ML conservando il marchio storico Acea Energia, per l'attività sul ML e adottando, dal 1° gennaio 2017, quello di "Servizio Elettrico Roma" per la fornitura di elettricità in regime di maggior tutela, come rappresentato di seguito (fig. 1).

Figura n. 1: marchi AE sul MT e sul ML e loro modifiche nel tempo



b) La strategia commerciale/industriale del gruppo Acea a fronte della liberalizzazione del mercato della vendita di energia elettrica

60. Ampie evidenze istruttorie, che dettagliano la strategia commerciale di AE e di Acea per il periodo oggetto di istruttoria, concordando tutte nell'individuare l'obiettivo focale della società di vendita nel **"promuovere il passaggio dei clienti dal mercato tutelato al mercato libero di Acea Energia"** (enfasi aggiunte). In particolare, sia nel Piano Commerciale di AE per il 2017-2018⁹⁵ che, in termini coincidenti, nel Piano Industriale per il periodo 2016-2020 della capogruppo Acea - presentato alla riunione del Consiglio di Amministrazione dell'11 marzo 2016 - si legge testualmente: **"Mercato tutelato. La Customer Base Mass Market tutela prevede una discesa per effetto della naturale progressione degli switch vs il mercato libero. Il fenomeno si intensifica nel 2017 per effetto delle azioni di AE previste a Piano (incentivazione allo switching vs mercato libero e lock-in del cliente dopo lo switching)"**⁹⁶. I documenti di pianificazione commerciale di AE e della Capogruppo Acea per il periodo 2016-2021, stabiliscono, di

annessa convenzione alla Acea Distribuzione S.p.A. per i comuni di Roma e Formello", in G.U. del 24 luglio 2001, n. 170 - Suppl. Ord. n. 200.]

⁹⁴ [La modifica della denominazione sociale è intervenuta nel 2011 a esito del processo di riorganizzazione del Gruppo conseguente allo scioglimento della società comune Aceaelectrabel S.p.A. e all'acquisto, da parte di Acea S.p.A., del controllo esclusivo di Aceaelectrabel Elettricità S.p.A. (vd. provvedimento n. 22041, del 19 gennaio 2011, relativo all'operazione di concertazione C10892 - Acea/Aceaelectrabel-Ramo di azienda di Aceaelectrabel Produzione, in Bollettino n. 3/2011). Il Gruppo, infatti, operava inizialmente con due distinte società, entrambe controllate da Aceaelectrabel S.p.A. (società comune tra il Gruppo Acea e il Gruppo Gaz de France Suez) e, precisamente con Aceaelectrabel Elettricità S.p.A., per la vendita ai c.d. clienti vincolati, e con Aceaelectrabel Energia S.p.A. per la vendita ai c.d. clienti liberi. Nel 2005, Aceaelectrabel Energia S.p.A. è stata fusa per incorporazione in Aceaelectrabel Elettricità S.p.A. la quale, dal 1° luglio 2007 e a seguito dell'estensione della qualifica di cliente idoneo anche ai clienti c.d. vincolati e della contemporanea previsione in loro favore del SMT, ha svolto sia l'attività di venditore di energia elettrica sul ML che quella di esercente la maggior tutela.]

⁹⁵ [Cfr. doc. 18.40 e doc. 18.15, cit..]

⁹⁶ [Cfr. doc. 18.41, intitolato "Consiglio di Amministrazione Acea Spa 11 marzo 2016. Piano Industriale 2016-2020".]

conseguenza, l'obiettivo *target* della società di vendita nel **"promuovere il passaggio dei clienti dal mercato tutelato al mercato libero di Acea Energia"** (enfasi aggiunte) e **"allo stesso tempo si dovranno intensificare le azioni di win back verso i clienti a elevato valore passati alla concorrenza"** (grassetto nel testo)⁹⁷.

61. In merito, è, del pari, particolarmente significativo il documento predisposto, sempre dalla Capogruppo Acea, per selezionare il soggetto a cui affidare l'incarico di rinnovare il marchio del Gruppo e di studiare il nuovo marchio di AE dedicato al servizio di maggior tutela. Il documento, infatti, premette all'individuazione degli obiettivi che l'aggiudicatario della commessa dovrà perseguire, la seguente breve analisi del posizionamento di mercato e delle strategie commerciali di AE: *"Tutti i clienti serviti sul mercato tutelato appartengono al segmento Retail (utenze domestiche e piccole partite IVA). Oltre il [omissis%] dei clienti sul mercato libero appartiene al segmento retail e per la maggior parte è ubicato a Roma e Provincia, dove la forza del brand Acea è senza dubbio rilevante. Alcune migliaia di clienti del mercato libero sono aziende di medie e grandi dimensioni ubicate [in territori diversi da Roma e Provincia]. In questo segmento di mercato, guidato prevalentemente da trattative di tipo tecnico [...], il peso del brand e la comunicazione assumono un ruolo non prioritario per l'acquisizione e il mantenimento dei clienti. [...] Gli obiettivi principali di Acea Energia sono: incentivare il passaggio dei clienti di Acea Energia dal mercato tutelato al mercato libero [...], contenere il rischio del passaggio verso il mercato libero dei principali concorrenti (Enel ed Eni su tutti) [...]; [...]"*⁹⁸ (enfasi aggiunte).

62. La razionalità economica dell'acquisizione di un cliente sul mercato libero risiede nell'imminenza del passaggio obbligatorio di tutti i clienti della MT al ML. L'incentivo a "traghetare" il maggior numero di clienti dal SMT al proprio ML si accentua con l'approssimarsi dell'abrogazione del SMT (all'epoca fissato al 1° luglio 2019). Infatti, se in termini generali un cliente passato sul ML è un cliente più facilmente contendibile da parte dei concorrenti, nella prospettiva della fine della maggior tutela l'eventualità per AE di perdere comunque il cliente tutelato spinge l'impresa ad anticipare il suo passaggio al ML, prima che altri operatori acquisiscano tale cliente. Inoltre, come si dirà meglio di seguito, il vantaggio del *first mover* e le informazioni privilegiate detenute dal Gruppo consentono ad AE di selezionare tra i clienti MT quelli più "sicuri" in termini di solvibilità.

63. La convenienza di questa strategia di "spostamento" della clientela servita a condizioni di maggior tutela su contratti a mercato libero, al fine di aumentare le proprie quote in tale segmento di offerta esposto alla competizione, è tanto evidente da essere oggetto non solo di riflessioni strategiche interne, ma anche di espliciti posizionamenti pubblici da parte dei vertici di AE. Come già ricordato in precedenza, è stato acquisito d'ufficio in atti il video di un intervento del 21 marzo 2017 dell'allora Amministratore delegato della Società al convegno *"Liberalizzazione del Mercato Elettrico: più concorrenza per i cittadini utenti"*, nel corso del quale l'AD ha definito la strategia di AE per affrontare il definitivo superamento del SMT come **"un piano per trasferire da qui al 2018 la maggior parte dei clienti possibili sul mercato libero selezionando nella platea dei clienti quelli più convenienti, quelli che pagano meglio che hanno minor rischio credito perché di fronte a questo scenario proviamo a difendere il valore degli azionisti. [...]"**⁹⁹.

64. La plausibilità di questo scenario consente alla Società di fare anche una serie di riflessioni pubbliche sulle possibili controindicazioni di alcune ipotesi al momento in discussione a livello parlamentare sulle modalità di cessazione del SMT, e segnatamente sullo scenario delle aste: in proposito l'AD di Acea ha osservato che: *"è presentato in maniera un po' approssimativa [...] come se fosse la panacea di tutti i mali quella di avviare la tutela a un sistema di aste che invece al contrario comporta più rischi che benefici, perché quando rimarranno i residui dei clienti - questo serbatoio svuotato - [...] lì si concentreranno anche tutti i rischi: i rischi di credito, il rischio di operatori che non sapranno fare milioni di fatture [...]"* (enfasi aggiunte)¹⁰⁰.

65. Con riguardo alle concrete modalità di attuazione della descritta strategia, lo strumento per il perseguimento di tale scopo industriale è prioritariamente individuato, nei richiamati documenti programmatici, nello sfruttamento intensivo dei vantaggi derivanti ad AE dallo svolgimento in esclusiva legale del SMT. A questo fine, infatti, come si dirà meglio nel seguito, è stata prevista e messa in atto una preliminare attività di sistematizzazione e razionalizzazione del database dei clienti tutelati, finalizzata, oltre che alla acquisizione dai medesimi del consenso *privacy* per esser contattati a scopo commerciale, anche alla loro profilazione in modo da selezionare il *target* di riferimento (anche in termini di affidabilità creditizia) su cui concentrare la campagna per il relativo "spostamento" dal SMT a offerte di fornitura energetica sul ML di AE.

66. In merito, infatti la strategia commerciale di AE prevede che si proceda: *"[all'] Analisi del data base e [alla] definizione del target"* da realizzarsi *"negli ultimi mesi del 2016 [sullo] intero data base dei clienti di Roma attraverso: Analisi di tutti i dati disponibili sulle forniture di tutela (consumo, potenza, indirizzo, ecc...); Filtro clienti in base alle informazioni interne/esterne su rating e solvibilità, verifica dati di contattabilità (indirizzo,*

⁹⁷ [Cfr. doc. 18.40.

* Nella presente versione alcuni dati/informazioni sono omessi o individuati in forma di range di valori o con perifrasi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza degli stessi.]

⁹⁸ [Cfr. doc. 18.31.]

⁹⁹ [Cfr. doc. 8.]

¹⁰⁰ [Cfr. ibidem.]

mail telefono)" (enfasi aggiunte). Il documento prosegue stabilendo di sfruttare questo processo di sistematizzazione/razionalizzazione della base clienti di AE per: **a)** ottenere liste *in cluster* di clienti mediante la loro "segmentazione su [specifico applicativo informatico di profilazione]"; **b)** "arricchi[re] [i] dati e dei riferimenti di contattabilità dei clienti" e **c)** "Geolocalizza[re] [il] target individuato" (grassetto nel testo): "una volta identificato il segmentato il target di riferimento (mkt + mkl concorrenza) verranno messe in campo tutte le azioni commerciali [...]"¹⁰¹.

67. La coerenza dei piani commerciali/industriali di AE elaborati per il periodo 2015/2018 trova ulteriore conferma nel fatto che la verifica della loro effettiva implementazione rientrasse, del pari, tra le questioni aperte all'attenzione del Direttore Commerciale della Società come comprovano, ad esempio, il punto n. 7 dei suoi *open points* della settimana diciotto del 2016 (2-8 maggio 2016), dove si legge: "Piano commerciale 2016 - piano in Road Map WIP: report monitoraggio avanzamento azioni mensile - pronto entro il 30 aprile" (cfr. punto n. 7)¹⁰².

68. All'interno del gruppo Acea si pongono quindi in atto tutte le attività prodromiche alla realizzazione degli obiettivi operativi - in termini di utilizzo del *database* a fini di categorizzazione e selezione dei relativi clienti, acquisizione del consenso, utilizzo di diversi canali commerciali per le proposte commerciali a libero mercato. In tal senso, di seguito si illustrano alcuni aspetti tecnico-organizzativi (in termini di sistemi informativi e di canali di vendita implementati) utilizzati dal gruppo Acea ai fini dell'attuazione della strategia dichiarata.

c) Le caratteristiche dei sistemi informativi del gruppo Acea, con particolare riguardo alla trattazione del *database* dei clienti in MT

69. Il Gruppo Acea, a partire dall'aprile del 2014, ha avviato un programma di generale rinnovamento e armonizzazione dei propri sistemi informativi, denominato ACEA2PUNTOZERO e incentrato sull'ottimizzazione dei sistemi di gestione delle relazioni con i clienti e di loro fidelizzazione (il c.d. *Customer Relationship Management* o CRM¹⁰³). La centralità di questo sforzo di efficientamento informatico ai fini del rilancio commerciale del Gruppo Acea soprattutto nel settore elettrico è confermato dal significativo investimento finanziario richiesto per la sua realizzazione ("oltre [omissis] di euro di cui circa [omissis]" di euro per la nuova piattaforma informatica che gestisce i clienti del SMT¹⁰⁴).

70. I profili di maggiore interesse istruttorio di questo rinnovamento tecnologico del Gruppo Acea sono, anzitutto, quelli attinenti alla gestione dei *database* relativi, rispettivamente, ai clienti serviti in regime di maggior tutela e ai clienti finali allacciati (tramite i rispettivi venditori) alla rete di distribuzione di Areti. In proposito, infatti, come chiarito anche dai rappresentanti di AE in sede ispettiva, la Società dall'inizio di dicembre 2016 dispone di un nuovo sistema informativo che gestisce in modo integrato sia i clienti del SMT (il c.d. *Customer Relationship Management* o CRM) sia il relativo processo di fatturazione (il c.d. *billing*). Di conseguenza, tale sistema informativo, "pur gestendo un *database* distinto da quello di Areti interagisce con il relativo *database* per la necessità di relazione fra il sistema di misura e quello di fatturazione"¹⁰⁵. Il Progetto [...] ha così realizzato la convergenza in un unico sistema [...] di due modelli di mercato distinti e complessi (Distribuzione Elettrica e Vendita in Maggior Tutela) [...]"¹⁰⁶.

¹⁰¹ [Cfr. *ibidem* e doc. 18.15, cit..]

¹⁰² [Cfr. doc. 119.35. Vd. anche doc. nn.: 119.15 e 119.34, relativi agli *open points* del Direttore Commerciale di AE per la settimana n. 42 del 2016 (17-23 ottobre), dove si legge: "Piano commerciale 2017-2018 piano in Road Map To do: previsto report monitoraggio avanzamento azioni mensile per il 17 ottobre, con dataset aggiornato al 30 settembre 2016 (cfr. punto n. 5); 18.20, relativo agli *open points* del Direttore Commerciale di AE per la settimana n. 46 del 2016 (14-20 novembre) dove si legge: "Piano commerciale 2017-2018 piano in Road Map To do: previsto report monitoraggio avanzamento azioni mensile per il 30 novembre, con dataset aggiornato al 31 ottobre 2016 [...]" (cfr. punto n. 5); 119.16 e 119.35, relativo agli *open points* del Direttore Commerciale di AE per la settimana n. 18 del 2016 (2-8 maggio) dove si legge: "Piano commerciale 2016 - piano in Road Map WIP: report monitoraggio avanzamento azioni mensile - pronto entro il 30 aprile" (cfr. punto n. 7); 119.44, relativo agli *open points* del Direttore Commerciale di AE per la settimana n. 25 del 2016 (20-26 giugno), dove si legge: "Piano commerciale 2016-Piano in Road Map Rolling: presentazione report monitoraggio avanzamento azioni mensile previsto per il 15 luglio, con dataset aggiornato al 30 giugno 2016 [...]"].

¹⁰³ [In termini generali, il concetto di "Customer Relationship Management" (CRM) o gestione delle relazioni con i clienti è legato al concetto di fidelizzazione dei clienti. L'obiettivo del CRM è quello di porre il cliente al centro dell'attenzione, fornendogli gli strumenti più funzionali e all'avanguardia per interagire con l'azienda e raccogliendo tutte le informazioni utili a riguardo in un *database* che verrà continuamente aggiornato e consultato per rispondere al meglio alle esigenze della clientela.]

¹⁰⁴ [Cfr. allegato 3 al doc. 17 (dichiarazioni orali dell'allora Presidente/Responsabile Area Energia di ACEA di AE verbalizzate nel corso dell'accertamento ispettivo svolto presso la sede legale di AE l'11 maggio 2017). "L'idea di fondo era quella di avere un sistema IT più integrato possibile, per superare uno «spezzatino» di innumerevoli sistemi differenti che si erano stratificati nel tempo, anche per effetto delle acquisizioni. Per la riorganizzazione dei sistemi IT, la scelta è caduta su SAP, per ragioni molto concrete: «Oltre a vantare un verticale molto valido dedicato alle utility, si tratta di un venditore solido, che offre in questo senso ottime garanzie di continuità nell'accompagnarci nel nostro percorso di evoluzione» sottolinea Irace [l'allora AD di AE] [...]. [...] la centralizzazione su SAP ha portato alla dismissione di più di 30 sistemi preesistenti, con la realizzazione di un'infrastruttura SAP Hana di 51 tera byte, con 52 server e 340 TB di storage [...]" (cfr. intervista pubblicata on line sul sito internet <http://www.datamanager.it/2017/03/acea-2-0-la-digitalizzazione/>).]

¹⁰⁵ [Cfr. allegato 3 al doc. 17 (dichiarazioni orali rese e sottoscritte dal Presidente/AD e dal Responsabile Business Process Improvement di AE nel corso dell'accertamento ispettivo presso la sede legale di AE dell'11 maggio 2017 e allegate al relativo verbale ispettivo).]

¹⁰⁶ [Cfr. doc. 119.5 e 18.65 (allegato a un'e.mail del 13 aprile 2017 inviata dal Responsabile del Presidio legale di AE al Presidente di AE e intitolato "Bozza. Assemblea degli azionisti ACEA del 27 aprile 2017. Possibili domande/argomenti che potrebbero essere sollevate/affrontate nel corso dell'Assemblea"). Le dichiarazioni del Presidente/Responsabile Area Energia di ACEA di AE in merito alle

71. Il Gruppo Acea ha, pertanto, optato per una separazione non già fisica, ma solo logica dei sistemi informatici relativi alle due attività regolate (distribuzione e servizio di vendita in maggior tutela), come conferma la presentazione delle "Linee Strategiche Area Reti 2017-2021", predisposta per il CdA della Capogruppo del febbraio 2017, dove si legge che: "Nell'ambito del percorso di rinnovamento, centralizzazione e standardizzazione dei processi e sistemi informativi intrapreso con il Programma ACEA2PUNTOZERO, è stato realizzato il progetto di convergenza degli ambiti societari di Areti e Acea Energia/Mercato Tutelato su di un unico sistema, sul quale ciascuna società opera con differenti responsabilità e ownership di dati, secondo il modello cosiddetto Unbundling logico «Organizzativo» [...]"¹⁰⁷.

I clienti del ML sono invece gestiti "da un sistema differente denominato [omissis], che risale al 2008"¹⁰⁸.

72. Altro aspetto significativo dell'ammodernamento informatico del Gruppo Acea è stata la creazione, nell'ambito della piattaforma informativa condivisa tra AE e Areti, di "una funzione specifica denominata [omissis] mediante la quale è possibile categorizzare i clienti del database del tutelato nonché di quello del libero in base ad alcune caratteristiche «esterne» di rilievo dal punti di vista del marketing, che consente quindi di creare alcuni cluster ovvero liste specifiche di clienti; tra le informazioni utilizzate ai fini della definizione delle liste vi sono anche quelle derivanti dalla eventuale morosità/comportamenti dei clienti nei pagamenti (ovvero i dati relativi alle fatturazioni) nonché anche informazioni esterne sulla solvibilità dei clienti assunte da CERVED"¹⁰⁹ (enfasi aggiunte).

73. Peraltro, le modalità di funzionamento dell'applicativo di profilazione della clientela sono confermate anche da un audit report¹¹⁰ che indaga sotto numerosi aspetti se la "gestione delle informazioni commercialmente sensibili del Servizio di Maggior Tutela [è] conforme alle prescrizioni dell'articolo 102 del TFUE e dell'articolo 22 del TIUF. [...]" e che è stato redatto a seguito dell'avvio del presente procedimento e della conseguente attività ispettiva, in esito ad un'attività di verifica interna ad AE svolta su "richiesta del Presidente di Acea con nota del 29 maggio 2017"¹¹¹.

74. Questo documento, infatti, descrive tale applicativo come segue: "tra i sistemi informativi che includono dati del SMT è stato recentemente implementato [da AE un applicativo di profilazione della clientela] [...] [che] consente di sviluppare un servizio personalizzato sui bisogni individuali del cliente e di costruire una profilazione della clientela aggiornata in tempo reale con le informazioni di back end e integrata con le informazioni di contatto provenienti a canali tradizionali e non [...]. [Tale applicativo] è alimentato anche da dati provenienti dai sistemi gestionali per la clientela delle diverse aziende del Gruppo, per i servizi forniti da ciascuna. [...] per il settore energetico i diversi mercati di riferimento (Gas, ML e SMT). Nei documenti di analisi funzionale è riportato che il sistema, nella profilazione del portafoglio clienti per la gestione delle campagne di marketing, replica al suo interno [...] i dati dei vari sistemi sorgenti tra cui quelli nei quali risiedono le informazioni commercialmente sensibili del servizio di maggior tutela (enfasi aggiunta). Attraverso [questo applicativo] è possibile ottenere l'esportazione delle informazioni relative ai contatti (es. Nome, Cognome, C.F., numero di telefono)"¹¹².

75. La successiva sezione dello stesso report, relativa alla descrizione dei canali commerciali per la promozione e vendita di forniture energetiche sul ML, sottolinea poi come AE utilizzi contratti di teleselling che prevedono, a carico

potenzialità commerciali del nuovo sistema informativo integrato SMT/Distribuzione trovano, in particolare, conferma in un documento ispettivo intitolato "RFO 2017. Acea Energia. 07/12/2016", predisposto dall'Unità Pianificazione e controllo di gestione della Società e che descrive nei termini seguenti "i principali benefici commerciali [del sistema informativo di gestione integrata dei clienti del SMT e del distributore Areti] [...] [e dell'applicativo per la profilazione del portafoglio clienti]: profilazione prospect e clienti individuano target distintivi a cui rivolgersi con offerte, messaggi e canali; arricchimento delle informazioni grazie alla raccolta dei dati durante le interazioni; consolidamento della customer journey e analisi del comportamento del cliente" (cfr. allegato al doc. 18.43. intitolato RFO 2017 Area Energia. Roma - 07/12/2016. Pianificazione e controllo di gestione". Il documento è, precisamente, allegato a una e-mail interna, inviata il 21 gennaio 2017, al Presidente di AE, anche Direttore dell'Area Energia del Gruppo Acea).]

¹⁰⁷ [Cfr. gli identici documenti 18.7 e 18.23, intitolati "Consiglio di Amministrazione ACEA SpA Febbraio 2017. Linee Strategiche Area Reti 2017-2021" e, in particolare, la slide 26. Con riferimento a questo documento afferente alla strategia industriale del distributore Areti, si deve anche osservare che esso è stato acquisito nel corso dell'accertamento ispettivo dell'11 maggio 2017 presso la sede legale di AE e, precisamente, nella postazione dell'allora suo Presidente che, successivamente, sarebbe stato nominato Presidente del Consiglio di amministrazione proprio di Areti nell'ottobre 2017.]

¹⁰⁸ [Cfr. gli identici documenti 18.7 e 18.23, cit. e, in particolare, la slide 26. Precisamente e come spiegato sempre dai Rappresentanti di AE in occasione dell'ispezione svolta l'11 maggio 2017 presso la sede legale della Società: "l'abilitazione alle piattaforme denominate [omissis] e [omissis] indica l'accesso ai dati dei clienti del mercato libero, mentre l'abilitazione alla piattaforma denominata [omissis] [omissis] l'accesso ai dati dei clienti in maggior tutela" (cfr. allegato 3 al doc. 17, dichiarazioni orali rese e sottoscritte dal Responsabile Risorse Umane e AE e dell'Area Energia del Gruppo Acea nel corso dell'accertamento ispettivo dell'11 maggio presso la sede legale di AE).]

¹⁰⁹ [Cfr. allegato 3 al doc. 17 (dichiarazioni orali rese e sottoscritte dal Presidente/Responsabile Area Energia di ACEA nel corso dell'accertamento ispettivo presso la sede legale di AE dell'11 maggio 2017 e allegate al relativo verbale ispettivo), cit..]

¹¹⁰ [Vd. doc. 119.61; 119.62; 119.63 e 119.64.]

¹¹¹ [Cfr. doc. 119.64 e 119.62 (pag. 4). La richiesta in oggetto è stata inviata dal Presidente di Acea/Responsabile Area Energia di ACEA "al Responsabile della Funzione Audit e, per conoscenza, all'Amministratore Delegato, al Presidente di Acea Energia, al presidente del Comitato di Controllo e Rischi di Acea S.p.A. e al Presidente del Collegio di Acea Spa (cfr. ibidem). Vd. anche doc. 119.2 relativo alla riunione di apertura del 7 giugno 2017 in merito all'attività di audit nei confronti di AE di cui è prevista la durata di sette settimane.]

¹¹² [Cfr. doc. 119.63 (pag. 29) e 119.61 (pag. 31). Sempre nell'audit report, si legge che questo applicativo per la profilazione del portafoglio clienti è "lo strumento che consente di sviluppare un servizio personalizzato sui bisogni individuali del cliente e di costruire una profilazione della clientela aggiornata in tempo reale con le informazioni provenienti dai sistemi di back end e integrata con le informazioni di contatto provenienti da canali tradizionali e non (social e web)".]

dell'agente, l'obbligo di subordinare la positiva conclusione di nuovi contratti alla preventiva verifica dello stato di solvibilità del cliente, utilizzando un apposito applicativo fornito da AE (vd. *infra* §. I.B.III.2.1.e)).

76. Del resto, e come del pari già rilevato nella sezione relativa alla descrizione degli obiettivi strategici di AE (vd. *supra* §. I.B.III.2.1.b)), non solo la società di vendita ma la stessa Capogruppo hanno ritenuto centrale *"la valorizzazione della customer base"* incentrata sui seguenti punti: *"politica commerciale orientata all'acquisizione di clienti a elevato valore; progressivo abbandono dei segmenti non sostenibili (PA, clienti business basso rating, ecc...); forte selezione dei clienti in ingresso per contenere il rischio credito"*¹¹³ (enfasi aggiunta).

d) *La gestione unitaria delle attività di vendita di energia elettrica*

77. Le evidenze acquisite rivelano una gestione sostanzialmente unitaria da parte di AE delle attività di esercente il SMT e di venditore sul ML: in particolare, emerge sia che le informazioni da trasmettere alla Capogruppo per la predisposizione di documenti di rendicontazione dell'attività di vendita di energia elettrica sono gestite dalle stesse persone e con documenti unici, sia la possibilità di accessi promiscui al *data base* dei clienti serviti in regime di maggior tutela. Questo tipo di gestione promiscua delle due attività da parte di AE è stata evidentemente il presupposto che ha reso possibile alla forza vendita di AE - come si mostrerà nel prosieguo - di utilizzare contatti tutelati per iniziative commerciali sul ML.

78. L'unitarietà della gestione dei due segmenti di attività emerge, ad esempio, dalla richiesta e dal puntuale riscontro - con scambio di *e.mail* del 20 aprile 2017 tra il Responsabile *Credits, Collections and Administration* della Capogruppo Acea e il Responsabile *Marketing* e il Responsabile Commerciale di AE - di *"una presentazione gestionale sui dati del 1° Trimestre 2017 per il prossimo Cda di Acea Energia. Si tratta di slide che avevamo già fatto in occasione del bilancio 2016 e che normalmente vengono predisposte dalle vostre unità. A breve [...] vi invierò le slides da aggiornare che vi chiedo di restituirci entro stasera"*¹¹⁴. Le *slide* che sono fornite in risposta contengono anche istogrammi relativi all'andamento della base clienti di AE, distinguendo tra SMT e ML dal primo trimestre 2016 al primo trimestre 2017 (quindi aggiornate alla data dello scambio di *e-mail*), e con l'indicazione dell'attività da perseguire *"Obiettivo 2017: massimizzare lo spostamento dei clienti dalla tutela al libero"*¹¹⁵. Anche il miglioramento del c.d. tasso di *churn* è, dallo stesso documento, imputato a un insieme di azioni tra cui, anzitutto, la *"Variazione del mix acquisitivo privilegiando l'acquisizione di clienti su Roma e intensificando le azioni di passaggio dei clienti Acea da Tutela a Libero"*¹¹⁶ (enfasi aggiunta).

79. I citati documenti testimoniano, quindi, la disponibilità da parte dell'Unità *Sales, Marketing & Credit* di AE e delle sue articolazioni di informazioni di dettaglio relative a clienti serviti in regime di maggior tutela da utilizzare per iniziative commerciali sul mercato libero, nonché l'utilizzo diacronico e aggiornato delle informazioni in ordine alla consistenza della base clienti su entrambi i segmenti di mercato per la predisposizione dei propri documenti di rendicontazione aziendale e di pianificazione delle azioni commerciali future¹¹⁷.

80. L'organizzazione interna di AE, pertanto, non ha distinto tra SMT e ML ai fini della pianificazione, attuazione e monitoraggio delle relative politiche di *marketing*, consentendo, consapevolmente, che fosse possibile a un'unica unità organizzativa la raccolta e l'analisi delle informazioni relative a entrambi i mercati, a loro volta, fondamentali per la definizione delle successive iniziative di *marketing* da assumere in attuazione dei piani di sviluppo della Società in termini di margini, volumi e quote di mercato. Le osservazioni in proposito fatte nel citato *audit* interno del luglio/settembre 2017 confermano peraltro l'esistenza di una significativa commistione nel trattamento di informazioni sensibili relative al SMT e al ML¹¹⁸, nonché di carenze nelle procedure per il corretto accesso al sistema informativo di gestione dei clienti del SMT¹¹⁹.

¹¹³ [Cfr. 18.25 *e-mail* interna del 31 gennaio 2017 indirizzata al Presidente AE/Responsabile Area Energia ACEA e al Direttore Commerciale AE a cui è allegato il documento intitolato "Consiglio di Amministrazione ACEA SpA 06 febbraio 2017. Linee strategiche Area energia 2017-2021, 23 gennaio 2017".]

¹¹⁴ [Cfr. doc. 119.11 e, in particolare, la slide intitolata "Evoluzione Customer Base".]

¹¹⁵ [Cfr. *ibidem*.]

¹¹⁶ [Cfr. *ibidem* e, in particolare, la slide intitolata "Andamento Churn Rate (EE)".]

¹¹⁷ [Una conferma dell'osmosi informativa tra unità aziendali che avrebbero dovuto essere tra loro rigorosamente separate e impermeabili, si trova del resto anche nel già citato report audit del luglio/settembre 2017, il quale, nel descrivere le responsabilità e l'articolazione dell'Unità *Sales Marketing & Credit Collection* di AE, rileva l'esistenza di un'unica struttura "di marketing, che definisce le strategie di marketing per il ML e ha, tra gli altri, il compito di monitorare la Customer Satisfaction di tutti i clienti di Acea Energia e di assicurare le politiche di comunicazione per entrambi i mercati" (enfasi aggiunta; cfr. doc. 119.64 (pag. 9) e 119.62 (pag. 9)).]

¹¹⁸ [In particolare, la relazione sottolinea che "le procedure e le istruzioni operative di Acea Energia, al momento dell'analisi di audit, non includono indicazioni per gli operatori interessati dall'utilizzo delle informazioni commercialmente sensibili relative al servizio di maggior tutela" e, di conseguenza, il report raccomanda di "prevedere una specifica policy aziendale o integrare le procedure e le istruzioni operative esistenti al fine di assicurare la riservatezza e la messa a disposizione non discriminatorie delle informazioni commercialmente sensibili e l'obbligo di ciascuno di assicurare a riservatezza delle stesse e l'utilizzo conforme al TIUF". Cfr. doc. 119.63 (pag. 21) e 119.61 (pag. 22).]

¹¹⁹ [Nel predetto report si legge infatti che "Sono stati, inoltre, analizzati i ruoli assegnati al personale appartenente alle seguenti Unità di Acea Energia i cui compiti non dovrebbero essere rivolti alla gestione della clientela sul MT [enfasi aggiunta]: Vendite; Energy Management; Marketing; Commerciale [come] a titolo esemplificativo Team Leader Back Office interno AE; Team Leader Call Center Interno; Operatore Call Center; Operatore Back Office Acea8cento (per l'Unità Vendite e per quella Commerciale); Operatore Credito AE

81. Dallo stesso report emergono altresì le potenziali commistioni nell'uso delle anagrafiche di utenti del SMT e di clienti sul ML insite nell'utilizzo da parte di Acea8cento S.r.l. che svolge attività di *call center* per AE (vd. *infra* § III.2.1 (e)) dello stesso personale per le attività rivolte al SMT e per quelle rivolte al ML. In merito, infatti, la relazione ha individuato l'esistenza di "aree di sovrapposizione tra le attività svolte dalla società [i.e. AE] o affidate a terzi tramite contatti di servizio (es. Acea8cento per il contact center e alcune attività di back office) per il mercato libero e quelle svolte per il servizio di maggior tutela"¹²⁰ e ha, di conseguenza, raccomandato di "individuare [...] strutture e responsabilità separate per i due mercati e/o, alternativamente, adottare accorgimenti di tipo procedurale idonei ad assicurare, anche attraverso attività di controllo tracciabili, il corretto utilizzo di ICS (n.d.r. informazioni commercialmente sensibili)"¹²¹. In termini ancor più generali, il documento ha osservato che se la separazione tra i canali informativi e gli spazi fisici fosse "estesa anche al personale, sia della stessa società [i.e. AE] che dei terzi a cui sono affidati dei servizi commerciali, renderebbe più agevole la protezione delle ICS"¹²².

82. Per completezza sul punto, si osserva che AE e la Capogruppo Acea hanno iniziato ad attivarsi per dotarsi di una procedura per la corretta gestione delle informazioni commercialmente sensibili nella vendita in maggior tutela e nel mercato libero a partire dalla seconda metà del 2017, vale a dire dopo l'avvio del presente procedimento istruttorio¹²³ e contestualmente all'avvio e alla conclusione della richiamata attività di *audit* interno ad AE¹²⁴.

SMT (per l'Unità organizzativa vendite); Specialista fatturazione AE SMT e Coordinatore Reclami di AE (per l'Unità organizzativa Marketing); operatore Fatturazione AE SMT (per l'Unità organizzativa Commerciale); Operatore Vettoramento ruolo Areti (per l'Unità organizzativa Energy Management)". Cfr. doc. 119.63 (pag. 23) e 119.61 (pag. 25). Il documento ha, inoltre, riscontrato, importanti mancanze organizzative con riguardo alla gestione dell'accesso ad altri sistemi che contengono informazioni commercialmente sensibili del SMT, quali in particolare: "[l'applicativo per la profilazione del portafoglio clienti]"; "[l'applicativo relativo alla piattaforma informatica condivisa tra AE e i suoi Business Partner per la gestione delle liste di anagrafiche da contattare per finalità commerciali]". Per questi sistemi informativi il report ha, in termini generali, censurato la mancata predisposizione da parte di AE di un'attività di censimento e controllo [...]. Il documento, inoltre, rileva che: "Presupponendo che le ICS Del SMT debbano essere accessibili solo al personale dedicato a tale servizio, dall'analisi del database emergono assegnazioni potenzialmente contrastanti con i ruoli organizzativi, che dovrebbero essere evitate o giustificate da specifici compiti che, comunque, non devono prevedere utilizzi non controllati" e, quindi, raccomanda ad "Acea Energia di verificare e monitorare sistematicamente anche l'accesso a tutti i sistemi che includono informazioni commercialmente sensibili. Si raccomanda pertanto che anche per questi sistemi l'accessibilità alle informazioni commercialmente sensibili sia data esclusivamente a personale con ruoli organizzativi pertinenti che assicurino un utilizzo delle stesse conforme a quanto stabilito nell'art. 22 del TIUF" (cfr. doc. 119.63, pagg. 26-27 e 119.61, pag. 28). Con specifico riferimento all'applicativo per la profilazione della base cliente, l'audit report raccomanda - sebbene AE e Acea abbiano anche in sede di verifica audit affermato che questo strumento non sia stato mai utilizzato - di: "limitare l'accesso alle informazioni dei clienti del SMT contenute in questo applicativo allo scopo di evitare il loro utilizzo per specifiche proposte di vendita" (enfasi aggiunta) (cfr. doc. 119.63, pag. 29 e 119.61, pag. 31 e poi cfr. doc. 119.63, pag. 27 e 119.61 pag. 28). Il documento ha criticamente segnalato anche la circostanza per cui: "le autorizzazioni per l'accesso a questi sistemi non è gestito attraverso il work-flow autorizzativo previsto dal sistema di IDM (Identity management)". Gli esiti della verifica audit hanno anche "riscontrat[o] alcuni casi di scambi di e-mail nelle quali venivano richieste informazioni inerenti il SMT con modalità non previste da istruzioni operative o procedure (cfr. doc. 119.63 (pag. 28) e 119.61 (pag. 30))."

¹²⁰ [Cfr. doc. 119.63 (pag. 22) e 119.61 (pag. 23).]

¹²¹ [Ibidem.]

¹²² [Cfr. 119. 63 (pag. 18). Gli esiti dell'attività di audit interno hanno anche evidenziato le criticità, in termini di possibile utilizzo promiscuo di anagrafiche di utenti del SMT e del ML per finalità commerciali, insite nella possibilità per Acea8cento S.r.l. di svolgere, in base al Contratto di servizio stipulato con AE per il 2016, l'attività di Service to Sales, affinché possa promuovere in qualità di agente/telesellers i prodotti e i servizi offerti da AE sul mercato libero". In proposito, infatti, la relazione audit raccomanda "di escludere dai testi contrattuali tra Acea Energia e Acea8cento il servizio Sales [sebbene], per quanto riferito dal Presidente di Acea8cento, non ha mai avuto concreta applicazione. In alternativa il servizio dovrebbe essere regolato allo scopo di assicurare che la società fornitrice non utilizzi le informazioni del SMT disponibili per le altre attività oggetto del contratto" (cfr. doc. 119.63, pag. 18 e 119.61, pag. 35 e 36). In merito tuttavia si osserva che da alcuni de c.d. opens points del Direttore Commerciale di AE dalla fine 2016 - maggio 2017 si legge: "Service to sale - contratto pilota e continuazione entro il 2016. Stand by: partenza del pilota vendita in Acea 800 [...]" (cfr. doc. 18.34; 18.36 e 18.48). Inoltre, in un'e.mail interna inviata, il 10 febbraio 2017, dall'unità Mass Market di AE a, tra gli altri, il Responsabile Business Process Improvement di AE e al Responsabile Commerciale di AE e avente a oggetto "Avvio service to sales" si legge: "Ciao [...] e [...], abbiamo concluso il contratto di cui all'oggetto con il fornitore [...], pertanto a breve inizieremo le attività di acquisizione direttamente dal numero verde 800199900 mercato tutelato. Le indicazioni di contatto sono di acquisire il consenso al trattamento dati e al passaggio ad un secondo livello per commerciale, tale attività la stiamo seguendo con Acea 800. [...]" (cfr. doc. 14.2.).]

¹²³ [Vd. doc. 119.12.]

¹²⁴ [Cfr. doc. 119.4, intitolato "Acea Energia linee guida di utilizzo delle informazioni commercialmente sensibili" e datato 18 settembre 2017, il cui scopo è appunto quello di dotarsi "nelle more della completa attuazione di una regolazione in materia di Informazioni commercialmente Sensibili nell'ambito di una società di vendita, di un sistema di autoregolamentazione delle suddette attività, in autonomia decisionale e organizzativa rispetto alle altre attività svolte nell'ambito del Gruppo Acea, con particolare riferimento alla distribuzione di energia elettrica". A questo fine, il documento individua tra le attività dirette a garantire la riservatezza e messa a disposizione non discriminatoria delle ICS [acronimo di informazioni commercialmente sensibili]: "l'utilizzo di banche dati dedicate all'attività relativa al Servizio di Maggior Tutela e alla vendita sul Mercato Libero fisicamente separate; accessi alle suddette banche dati, consentiti esclusivamente a soggetti autorizzati e tracciati tramite l'assegnazione di opportuni profili e ruoli, divieto di contemporaneità di utilizzo delle ICS nelle situazioni di contatto verso clienti o potenziali clienti appartenenti a Mercati diversi (SMT vd ML) attraverso l'inibizione automatica di travaso delle informazioni ICS da una banca dati all'altra [...]". Si richiama, in proposito, ancora il citato audit report del luglio/settembre 2017, che, in proposito, ha evidenziato che: "al momento dell'analisi audit, le procedure e le istruzioni operative id Acea energia non includono indicazioni per gli operatori interessati dall'utilizzo delle informazioni commercialmente sensibili relative al servizio di maggior tutela". Il documento, inoltre, rileva che, sebbene l'obbligo di separazione funzionale ex art. 17 TIUF sia sospeso in attesa di decisioni del Consiglio di Stato, "tuttavia, anche derogando all'obbligo di separazione funzionale, la società deve garantire che le sue strutture non utilizzino le ICS del SMT [acronimi, rispettivamente, di informazioni commercialmente sensibili del servizio di maggior tutela, n.d.r.] in violazione delle regole; pertanto, con particolare attenzione alle unità abilitate alla gestione delle vendite al mercato libero, appare necessario predisporre accorgimenti di carattere organizzativo o procedurali e correlati sistemi di controllo idonei ad assicurare la conformità dell'utilizzo di dati, contatti o altre informazioni

e) I diversi canali di vendita di AE e loro modalità di funzionamento

83. Secondo le dichiarazioni rese dal Presidente e AD di AE nel corso dell'ispezione presso la sede legale della società l'11 maggio 2017: *"per acquisire la clientela sul mercato libero ACEA si avvale sostanzialmente di due «macro canali» di vendita: le offerte generalizzate sul sito web/campagne promozionali della società, che mirano a stimolare l'interesse spontaneo del potenziale cliente, e campagne di acquisizione attraverso l'attività di società/agenti di vendita che svolgono attività di teleselling o door to door"*¹²⁵. In particolare, dall'analisi istruttoria emerge che per la sottoscrizione di offerte commerciali sul ML AE si avvale principalmente di agenzie (di seguito anche *Business Partner* o BP) incaricate dell'attività di promozione e vendita telefonica - attraverso contatto telefonico *outbound*, dei prodotti offerti da AE sul ML dell'energia elettrica e del gas naturale (c.d. attività di *teleselling*) e dell'attività di *call center* svolta dalla società consorella Acea8cento S.r.l. sulla base di apposito contratto (c.d. *teleselling inbound*). Altri canali di vendita utilizzati sono: gli agenti di vendita porta a porta; il sito web di Acea (il c.d. l'EWI diretto) e gli sportelli commerciali che però contribuiscono in misura residuale all'attività commerciale di AE¹²⁶.

I Telesellers

84. Con riguardo ai *Teleseller* (BP) dalla documentazione in atti risulta che dal marzo 2014 e fino al 2017 AE ha contrattualizzato, in esclusiva¹²⁷, alcune agenzie specializzate conferendo loro mandato senza rappresentanza¹²⁸ per la promozione e vendita telefonica di proprie offerte commerciali. Tali soggetti, per gli scopi contrattuali, hanno utilizzato sia *"un proprio database, costituito e utilizzato in conformità alla vigente normativa in tema di trattamento dati e il cui utilizzo sia espressamente autorizzato dal Preponente"* (c.d. Lista Agente)¹²⁹, sia una lista di anagrafiche messa a disposizione da AE (c.d. Lista Preponente), attraverso un'apposita piattaforma informatica condivisa con l'agente. Il sistema informativo condiviso provvede in automatico al confronto tra le due liste per verificare, e in caso scartare, eventuali sovrapposizioni delle anagrafiche ivi contenute. Sulla stessa piattaforma informatica il BP dovrà caricare, con cadenza prestabilita dal Preponente, gli esiti di ciascun contatto telefonico.

85. Il contratto *standard* sottoscritto per il biennio 2016/2017 prevede, inoltre, che *"il Teleseller è tenuto a eseguire, tramite gli strumenti messi a disposizione dal Preponente, una verifica sull'affidabilità creditizia dei Clienti che [...] abbiano aderito alle PDA (proposta di adesione; n.d.r.)"*¹³⁰. In proposito, sono stati acquisiti presso alcuni *Teleseller* documenti, intitolati proprio *"Processo di verifica credito"*, in cui si legge testualmente: *"Prima di effettuare l'inserimento di una PDC [proposta di contratto, n.d.r.] è necessario effettuare la verifica credito tramite il portale (messo a disposizione di Acea) [...] Soltanto in caso di esito positivo l'addetto al back office procederà all'inserimento del contratto sul portale."* (enfasi aggiunte)¹³¹.

86. Solo il contratto *standard* predisposto da AE per il 2016/2017 prevede la possibilità per le Parti di sottoscrivere un accordo ulteriore per lo svolgimento di un'attività finalizzata alla bonifica e/o arricchimento delle anagrafiche dei Clienti (c.d. *"Servizio di Bonifica e Arricchimento Anagrafica"* e/o *"Bonifica e Arricchimento"*). Questa attività consiste in contatti telefonici diretti a *"verifica[re] [la] congruità dei dati anagrafici e tecnici presenti sui sistemi informatici del*

commercialmente sensibili. Raccomandazioni (in grassetto nel testo, n.d.r.). Individuare [...] strutture e responsabilità separate per i due mercati e/o, alternativamente, adottare accorgimenti di tipo procedurale idonei ad assicurare anche attraverso attività di controllo tracciabili, il corretto utilizzo delle ICS" (cfr. doc. 119.61, pag. 23 e 119.63, pag. 23). Il riferimento alle decisioni di Consiglio di Stato contenuto nel testo citato concerne il contenzioso istaurato da società del Gruppo Enel avverso le previsioni di separazione funzionale tra il SMT e l'attività di vendita sul ML, di cui all'art. 17 del TIUF. Tale contenzioso è stato definito in sfavore delle ricorrenti con la sentenza del Consiglio di Stato n. 5519/2017, il cui dispositivo è stato pubblicato il 27 novembre 2017, quindi, in data successiva rispetto all'audit report. Sul tema, vd. anche doc. 119.12 consistente in un'e.mail interna ad AE del 14 luglio 2017 e avente a oggetto proprio un'ipotesi di organizzazione per evitare indebiti utilizzi di informazioni commercialmente sensibili.]

¹²⁵ [Cfr. allegato n. 3 al doc. 17, cit..]

¹²⁶ [Vd. doc. 119.64, pagg. 11 e 12 (audit report "Gestione informazioni commercialmente sensibili ex delibera 296/20115 AEEGSI", settembre 2017) e doc. 119. 62, pag. 12 (bozza dell'audit report intitolato "Gestione informazioni commercialmente sensibili ex delibera 296/20115 AEEGSI", luglio 2017). Sulla base dei dati interni, di AE il canale di commercializzazione più efficace è quello porta a porta, seguito dall'attività di teleselling.]

¹²⁷ [Vd. Art. 5 dei contratti conclusi per il periodo 2016/2017 (per tutti, v. doc. 14.53) e dei contratti conclusi per il periodo 2015/2016 (vd., per tutti, doc. 14.23).]

¹²⁸ [Cfr. art. 2.7 dei contratti conclusi per il periodo 2016/2017 (per tutti, vd. doc. 14.53) e art. 2.2 dei contratti conclusi per il periodo 2014/2015 (per tutti, vd. doc. 14.23).]

¹²⁹ [Cfr. art. 3.3. dei contratti conclusi per il periodo 2016-2017 (per tutti, vd. doc. 14.53) e dei contratti conclusi per il periodo 2014/2015 (per tutti, vd. doc. 14.23).]

¹³⁰ [Cfr. art. 3.21 dei contratti conclusi per il periodo 2016-2017 (per tutti, vd. doc. 14.53).]

¹³¹ [Cfr. doc. 55.43-Deal Evolution. Il documento prosegue con la descrizione dei vari passaggi che l'operatore deve compiere sul predetto portale al fine di svolgere l'accertamento di verifica del credito e le istruzioni scritte sono completate con le pertinenti schermate esemplificative tratte dal portale dedicato da AE per svolgere la verifica in questione (vd. anche doc. 55.3-H2 Com Srl, contenente lista dei contatti per i quali è stata svolta dal Teleseller la verifica di affidabilità creditizia con il relativo esito positivo o negativo) 58.1, 58.2; 58.3 58.4; 58.5. La richiamata documentazione è, a sua volta, coerente con il contenuto dei contratti di teleselling conclusi da AE, dove è previsto che *"Il Teleseller è tenuto a eseguire, tramite gli strumenti messi a disposizione dal Preponente, una verifica sull'affidabilità creditizia dei Clienti che [...] abbiano aderito alle PDA. Tale verifica verrà effettuata dal Teleseller attraverso l'utilizzo di un applicativo [...]. Le PDA [i.e. proposte di adesione] dei Clienti che nel corso della verifica sull'affidabilità creditizia non siano stati considerati idonei dall'applicativo, dovranno essere eliminate e non si dovrà, quindi, procedere al caricamento delle stesse sul Sistema"* (cfr., per tutti, doc. 14.23 e 14.53).]

Preponente rispetto a quelli dichiarati dai Clienti medesimi. Il Servizio di Bonifica e Arricchimento è inoltre riferito a periodi di tempo circoscritti e a lotti di nominativi affidati direttamente dal Preponente al Teleseller (c.d. «Campagne di Bonifica»)"¹³².

87. Sempre nei contratti 2016/2017 è prevista, rispetto a quelli precedenti¹³³, anche la corresponsione di uno specifico premio "nel caso in cui il cliente dia il consenso al trattamento dei propri dati personali, per finalità eccedenti rispetto a quelle previste dal presente Contratto come, ad esempio, consenso facoltativo per attività di tipo commerciale, promozione e/o di marketing. Detto consenso dovrà essere registrato in occasione della telefonata di primo contatto e/o nel corso della Confirmation Call"¹³⁴.

Acea8cento S.r.l.

88. Come anticipato, altro canale di commercializzazione di AE di particolare interesse istruttorio è rappresentato dai servizi resi dalla società consorella Acea8cento S.r.l. (società controllata al 100% da Acea¹³⁵) che gestisce il *call center inbound* di tutte le società del Gruppo¹³⁶. Con specifico riferimento ai rapporti tra AE e Acea8cento S.r.l., risulta che quest'ultima fornisca "i servizi di call center e alcune attività di back office regolati da contratti di servizio. Per assicurare l'efficienza delle attività di contact center e la gestione dei picchi di domanda da parte della clientela, parte del personale può essere dedicato alternativamente ai diversi mercati"¹³⁷.

89. Da una e-mail interna del 5 ottobre 2016, scambiata tra l'unità commerciale di AE e il Presidente di AE, emerge, inoltre, che tra le azioni/iniziative commerciali in fase di pianificazione per il 2017 rientrasse anche il "Rafforzamento canali di vendita pull in particolare Service to Sale attraverso call center Acea8cento [...]"¹³⁸, laddove dalle evidenze agli atti risulta che il "Service to Sale" è un'attività prevista nel contratto di servizio sottoscritto da AE con Acea8cento S.r.l. per consentire a quest'ultima di "promuovere in qualità di agente/telesellers i prodotti e i servizi offerti da AE sul mercato libero"¹³⁹.

Portale My Acea

90. Il portale *internet* in oggetto è unico per le attività del Gruppo Acea relative al settore dell'energia, dell'acqua e dell'illuminazione in cui il cliente può registrarsi per la gestione delle sue varie utenze. Per quanto riguarda il settore energetico, anche i clienti del SMT possono registrarsi per usufruire dei servizi *on line* di gestione del servizio stesso. Nel corso del processo di registrazione al sito è chiesto sia il consenso obbligatorio al trattamento dei dati personali necessario per la gestione del contratto di fornitura, sia il consenso facoltativo per il trattamento dei propri dati personali per finalità commerciali di AE e delle società del Gruppo Acea o dei loro *partner* commerciali.

III.2.2 Le evidenze istruttorie sulle condotte d'impresa

91. Come anticipato, l'attività istruttoria ha permesso di acquisire ampie evidenze, per quantità e qualità, in merito al contestato perseguimento da parte del Gruppo Acea di una strategia commerciale/industriale diretta a governare lo "svuotamento" della propria base clienti tutelata - indotto dalla progressiva liberalizzazione dell'attività di vendita al dettaglio dell'energia elettrica e accelerato dall'abrogazione del SMT prevista inizialmente al 1° luglio 2017 e successivamente rinviata - attraverso lo sfruttamento illegittimo di prerogative irripetibili, derivanti direttamente dallo

¹³² [Cfr. art. 2.3 dei contratti conclusi per il periodo 2016-2017 (per tutti, vd. doc. 14.53).]

¹³³ [Per contratti conclusi per il periodo 2014/2015 vd. per tutti, doc. 14.23.]

¹³⁴ [Cfr. art. 2, sessione seconda dell'allegato "B", dei contratti conclusi per il periodo 2016-2017 (per tutti, vd. doc. 14.53).]

¹³⁵ [Cfr. doc. 119.61 e 119.63. Entrambi i documenti raccomandano, di conseguenza, ad AE, di: "definire le ICS per il venditore in coerenza con le prescrizioni del TIUF [e di] prevedere una specifica policy aziendale o integrare le procedure e le istruzioni operative esistenti al fine di assicurare la riservatezza e la messa a disposizione non discriminatoria delle ICS e l'obbligo di ciascuno di assicurare la riservatezza delle stesse e l'utilizzo conforme al TIUF".]

¹³⁶ [Vd. anche le dichiarazioni rese dal Presidente di AE/Responsabile Area Energia di ACEA nel corso dell'accertamento ispettivo dell'11 maggio 2017 preso la sede legale di AE (doc. 17, allegato 3). Acea8cento S.r.l. è una società interamente controllata da Acea il cui oggetto sociale (come si legge nello Statuto aggiornato al 30 dicembre 2014) è "l'esecuzione del servizio di progettazione e realizzazione delle attività di customer care per le società del Gruppo Acea attraverso tutti i canali di contatto a distanza, a questo fine potrà provvedere ad assumere contratti per la gestione a proprio rischio del servizio di contatto e gestione dei rapporti con l'utenza finale delle società del Gruppo Acea, progettando, realizzando, acquistando e gestendo infrastrutture e sistemi all'uopo dedicati. Alla società è, pertanto, demandato il compito di proporsi come partner delle società del Gruppo Acea lungo tutto il processo di sviluppo, acquisizione, fidelizzazione e accrescimento del valore dei clienti acquisiti, con l'obiettivo di aumentare il valore della customer care. [...] La società potrà infine compiere attività di promozione e vendita, attraverso contatto telefonico out-bound ovvero in-bound, verso i potenziali clienti delle società del Gruppo Acea, di prodotti o servizi offerti da quest'ultime sui vari segmenti di mercato in cui operano (a titolo esemplificativo e non esaustivo, contratti di fornitura di energia elettrica e/o gas naturale sul mercato libero) ovvero prodotti e servizi resi da parti terze (a titolo esemplificativo, polizze assicurative), in ogni caso accessori al contratto principale e offerti dalle società operative del Gruppo Acea ai propri clienti". Dalle visure camerali, risulta, peraltro, che la carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione di Acea8cento S.r.l. sia stata ricoperta, dall'atto di nomina del 27 aprile 2016 sino a quello di revoca del 26 ottobre del 2017, dal Responsabile Customer Care di AE e che la stessa carica sia, dal 26 ottobre 2017, ricoperta dall'attuale Presidente del Consiglio di Amministrazione di AE e che, inoltre, il Responsabile dell'Unità Business Process Improvement di AE sia stato nominato Consigliere di Amministrazione di Acea8cento S.r.l., con atto del 19 aprile 2017.]

¹³⁷ [Cfr. doc. 119.64 (pag. 8) e 119.62 (pag. 9).]

¹³⁸ [Cfr. doc. 18.57.]

¹³⁹ [Vd. doc. 119.61; 119.62; 119.63 e 199.64.]

svolgimento, in monopolio legale, sia dell'attività di distribuzione nelle aree territoriali dei comuni di Roma e Formello che di esercente il SMT nella stessa area territoriale.

92. Le condotte strumentali a tale scopo si sono concretate:

- nella raccolta da parte di AE (direttamente o incrociando liste di contatti pubbliche o acquisite da terzi con il proprio *database*) e con modalità discriminatorie del consenso *privacy* per finalità commerciali degli utenti del SMT e nell'utilizzo dei relativi dati di contatto da parte della stessa AE per la propria attività commerciale sul ML;
- nell'utilizzo da parte di AE per finalità commerciali di informazioni sensibili sul posizionamento di mercato dei suoi principali concorrenti, che si trovano nella esclusiva disponibilità di Areti.

a) L'acquisizione dei consensi *privacy* dalla propria base clienti in maggior tutela e l'utilizzo da parte di AE di dati di contatto della clientela tutelata per finalità commerciali sul ML

93. La documentazione in atti ha confermato l'ipotesi istruttoria dell'utilizzo da parte di AE di dati di contatto di utenti del SMT per la promozione e commercializzazione di contratti sul ML mediante, in particolare, l'attività di *Teleseller* contrattualizzati in esclusiva dalla stessa AE. Nello specifico è comprovato che tale utilizzo di anagrafiche di clienti di MT sia stato strumento per il perseguimento da parte di AE della descritta strategia di Gruppo volta a gestire lo "svuotamento" della *customer base* degli utenti del SMT in favore del proprio ML in piena aderenza con gli obiettivi industriali e commerciali previsti nei documenti di pianificazione aziendale (vd. *supra* § III.2.1 (b)).

94. In particolare, dalle evidenze istruttorie emerge con chiarezza che il Gruppo Acea ha ritenuto di cruciale importanza, per il raggiungimento dei propri obiettivi commerciali di crescita sul ML, poter utilizzare per finalità di *marketing* le anagrafiche dei clienti serviti in maggior tutela. La documentazione in atti comprova ampiamente che per il perseguimento di questo fine, le Parti hanno ritenuto, altresì, di dover superare, quale unico ostacolo legale all'utilizzo dei contatti dei clienti del SMT, l'acquisizione del relativo consenso *privacy* a esser contattati per scopi commerciali: AE, infatti, ha investito una notevole e specifica quantità di risorse anzitutto nell'attività di c.d. presa del consenso *privacy* per fini di *marketing* della propria clientela tutelata. A seguito dell'acquisizione di tale consenso, il cliente servito in maggior tutela è diventato per il Gruppo Acea, uno specifico *target* dell'azione commerciale diretta alla promozione e sottoscrizione di contratti sul proprio ML.

95. Dalla ricostruzione della strategia commerciale di AE e del suo effettivo perseguimento, emerge, con inequivoca evidenza, che il Gruppo Acea ha sempre considerato la disponibilità delle anagrafiche dei clienti serviti in maggior tutela come un *asset* di propria esclusiva competenza, tanto che non si è mai propriamente preoccupata di raccogliere il consenso al trattamento commerciale dei dati personali della propria clientela tutelata anche a vantaggio di imprese terze concorrenti, in modo che anch'esse potessero fruire di elenchi di contatti che includessero esclusivamente i clienti elettrici tutelati: vale a dire, a seguito della completa liberalizzazione del mercato elettrico *retail* e tanto più in prospettiva dell'abrogazione del SMT - il bacino di utenti che ogni operatore vorrebbe poter specificatamente raggiungere per accrescere la propria quota sul ML, dal momento che, tale clientela nel periodo oggetto di accertamento, costituiva ancora la parte prevalente della domanda.

b) La centralità della raccolta dei consensi *privacy* per fini commerciali della clientela tutelata

96. Un primo punto che emerge in maniera inequivocabile dalla documentazione agli atti è - come anticipato - il ruolo decisivo (e insostituibile) attribuito da AE allo sfruttamento, per finalità commerciali sul ML dei dati dei clienti, in particolare domestici, serviti in maggior tutela opportunamente corredati del consenso *privacy* a esser contattati per scopi di *marketing*. L'importanza delle anagrafiche "consensate" dei clienti tutelati, rispetto a possibili *database* di provenienza alternativa - quali liste pubbliche (ad esempio il c.d. DBU¹⁴⁰), gratuitamente disponibili, e/o private acquisibili sul mercato - è testimoniata già dalle notevoli risorse investite dal Gruppo Acea per rendere disponibili tali elenchi alla propria forza vendita *inbound* (cfr. *infra*).

97. La valenza strategica della disponibilità per scopi commerciali sul ML di liste di contatto dei clienti tutelati, è, infatti, derivante dalla natura irripetibile rispetto a qualsiasi altra lista di fonte terza reperibile - gratuitamente o a pagamento - sul mercato, perché solo la prima tipologia di elenchi contiene l'informazione aggiuntiva che il dato di contatto in essa contenuto corrisponde con certezza a un utente servito ancora in regime di maggior tutela: proprio tale informazione, infatti, costituisce il presupposto indefettibile per poter indirizzare con sicurezza la propria offerta

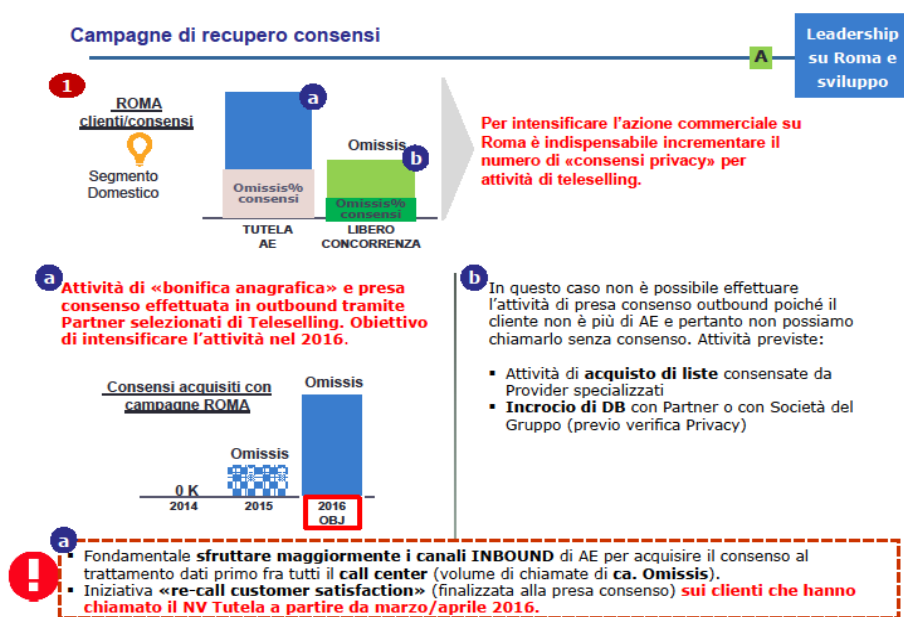
¹⁴⁰ [L'archivio elettronico unico (DBU - Data Base Unico) raccoglie i numeri telefonici e i dati identificativi dei clienti di tutti gli Operatori nazionali di telefonia fissa e mobile. Tale archivio è la base dati per la costruzione degli elenchi telefonici, alfabetici e categorici e dei servizi di informazione abbonati. Dal 1° febbraio 2005, ogni Operatore è tenuto a richiedere, al momento della sottoscrizione del contratto, ai nuovi clienti di linee telefoniche e anche a coloro che cambiano Operatore richiedendo la *number portability*, i consensi previsti dalla normativa sugli elenchi telefonici, secondo il modello di "Informativa e di richiesta di consenso" (c.d. Questionario DBU) adottato dal Garante *privacy* con il provvedimento del 15 luglio 2004 e successivamente modificato con il Provvedimento del 24 febbraio 2011. Il modulo DBU dà la possibilità per il cliente di fornire ulteriori dati (ad esempio titolo di studio o di specializzazione, professione o attività e anche l'e.mail). Nel modulo è possibile per il cliente fornire altri consensi al trattamento dei propri dati, quali ad esempio il consenso per la cosiddetta ricerca inversa (possibilità di risalire alle generalità di un abbonato partendo dal numero telefonico o da un altro suo dato) e il consenso a ricevere pubblicità tramite posta cartacea al proprio indirizzo indicato negli elenchi. Per quanto attiene, invece, le chiamate pubblicitarie sulla linea telefonica, dal 1° febbraio 2011 gli abbonati presenti nel DBU e negli elenchi telefonici possono essere contattati telefonicamente da personale addetto per finalità di *marketing* diretto e invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale da Enti/Aziende dei vari settori merceologici, senza necessità di un esplicito consenso (D.P.R. 178/2010).]

commerciale sul ML nei confronti dei clienti del SMT e, quindi, per agire con attività di c.d. *pre-emption* impossibile ai concorrenti.

98. Le evidenze in atti comprovano ampiamente e con chiarezza la centralità che riveste la c.d. presa del consenso *privacy* per finalità commerciali nella strategia di *marketing* predisposta dal Gruppo Acea al fine di gestire in proprio favore lo "svuotamento" della *customer base* degli utenti del SMT e, in particolare, di quelli del segmento domestico. In merito, non mancano agli atti evidenze esplicite come, ad esempio, quanto riportato in un documento in ordine ai risultati conseguiti nell'anno 2016: "[sono state] *intensificate le azioni di presa di consenso per finalità commerciali di fondamentale importanza per l'attività di vendita sul mercato libero*"¹⁴¹ (enfasi aggiunta). In proposito, è, altresì, significativo che la percentuale di consensi al trattamento dei dati commerciali che i vari *Teleseller* riescono a ottenere - nei casi in cui abbiano avuto (anche) il compito di chiederli (cfr. anche *infra*) - sia utilizzata da AE come c.d. indicatore di prestazione chiave della loro attività (KPI)¹⁴². I contratti conclusi da AE con i *Teleseller*, per il biennio 2016/2017, prevedono, del resto, anche la corresponsione di un premio per ciascun consenso *privacy* ottenuto per finalità commerciali¹⁴³.

99. L'acquisizione del consenso *privacy* degli utenti del SMT per scopi di *marketing*, in quanto presupposto indefettibile per ogni contatto promozionale diretto nei loro confronti, ha costituito, quindi, l'obiettivo prioritario dell'azione di AE. Ciò emerge, ad esempio, nel "*Piano commerciale 2016-2017*" di AE, dove la *slide*, di seguito inserita e significativamente intitolata "*Campagne di recupero consenso*", individua come "**indispensabile per l'intensificazione dell'azione commerciale su Roma incrementare il numero di «consensi privacy» per attività di teleselling**" (i.e. canale *outbound*; enfasi aggiunta)¹⁴⁴.

Figura n. 2: fonte doc. 119.24



100. È, del pari, molto significativo che la *slide* in commento sottolinei la necessaria diversificazione dell'attività di c.d. presa *outbound* del consenso *privacy* per scopi commerciali a seconda che essa sia indirizzata nei confronti di utenti del SMT oppure di clienti che sono passati sul ML di operatori concorrenti.

Infatti, solo nel primo caso i *Teleseller* selezionati di AE possono utilizzare, come pretesto per effettuare legittimamente un primo contatto diretto alla c.d. presa del consenso *privacy*, il fatto che AE sia già titolare del consenso *privacy* obbligatorio per l'attivazione e gestione del servizio di fornitura elettrica. Tale consenso, appunto, consente di chiamare il cliente con il pretesto di aggiornare l'anagrafica (c.d. bonifica anagrafica) e, poi, utilizzare la

¹⁴¹ [Vd. doc. 18.55 e anche da 14.129 a 14.133 compresi.]

¹⁴² [Vd., ad esempio, la slide n. 34 del doc. 18.9. "KPI" è l'acronimo di "Key Performance Indicators", vale a dire degli indicatori che permettono di misurare le prestazioni di una determinata attività o processo.]

¹⁴³ [Vd. doc. 14.53 (allegato B).]

¹⁴⁴ [Cfr. doc. 119.24.]

stessa chiamata per richiederli anche il consenso facoltativo per fini commerciali (indispensabile per poterlo ricontattare successivamente per offrirgli proposte di fornitura sul ML di AE).

101. È evidente, quindi, che una delle strategie predisposte da AE per cercare di ottenere il consenso *privacy* per scopi di *marketing* dai clienti del SMT che ne siano sprovvisti - come sintetizzato dalla successiva *slide* dello stesso documento intitolata "*Campagne di vendita su Roma*" - è proprio la c.d. campagna bonifica anagrafica articolata in "*due step: bonifica anagrafica tutela e presa consenso e successiva offerta [sul ML di AE] per i clienti consensati*". Altra tattica per contattare i clienti tutelati al fine della c.d. presa del consenso *privacy* per scopi commerciali è individuata - come evidenzia il *box* nella stessa *slide* - nell'iniziativa di ricontatto telefonico dei clienti che hanno chiamato il numero verde del SMT con il pretesto di sondarne il grado di soddisfazione in merito all'assistenza ricevuta (*re-call customer satisfaction*) ma che, in realtà, è "*finalizzata alla presa del consenso*".

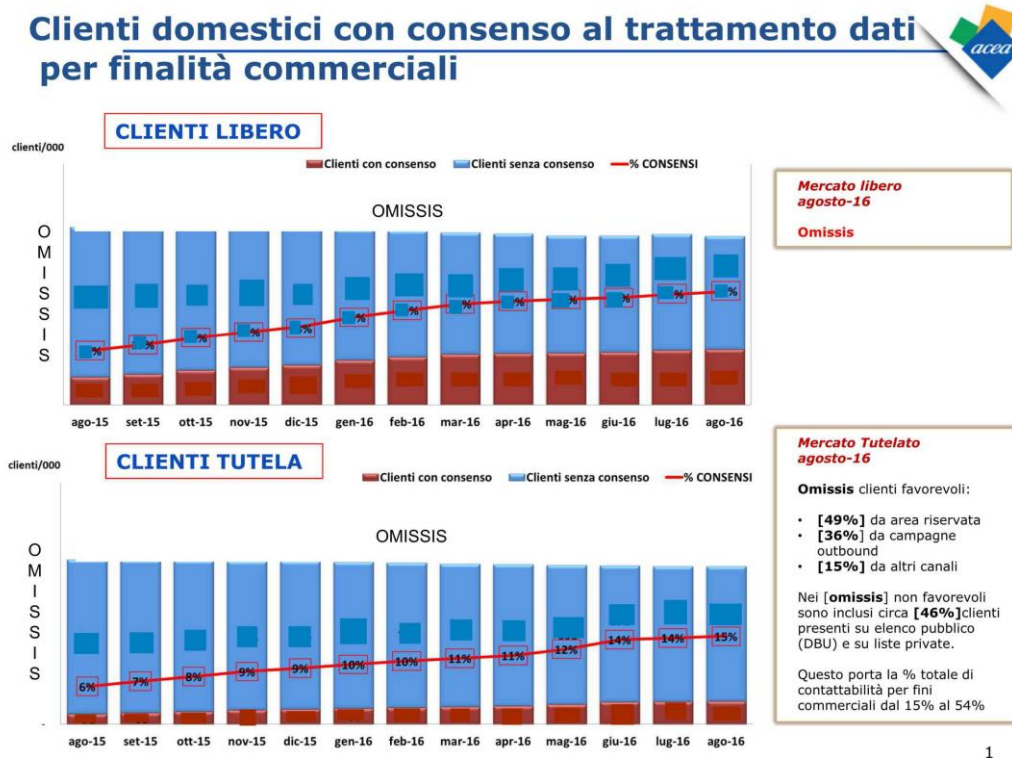
102. Il documento, come anticipato, è, altresì, inequivoco nello specificare che questo tipo di iniziative sono attivabili solo nei confronti dei clienti del SMT e non sono, quindi, replicabili nei confronti dei clienti passati al ML di concorrenti, proprio perché "*il cliente non è più di AE e pertanto non possiamo chiamarlo senza consenso*" e, quindi, non è possibile utilizzare come espediente per il loro contatto il consenso che il cliente deve obbligatoriamente rilasciare al trattamento dei suoi dati personali al fine dell'attivazione e gestione del rapporto di fornitura elettrica. Di conseguenza, per il contatto telefonico *outbound* dei clienti sul ML di concorrenti finalizzato alla presa del loro consenso *privacy* per scopi commerciali la Società individua altre strategie, quali: "*l'acquisto di liste consensate da Provider specializzati*" e "*l'incrocio di database con Partner o società del Gruppo (previo verifica privacy)*". Il documento prevede, dunque, di utilizzare la tecnica di incrociare le liste di fonte terza (c.d. DBU e liste private) con tutti i *database* di anagrafiche a disposizione del Gruppo Acea - compresi, quindi, quelli del SMT e del ML gestiti da AE - al fine di individuare il *target* verso cui indirizzare l'iniziativa di *marketing* di AE. È di tutta evidenza, infatti, che un simile confronto permette di associare a ciascun contatto presente nella lista consensata acquistata o pubblicamente accessibile la tipologia della relativa fornitura energetica e, quindi, se sia un cliente del SMT o sul ML di AE o ancora sul ML di un concorrente.

103. In merito, la documentazione istruttoria comprova anche l'effettivo utilizzo di tale tecnica: risulta, infatti, che quando ha utilizzato un database di provenienza terza, AE lo abbia fatto in maniera combinata anzitutto con l'anagrafica dei clienti tutelati di cui dispone in qualità di esercente il SMT. Questa evidenza emerge con chiarezza da un documento relativo alle "*azioni commerciali*" del settembre 2016, e in particolare dalla *slide* intitolata "*Clienti domestici con consenso al trattamento dati per finalità commerciali*"¹⁴⁵. In tale *slide* si afferma, infatti, che con riferimento ai "*clienti tutela*", su un totale (alla data di agosto 2016) di **[omissis]** utenti, solo per **[omissis]** è stato ottenuto direttamente da AE il consenso al contatto per fini commerciali¹⁴⁶. Tuttavia, prosegue il documento, nei restanti **[omissis]** clienti "*sono inclusi circa [omissis] clienti presenti su elenco pubblico (DBU) e su liste private. Questo porta la contattabilità per fini commerciali dal 15% al 54%*".

¹⁴⁵ [Vd. doc. 18.56.]

¹⁴⁶ [In particolare, il consenso sarebbe stato ottenuto per [omissis] clienti da "area riservata", per [omissis] attraverso "campagne outbound" e per [omissis] da "altri canali".]

Figura n. 2: fonte doc. 18.56



104. Il documento, pertanto, dimostra in modo inequivoco che - esattamente come previsto dalla sua pianificazione strategica - AE ha confrontato la propria base clienti sul mercato tutelato pari a **[omissis]** unità con le anagrafiche presenti sul DBU e su liste private. Solo questo esercizio, infatti, permette di sapere quali e quante delle anagrafiche presenti su tali (ben più ampie) liste corrispondono a utenti del SMT (**[omissis]**) che, sebbene non abbiano dato il consenso al trattamento *privacy* direttamente da AE, possono comunque ritenersi debitamente "consensati" per scopi commerciali proprio in quanto inclusi nelle predette liste DBU e private. Di conseguenza, il totale dei clienti del SMT che possono essere contattati da AE per finalità di *marketing* risulta - come indicato nel citato documento - pari al 54% (vale a dire pari a **[omissis]** clienti sul totale di **[omissis]**).

105. In questo modo la Società è riuscita, al contempo: (i) ad arricchire le liste pubbliche e/o private dell'informazione essenziale rappresentata dall'appartenenza o meno del contatto ivi contenuto al novero degli utenti del SMT (informazione preziosa e insostituibile per gli scopi strategici della società) e (ii) ad ampliare il bacino degli utenti del SMT contattabili per proporre offerte sul ML di AE, senza dover far svolgere nei loro confronti dalla propria forza vendita alcuna previa attività di presa del consenso per finalità commerciali.

106. Inoltre, la *slide* del citato "Piano commerciale 2016-2017" intitolata "Altre iniziative di recupero consenso" individua, sempre a riprova dell'importanza focale della presa consenso *privacy* per fini commerciali, **"altre iniziative specifiche sempre mirate alla raccolta i consensi per finalità commerciali"** (enfasi nel testo) tra cui, in particolare, la "raccolta consenso attraverso la modulistica aziendale inseren[do] l'opzione per il rilascio del consenso al trattamento dati in tutta la modulistica di servizio sai cartacea che on-line"¹⁴⁷.

107. A questo proposito e in perfetta aderenza a quanto pianificato nel citato documento, è comprovato in atti che AE non ha mai raccolto consensi *privacy* a fini commerciali in favore di terzi diversi dalle società del Gruppo e da propri *partner* commerciali utilizzati per eventuali iniziative di *cobranding*. Infatti, in tutti i documenti ufficiali di AE la regolamentazione dell'informativa sul trattamento dei dati personali riguarda unicamente l'acquisizione del consenso *privacy* obbligatorio (necessario per la corretta gestione del rapporto contrattuale di fornitura elettrica del SMT o sul ML) e quello facoltativo per consentire ad AE di svolgere nei confronti del cliente attività "di promozione commerciale e/o vendita di prodotti e/o servizi di vario genere, anche mediante utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza, da

¹⁴⁷ [Il documento prevede, infine, che a esito dell'intensificazione dell'attività di presa del consenso *privacy* per finalità commerciali la "Customer base mercato «Roma» [registri] una ripresa già a partire dal 2016 per effetto di campagne su consensi e vendita focalizzate già iniziate da 2° sem. 2015 è ulteriore sviluppo nel 2017 a fronte delle azioni previste a Piano" e che "La Customer base del mercato Tutela [abbia] una discesa per effetto della naturale progressione degli switch vs il mercato libero. Il fenomeno si intensifica nel 2017 per effetto delle azioni di AE previste a Piano [...]"] (cfr. doc. 119.24., slide intitolata "B2C: Customer Base Mass Market"; enfasi aggiunta)]

parte di società esterne, situate anche all'estero, che agiscano nell'interesse di Acea o proprio, alle quali i suddetti dati potranno essere comunicati.[...]"¹⁴⁸.

108. Del pari, il *format* predisposto per l'iscrizione sul portale web *My Acea* (consentita anche ai clienti del SMT) e gli *script* utilizzati dai *Teleseller* non prevedono la possibilità per il cliente di rilasciare il consenso al trattamento da parte di società del tutto estranee al Gruppo Acea. In particolare, il modulo per l'iscrizione al portale *internet My Acea* (lo stesso ancora utilizzato per la registrazione) prevede, oltre al consenso obbligatorio per poter usufruire dei servizi *on line* del portale stesso *My Acea*, soltanto la possibilità di prestare disgiuntamente il consenso facoltativo "al trattamento dei dati personali a fini di informazione commerciale, offerte dirette, indagini di mercato o di customer satisfaction, e quanto afferente e connesso a dette attività, relative a prodotti e servizi **forniti da Acea SpA e di società sue controllanti, controllate e/o collegate ai sensi dell'articolo 2359 c.c.**" e/o "al trattamento dei dati personali ai fini dell'offerta di prodotti e servizi **da parte di Acea SpA e di società sue controllanti, controllate e/o collegate ai sensi dell'articolo 2359 c.c.** specificamente individuati in base al profilo personale"¹⁴⁹ (enfasi aggiunta). Gli *script* acquisiti presso i *Teleseller* contrattualizzati da AE contengono unicamente la richiesta al rilascio facoltativo del consenso al trattamento dei dati personali per finalità commerciali della sola AE "ovvero da parte di società esterne per conto di AE o per finalità proprie" (vd. anche *infra* §. V.3.1.1).

109. Quanto precede conferma, dunque, che i modelli di AE non prevedevano la possibilità di raccogliere il consenso *privacy* per scopi commerciali in favore di operatori terzi e, in particolare, in favore dei concorrenti della stessa. In merito si osserva, peraltro, che tra le iniziative pianificate da AE nei confronti della clientela del SMT - e dunque esclusivamente a proprio vantaggio - era prevista proprio "[la] raccolta [del] consenso attraverso la modulistica aziendale inseren[do] l'opzione per il rilascio del consenso al trattamento dati in tutta la modulistica di servizio sia cartacea che on-line"¹⁵⁰.

110. L'importanza dell'attività di "bonifica e presa del consenso *privacy*" per consentire il successivo contatto commerciale di utenti del SMT è, del resto, significativamente, comprovata dal fatto che la sua implementazione e il suo costante monitoraggio rientrassero, in modo sistematico, tra gli obiettivi assegnati al Direttore commerciale di AE¹⁵¹. In proposito, sono inequivoci i suoi c.d. *open points*, quali, ad esempio: (i) quelli della settimana n. 46 del 2016 (compresa tra il 14 e il 20 novembre 2016): "da inizio gennaio a metà settembre sono stati acquisiti **[omissis]** consensi dai vari canali"¹⁵²; (ii) quelli della settimana n. 45 del 2016 (dal 13 novembre 2016): "da inizio gennaio al 25 ottobre sono stati acquisiti **[omissis]** consensi"¹⁵³ e (iii) quelli della settimana n. 25 del 2016 (dal 20 al 26 giugno 2016) dove, al punto n. 17, si legge: "Campagna di bonifica e presa consenso. WIP: da inizio gennaio a oggi sono stati acquisiti **[omissis]** consensi dai vari canali: **[omissis]** da campagna outbound tutela, **[omissis]** [...] da web form, [...]. Il 12 maggio è stata inviata la comunicazione di lancio verso **[omissis]** clienti del tutelato. [...]. Al 3 giugno il numero di nuove iscrizioni all'Area Riservata era pari a **[omissis]** unità, con **[omissis]** consensi rilasciati in fase d'iscrizione"¹⁵⁴ (enfasi aggiunta).

¹⁴⁸ [Cfr. art. 14 delle Condizioni generali per il SMT mercato libero e art. 26 Condizioni generali per il ML, pubblicati sul sito internet www.acea.it (ultima rilevazione degli Uffici è stata compiuta il 7 maggio 2018, cfr. doc. n. 164).]

¹⁴⁹ [Cfr. *ibidem*.]

¹⁵⁰ [Il documento prevede, infine, che a esito dell'intensificazione dell'attività di presa del consenso *privacy* per finalità commerciali la "Customer base mercato «Roma» [registri] una ripresa già a partire dal 2016 per effetto di campagne su consensi e vendita focalizzate già iniziate da 2° sem. 2015 è ulteriore sviluppo nel 2017 a fronte delle azioni previste a Piano" e che "La Customer base del mercato Tutela [abbia] una discesa per effetto della naturale progressione degli switch vs il mercato libero. Il fenomeno si intensifica nel 2017 per effetto delle azioni di AE previste a Piano [...]"] (cfr. doc. 119.24., slide intitolata "B2C: Customer Base Mass Market" enfasi aggiunta)]

¹⁵¹ [Vd. doc. 18.36. Vd. anche documento allegato al doc. 18.56 (e-mail del 9 settembre 2016 inviata al Presidente di AE - che è anche Direttore dell'Area Energia del Gruppo Acea - e al Direttore commerciale di AE) che riporta i consensi ottenuti attraverso il web form, ovvero attraverso il modulo per richieste di assistenza on line: su **[omissis]** richieste di assistenza confermate, il 57% dei richiedenti ha prestato il proprio consenso al trattamento dei dati personali per finalità commerciali (vd. slide 6 intitolata "Web form").]

¹⁵² [Cfr. doc. 17 (verbale ispettivo AE, sede legale di P.le Ostiense).]

¹⁵³ [Cfr. doc. 18.34. Vd. anche: 18.48 (relativo agli open points del Direttore Commerciale per le settimane n. 17/18 del 2016 (dal 24 aprile al 1° maggio e dal 2 all'8 maggio e dove, al punto n. 9, si legge: "Campagna di bonifica e presa consenso Rolling: avanzamento campagna 2017"); 119.16 e 119.35, relativi a agli open points del Direttore commerciale della settimana n. 18 del 2016 (dal 2 all'8 maggio), dove, al punto n. 18, si legge: "Campagna di bonifica e presa consenso WIP: in corso attività su lista da parte dei telesellers out-bound [...]. WIP: in corso «campagna CSI» di presa consenso sui contatti in-bound: A marzo sono stati acquisiti **[omissis]** consensi, seguiti da **[omissis]** con contratti. Ad aprile il trend è in aumento [...]. WIP: per la bonifica anagrafica dei codici fiscali (circa **[omissis]** casi) e l'arricchimento dei **[omissis]** clienti senza contatti [...] è in corso la predisposizione di una comunicazione ad hoc che invieremo mezzo posta ai clienti [...]. WIP: campagna bonifica anagrafica dei codici fiscali con telesellers HS in corso su **[omissis]** casi. Recuperati solo **[omissis]** anagrafiche perché molti numero di telefono risultavano errati"); 18.36 (relativo agli open points del Direttore Commerciale per la settimana n. 40 del 2016 (3-9 ottobre), dove, al punto n. 12, si legge: "Campagna di bonifica e presa consenso WIP: da inizio gennaio a metà settembre sono stati acquisiti **[omissis]** consensi dai vari canali"); 119.15 e 119.34 (relativo agli open points del Direttore Commerciale, per la settimana n. 42 del 2016 (17-23 ottobre) dove, al punto 11, si legge: "WIP: da inizio gennaio a metà settembre sono stati acquisiti **[omissis]** consensi dai vari canali".]

¹⁵⁴ [Cfr. doc. 119.44.]

111. Dunque, il gruppo Acea ha considerato cruciali le anagrafiche dei clienti tutelati e si è adoperato in ogni modo per acquisire il consenso di questi ultimi a essere contattati per scopi commerciali sul ML, anche perché l'attività di vendita in maggior tutela non prevede, per definizione, attività di promozione commerciale.

c) L'effettivo utilizzo delle anagrafiche consensate dei clienti del SMT per la loro acquisizione sul ML

112. AE non solo ha raccolto il consenso *privacy* per il contatto a fini commerciali, ma risulta anche aver ampiamente utilizzato le liste di clienti consensati al fine di acquisire nuovi clienti sul mercato libero. In effetti, dall'insieme della documentazione acquisita emerge la convinzione, all'interno della Società, che fosse sufficiente ottemperare alla sola normativa *privacy* per utilizzare anagrafiche di clienti tutelati al fine di offrire loro la sottoscrizione di forniture energetiche sul ML.

113. Tale convinzione è resa manifesta, ad esempio, da uno scambio di *e-mail*, intervenuto, tra il 30 e il 31 marzo 2017, all'interno delle Unità *Marketing*, *Vendite e Pianificazione & Campaign Management* della Società, in cui è stata ipotizzata la possibilità di utilizzare le anagrafiche di **"tutti i Clienti che nell'ultimo mese hanno richiesto una [qualsiasi] prestazione sul mercato tutelato [e abbiano] prestato il secondo consenso espresso [i.e. quello al trattamento per finalità commerciali di AE] [per] confezionare una campagna caring verso questi Clienti confermandogli l'avvenuta esecuzione dell'attività richiesta e proponendo il passaggio al mercato libero"**¹⁵⁵ (enfasi aggiunta). Del pari, la stessa convinzione è stata espressa - come già rilevato - dal Direttore Commerciale di AE, che in sede ispettiva ha confermato di ritenere necessaria e sufficiente la sola acquisizione del consenso *privacy* per potere utilizzare anagrafiche di utenti tutelati per finalità commerciali sul ML¹⁵⁶. Infatti, alla domanda *"se ai fini della promozione di offerte sul libero mercato siano utilizzati anche i contatti di clienti attualmente forniti da Acea Energia S.p.A. in regime di maggior tutela o in regime di mercato libero"*, il predetto dirigente ha risposto: *"sono utilizzati esclusivamente i contatti dei clienti sia in maggior tutela sia sul mercato libero (con Acea o con altro competitor) che abbiano previamente prestato il consenso al trattamento dei dati personali anche per finalità commerciali, senza distinzioni"*¹⁵⁷.

114. A seguito degli accertamenti svolti presso la sede di alcuni *Teleseller* contrattualizzati in esclusiva da AE nei periodi 2014/2015 e 2016/2017 sono state acquisite alcune tipologie di liste di contatti, fornite agli stessi da AE, contenenti anagrafiche di utenti del SMT nonché documentazione che consente, anche a seguito delle spiegazioni fornite in merito da Acea e da AE, di ricostruire i passaggi seguiti da AE per la formazione di tali liste. La sequenza di tali passaggi prevede: (i) una prima attività - svolta sempre dai *Teleseller* - finalizzata sia alla riorganizzazione delle anagrafiche degli utenti del SMT per verificarne l'attualità e la completezza (c.d. attività di bonifica), sia all'acquisizione del necessario consenso *privacy* per il loro utilizzo per finalità commerciali sul ML (c.d. attività di presa del consenso) e, (ii) una successiva attività di formazione di un'ulteriore lista clienti, denominata *"CRM [omissis] Tutela"* che - come spiegato da AE e ACEA - comprendono *"i clienti che in precedenza sono stati contattati al fine di bonificarne l'anagrafica e che hanno rilasciato il consenso [e che] vengono chiamati per finalità di vendita"*¹⁵⁸.

115. L'inclusione negli elenchi forniti ai *Teleseller* di anagrafiche di utenti del SMT è stata, del resto, confermata dal Responsabile vendite di AE che, alla domanda *"se ai fini della promozione di offerte sul libero mercato siano utilizzati anche i contatti di clienti attualmente forniti da Acea Energia S.p.A. in regime di maggior tutela o in regime di mercato libero"*, ha risposto: *"sono utilizzati esclusivamente i contatti dei clienti sia in maggior tutela sia sul mercato libero (con Acea o con altro competitor) che abbiano previamente prestato il consenso al trattamento dei dati personali anche per finalità commerciali, senza distinzioni"*¹⁵⁹.

116. I rappresentanti di AE e Acea hanno ammesso lo svolgimento dell'attività di raccolta consensi *privacy* presso la clientela tutelata e l'utilizzo per finalità commerciali sul ML delle relative anagrafiche di utenti del SMT anche in sede di commento della *slide* 52 intitolata *"Campagna outbound Tutela"* e parte del documento ispettivo intitolato *"Business Review commerciale. Dicembre 2015"*¹⁶⁰. Le Società hanno spiegato, infatti, i contenuti dei due istogrammi ivi presenti, come di seguito: *"(i) il primo ([intitolato] % di presa consenso su lista illustra la percentuale dei consensi acquisiti nel corso delle campagne rivolte alla clientela servita in maggior tutela per la bonifica e arricchimento banche dati"*¹⁶¹ *e/o valutazione della customer satisfaction svolte dai business partner di AE con riferimento all'ultimo semestre 2015, l'anno 2016 e i primi quattro mesi dell'anno 2017; il secondo ([intitolato] resa su consensi) illustra la resa in termini di percentuali di consensi acquisiti di cui al punto (i)*

¹⁵⁵ [Cfr. doc. 14.13.]

¹⁵⁶ [Vd. doc. 13, allegato n. 3 relativo alle dichiarazioni rese a verbale dal Responsabile Commerciale di AE nel corso dell'ispezione presso la sede operativa di AE l'11 maggio 2017; enfasi aggiunte.]

¹⁵⁷ [Cfr. allegato n. 2 al doc. 13.]

¹⁵⁸ [Cfr. allegato Excel al doc. 70.]

¹⁵⁹ [Cfr. allegato n. 2 al doc. 13.]

¹⁶⁰ [Vd. doc. n. 14.94 (in particolare, la slide 52). I richiamati rapporti settimanali sugli obiettivi focali da perseguire o in fase di lavorazione sono inviati dal Direttore commerciale di AE via e-mail al Presidente di AE/Responsabile Area Energia di ACEA.]

¹⁶¹ [In merito, presso un *Teleseller* sono state acquisite le istruzioni per procedere all' "Attività di bonifica e arricchimento anagrafiche" e richiesta del consenso *privacy* per finalità commerciali di AE (doc. 55.30-Deal Evolution) nonché le liste di contatti fornitegli da AE catalogate in una cartella di file denominata "Bonifica" (per tutte vd. doc. 55.).]

che precede che si sono tramutati, attraverso attività di marketing, in contratti di fornitura sul Mercato Libero per AE¹⁶² (enfasi aggiunte). La spiegazione, quindi, oltre a confermare che, nello svolgimento di campagne commerciali sul ML, AE ha utilizzato le informazioni raccolte nello svolgimento dell'attività di vendita in regime di maggior tutela, dimostra, altresì, che simili pratiche hanno avuto successo, dal momento che una parte significativa dei contatti di clienti del SMT sono stati "tramutati" in contratti sul ML¹⁶³.

117. Come anticipato, la documentazione in atti permette di ricostruire in modo del tutto corrispondente a quanto rappresentato non solo dalla richiamata *slide* 52, ma anche da quanto già descritto nella sezione precedente (vd. *supra* § III.2.2 a)), i passaggi di formazione delle predette liste contenenti le anagrafiche di utenti del SMT da contattare per finalità commerciali sul ML. Il primo passaggio consiste nella messa a disposizione dei *Teleseller*: (a) di liste di clienti provenienti dalla banca dati del SMT per attività di c.d. bonifica dei relativi dati identificativi (vale a dire, di verifica dell'esattezza degli stessi e loro eventuale aggiornamento) e di richiesta del consenso al trattamento degli stessi per finalità commerciali (sono le liste con l'estensione di file "lista CRM [omissis] (Tutela))"¹⁶⁴ e/o (b) di "liste di numeri di telefono che hanno chiamato il numero verde del MT" che sono "chiamati per una intervista di Customer Satisfaction. Nel corso dell'intervista l'operatore può richiedere a chi risponde al numero ricontattato anche un consenso al trattamento dei dati per fini commerciali"¹⁶⁵ (sono le liste con l'estensione di file composta da una data, dall'acronimo CSI - i.e. Customer Satisfaction Interview - e dal numero di contatti contenuti nella lista stessa)¹⁶⁶. I contatti che hanno prestato il consenso *privacy* al trattamento dei propri dati per finalità commerciali hanno alimentato, a loro volta, un'ulteriore tipologia di lista (che ha sempre l'estensione di file "lista CRM [omissis] (Tutela))"¹⁶⁷, messa a disposizione da AE ai propri *Teleseller* perché siano "chiamati per finalità di vendita"¹⁶⁸ (enfasi aggiunte).

118. Quanto precede è anche coerente con la possibilità, prevista nei contratti conclusi da AE con i *Teleseller*, di stipulare il c.d. *addendum* bonifica/arricchimento anagrafiche per la verifica, da parte del *Teleseller*, della congruità dei dati anagrafici presenti sui sistemi informatici di AE rispetto a quelli dichiarati dal cliente. In proposito, presso un *Teleseller* sono state acquisite le istruzioni per procedere a tale "Attività di bonifica e arricchimento anagrafiche" e richiesta del consenso *privacy* per finalità commerciali di AE, nonché le liste di contatti fornitegli a tal fine da AE catalogate in una cartella di file denominata "Bonifica"¹⁶⁹. Quanto ricostruito coincide esattamente con quanto pianificato da AE relativamente alla c.d. campagna bonifica anagrafica che - come già rilevato - è stata articolata in "due step: bonifica anagrafica tutela e presa consenso e successiva offerta [sul ML di AE] per i clienti consensati" (cfr. *supra* III.2.2 b)) sulla "centralità della raccolta del consenso *privacy* della clientela tutelata"¹⁷⁰.

119. Altra tipologia di elenchi di clienti tutelati acquisita presso i *Teleseller* è quella contenuta nei file denominati "DOM-RIS" che - secondo quanto illustrato dalle Parti - contengono liste di "clienti iscritti all'area riservata [del portale di Acea, n.d.r.], vale a dire di "clienti (attuali clienti AE o ex clienti iscritti all'Area Riservata) che hanno rilasciato il consenso al trattamento dati per fini commerciali" e che "vengono chiamati [dal Business Partner] con finalità di vendita"¹⁷¹. In questa ulteriore tipologia di lista sono, pertanto, inclusi anche gli utenti del SMT che, iscrivendosi al

¹⁶² [Cfr. doc. 70.]

¹⁶³ [Lo stesso contenuto del citato documento è presente anche nella slide n. 60, intitolata "Campagna out-bound tutela", del documento intitolato "Acea Energia. Business Review Commerciale. Roma Febbraio 2017", redatto a cura dell'unità Marketing di AE e che misura per il periodo ottobre 2015-gennaio 2017, contiene gli stessi due istogrammi (vd. doc. 18.9: acquisito presso la postazione del Presidente AE/Responsabile Area Energia di ACEA nel corso dell'ispezione alla sede legale di AE dell'11 maggio 2017). Inoltre, nei contratti conclusi con i *Teleseller* è prevista la possibilità di stipulare anche il c.d. *addendum* bonifica/arricchimento anagrafiche per la verifica, da parte del *Teleseller*, della congruità dei dati anagrafici presenti sui sistemi informatici di AE rispetto a quelli dichiarati dal cliente.]

¹⁶⁴ [Cfr. allegato al doc. 70 risposta di Acea e AE alla richiesta di informazioni contenuta nel verbale dell'audizione congiunta delle due Società, doc. 67).]

¹⁶⁵ [Cfr. *ibidem*.]

¹⁶⁶ [Cfr. *ibidem*.]

¹⁶⁷ [Cfr. *ibidem*.]

¹⁶⁸ [Cfr. *ibidem*.]

¹⁶⁹ [Vd., per tutte, doc. 55.2. Nello stesso senso, anche il già richiamato audit report, ha, peraltro, rilevato - con riguardo al trasferimento delle informazioni della clientela del SMT ai Business Partner finalizzato alla bonifica dei dati e all'acquisizione del consenso *privacy* per finalità commerciali - l'intrinseca criticità di tale prassi, sotto il profilo del rispetto dell'obbligo regolamentare di utilizzo non discriminatorio delle informazioni relative ai clienti del SMT (art. 22 TIUF) proprio perché i "BP potrebbero utilizzare per offerte commerciali le informazioni ricevute per l'attività di bonifica dati", vd. doc. 119.61 (pag.34) e 119.63 (pag. 32). Benché i rappresentanti di AE nel corso dell'audit report abbiano dichiarato che il c.d. *addendum* bonifica/arricchimento anagrafiche non è mai stato sottoscritto e che i BP non sono stati, pertanto, mai remunerati per tali attività, le richiamate dichiarazioni rese da Acea e AE nel corso dell'audizione davanti agli Uffici (vd. doc. 70) e i documenti in atti sopra citati provano che anche lo svolgimento di tali attività rientrasse nei compiti dei *Teleseller* contrattualizzati in esclusiva da AE.]

¹⁷⁰ [Cfr. slide intitolata "Campagne di vendita su Roma" del doc. 119.24.]

¹⁷¹ [Cfr. allegato n.1 al doc. 70. Cfr. anche le dichiarazioni rese dall'allora Presidente di AE/Responsabile Area Energia di ACEA e verbalizzate nel corso dell'accertamento ispettivo dell'11 maggio 2017 presso la sede legale di AE (allegato n. 3 doc. 17): "per i clienti tutelati acquisiti dopo il 2016 questo [i.e. il consenso, n.d.r.] è stato acquisito attraverso i contratti, mentre per lo stock degli altri clienti viene acquisito di volta in volta (ad esempio per tutte le registrazioni sul sito My Energy [...]) in occasione di contatti con i

portale riservato di AE, hanno rilasciato il proprio consenso *privacy* al trattamento per finalità commerciali dei propri dati personali.

120. La documentazione in atti individua anche nell'attività di *call center* svolta, per conto di AE, dalla consorella Acea8cento S.r.l. (vd. *supra* § III.2.1 (e)) un'altra fonte di alimentazione delle liste contenenti anagrafiche di utenti del SMT che AE trasmette ai propri *Teleseller* per l'attività di bonifica e di presa del consenso finalizzata al successivo contatto per la promozione e vendita di forniture energetiche sul ML. Al riguardo, si osserva che anche la bozza e la versione definitiva del già richiamato *report audit* del luglio/settembre 2017 hanno rilevato la criticità della messa a disposizione ai BP AE di liste contenenti **"anche contatti telefonici di clienti del servizio di maggior tutela. Tali contatti sono comunicati ad Acea Energia da parte di Acea8cento, che direttamente o tramite il proprio fornitore [...], ha ricevuto chiamate dei clienti. [Tali contatti] sono trasferiti ai BP incaricati di svolgere le attività di bonifica nonché di richiedere il consenso al trattamento dei dati personali per attività commerciali e promozionali dei servizi di Acea Energia. In caso di rilascio del consenso i relativi contatti vengono trasmessi ad Acea Energia che ne cura il caricamento sul sistema** [sistema di CRM per il mercato libero].

Peraltro, lo stesso *report audit* riconosce la problematicità di questa attività rilevando che "[...] **il trasferimento delle informazioni della clientela del SMT ai Business Partner, praticato con modalità indirette e finalizzato alla bonifica dei dati e all'acquisizione del consenso al trattamento dei dati per finalità commerciali, benché conforme alla normativa privacy, non assicura la conformità a quanto stabilito dall'articolo 22 del TIUF poiché i BP potrebbero utilizzare per offerte commerciali le informazioni ricevute per l'attività di bonifica dati** [enfasi aggiunte]. **Raccomandazioni** [in grassetto nel testo]"¹⁷².

121. Le liste di anagrafiche richiamate, messe a disposizione da AE ai propri *Teleseller* comprendono, quindi, anche elenchi di contatti attinti dal sistema informatico che gestisce il CRM degli utenti del SMT (i.e. le liste richiamate con estensione di file *"Lista CRM [omissis] Tutela"*)¹⁷³, oppure di contatti di utenti che, avendo chiamato i numeri verdi riservati al SMT, non potevano che essere clienti serviti da AE in regime di maggior tutela: a questi utenti del SMT è stato prima richiesto il consenso *privacy* per finalità commerciali e poi, se rilasciato, sono stati contattati dalla forza vendita di AE.

122. Del resto, è evidente - come emerge inequivocabilmente dalla documentazione già commentata nella precedente sezione (vd. *supra* § III.2.2 a)) - che il rilascio del consenso al trattamento dei dati personali per finalità commerciali in favore della sola AE non può che essere funzionale a una successiva attività di contatto per la promozione e la sottoscrizione di forniture sul ML. Infatti, per AE il consenso al trattamento dei dati personali per finalità commerciali non è necessario ai fini dell'esecuzione del rapporto di fornitura in regime di maggior tutela e, quindi, una specifica e onerosa attività per il suo conseguimento da parte di clienti finora serviti in regime di maggior tutela in favore della sola AE ha senso solo nella misura in cui si intenda contattare gli stessi per la promozione e sottoscrizione di condizioni di fornitura diverse, ovvero un'offerta sul ML.

123. Conclusivamente sul punto, quindi, le evidenze istruttorie raccolte attestano ampiamente che l'attività commerciale costruita sulla sequenza "bonifica del database-presa del consenso-contatto commerciale di utenti del SMT" abbia costituito la parte fondamentale dell'attività di AE e che sia stata svolta in attuazione del programmato recupero di competitività sul territorio di Roma il cui indebolimento secondo AE è imputabile anche alla **"scarsa**

clienti." (è da ritenere che il Presidente con riferimento al sito My Energy abbia in realtà inteso fare riferimento al portale web My Acea vale a dire alla: "nuova area dedicata ai clienti delle società del Gruppo Acea con cui puoi gestire, da un unico account, le utenze di acqua, luce e gas in modo semplice e veloce. Può registrarsi chi è già nostro cliente o chi semplicemente desidera diventarlo", (cfr. <https://www.acea.it/it/my-acea#>).]

¹⁷² [Cfr. doc. 119.63 (pagg. 31 e 32) e 119.61 (pag. 33 e 34). L'utilizzo a fini commerciali di anagrafiche di utenti del SMT provenienti dall'attività di Acea8cento S.r.l. è, altresì, confermata dal contenuto di una e.mail del 10 febbraio 2017 - inviata da un dipendente inquadrato nell'Unità vendite Mass Market di AE la Responsabile PM Acea 2.0 e Business Process Improvement di AE e al Responsabile della sotto-Unità organizzativa Integration e Data Management della Società (nonché per conoscenza al Responsabile Commerciale e al Responsabile Vendite di AE) - in cui si legge: "abbiamo concluso il contratto di cui all'oggetto con il fornitore [...] pertanto a breve inizieremo le attività di acquisizione direttamente dal numero verde 8001999900 mercato tutelato. Le indicazioni di contatto sono di acquisire il consenso al trattamento dati e al passaggio a un secondo livello per un'offerta commerciale, tale attività la stiamo seguendo con Acea8cento [...]" (cfr. doc. 14.2; enfasi aggiunta). Le citate evidenze sono, inoltre, coerenti con la documentazione in atti - come, ad esempio, un'e-mail interna del 5 ottobre 2016 scambiata tra l'Unità commerciale di AE e il Presidente di AE - da cui emerge che tra le azioni/iniziative commerciali in fase di pianificazione per il 2017 rientri proprio il "Rafforzamento canali di vendita pull in particolare Service to Sale attraverso call center Acea8cento + [il proprio fornitore]" (cfr. doc.18.57). Dalla documentazione in atti emerge, peraltro, che Acea8cento S.r.l. gestisce per il settore energetico del gruppo Acea un numero significativo di telefonate pari a diverse centinaia di chiamate di cui oltre la metà provengono da clienti serviti in regime di maggior tutela (vd. doc. 18.6).]

¹⁷³ [Del resto, la stessa denominazione di questa tipologia di liste di anagrafiche è direttamente evocativa del suo contenuto. Essa, infatti, è formata dall'unione dell'acronimo di Customer Relationship Management (CRM) con il nome dell'applicativo del sistema informativo che gestisce il database dei clienti del SMT. Per contro, quando una lista di anagrafiche fornite da AE ai propri *Teleseller* contiene i dati di clienti serviti sul ML essa è identificata dalla diversa estensione di file *"Lista CRM [omissis] mercato libero"*, formata dall'unione dell'acronimo CRM con la denominazione del database che gestisce i clienti di AE serviti sul ML. Le Parti, con riguardo a questa tipologia di anagrafiche hanno, infatti, chiarito trattarsi di liste che contengono le anagrafiche di clienti serviti o che sono stati serviti sul ML di AE e che i Business Partner devono contattare o per azioni di win back o per Campagne Caring, in quanto "clienti del mercato libero che hanno manifestato comportamenti che possono portare all'abbandono" e che, pertanto, "vengono chiamati per offerte migliorative" (cfr. allegato 1 al doc. 70).]

disponibilità di contatti telefonici «consensati» su Roma per le attività di teleselling in particolare per la CB [acronimo di *customer base*, n.d.r.] **Tutela**¹⁷⁴ (enfasi aggiunta).

124. La documentazione in atti consente, altresì, di quantificare precisamente quanti siano stati, sul totale dei contratti conclusi con clienti provenienti dal SMT, quelli imputabili alle campagne commerciali *outbound* realizzate dai *Teleseller* utilizzando contatti consensati a seguito di campagne di bonifica anagrafica-presca del consenso-contatto successivo e di quelle di *customer care* nel periodo 2015/agosto 2017 rispetto al totale dei contratti conclusi per il passaggio sul ML¹⁷⁵.

125. I risultati ottenuti mostrano, in primo luogo, una notevolissima crescita dell'efficacia delle varie azioni intraprese da AE per aumentare il numero di clienti tutelati con il consenso *privacy* e, quindi, contattabili per finalità di *marketing*.

126. Infatti, dalla già citata *slide* del documento 18.56 la base clienti tutelata resa contattabile per finalità di *marketing* dal successo dell'attività di c.d. presa del consenso *outbound* è aumentata, dall'agosto 2015 all'agosto del 2016, di due volte e un quarto, raggiungendo le [omissis] unità. A questi contatti del SMT consensati per fini commerciali devono aggiungersi i [omissis] contatti di clienti del SMT, che sono comunque raggiungibili dalla forza vendita di AE a scopi di *marketing*, perché "presenti su elenco pubblico DBU e su liste private [consensate]: il documento conclude, di conseguenza, sottolineando che: "questo porta la % totale di contattabilità per fini commerciali dal 15% al 54%" del totale dei clienti domestici del SMT che, infatti, all'agosto 2016, era pari a [omissis] unità.

127. Le evidenze istruttorie permettono, inoltre e soprattutto, di quantificare nel 32% la *performance* dell'attività dei *Teleseller outbound* per il periodo 2015-agosto 2017, in termini di contratti sottoscritti sul ML di AE da clienti provenienti dal SMT e contattabili perché consensati a seguito delle diverse attività svolte e sopradescritte. Infatti, nel periodo di riferimento - sulla base dei conteggi interni della stessa AE - sono transitati complessivamente dal SMT al ML di AE [omissis] unità e di queste [omissis] sono state contrattualizzate sul ML di AE mediante l'attività di *teleselling outbound*¹⁷⁶.

d) L'utilizzo da parte di AE per finalità commerciali di informazioni commercialmente sensibili nella esclusiva disponibilità di Areti

128. Le evidenze istruttorie in atti permettono, altresì, di corroborare l'ipotesi istruttoria, oggetto del provvedimento di estensione oggettiva e soggettiva del procedimento¹⁷⁷, secondo cui il Gruppo Acea avrebbe sfruttato - sempre in funzione dell'unico fine di governare a proprio vantaggio lo svuotamento del bacino degli utenti del SMT, indotto dalla prevista fine del regime di maggior tutela - l'integrazione verticale tra l'attività di distribuzione e di vendita di energia elettrica per favorire la società di vendita attraverso la condivisione di informazioni periodiche e aggiornate sul posizionamento di mercato dei propri principali concorrenti, consentendole di poter misurare costantemente l'efficacia della propria strategia commerciale e, in caso, di adeguarla di conseguenza.

129. L'analisi istruttoria ha infatti evidenziato una condivisione di informazioni sensibili tra il distributore e la società di vendita, attuata e favorita dal (vd. *supra* § III.2.1 c)) dalla nuova organizzazione informatica del Gruppo Acea, in virtù della quale AE e Areti condividono la stessa piattaforma informatica per la gestione dei clienti, avendo il Gruppo Acea optato per la sola separazione logica e non anche fisica delle rispettive banche dati.

130. L'importanza di detta modalità organizzativa nel favorire lo scambio di informazioni tra distributore e venditore trova anche conferma negli esiti della più volte citata verifica *audit* del luglio/settembre 2017. I risultati di tale attività rivelano non solo l'esistenza di condizioni che favoriscono il già descritto accesso indiscriminato delle Unità Commerciale, di Vendita e di *Marketing* di AE a informazioni commercialmente sensibili degli utenti del SMT, ma anche delle condizioni fattuali per una generale condivisione di informazioni commercialmente sensibili tra Areti e AE a cui è possibile ricondurre anche l'accertata disponibilità per AE (e il loro uso per pianificare le proprie strategie commerciali e di *marketing* sul ML) dei dati diacronici aggiornati sulla consistenza della base clienti dei suoi concorrenti sul ML.

131. Nella parte, infatti, del *report audit* dedicata alla verifica dei profili di accesso al sistema informatico unico di AE e Areti assegnati alla data del 15 giugno 2017, è emersa l'autorizzazione all'accesso indiscriminato al sistema da parte di personale di AE con ruoli organizzativi non pertinenti. In particolare, dalla verifica effettuata sui profili autorizzati ad accedere agli applicativi che gestiscono i dati degli utenti del SMT è emerso che: "**nr. 2 Utenti appartenenti a Unità di Acea Energia hanno accesso ai dati della società Areti; nr. 10 Utenti distaccati in Acea Spa e Acea Energia hanno l'accesso ai dati della società Areti; nr. 17 Utenti appartenenti a varie società esterne [...]**

¹⁷⁴ [Cfr. *slide* intitolata "Il mercato di Roma" del doc. 119.24, intitolato "Acea Energia. PIANO COMMERCIALE 2016-2017. Roma, Febbraio 2016", predisposto dall'Unità Marketing di AE.]

¹⁷⁵ [Vd. allegato 3 al doc. 119.6. Vd. anche documento allegato al doc. 18.56 (e-mail del 9 settembre 2016 inviata al Presidente di AE - che è anche Direttore dell'Area Energia del Gruppo Acea - e al Direttore commerciale di AE) che riporta i consensi ottenuti attraverso il web form, ovvero attraverso il modulo per richieste di assistenza on line: su [omissis] richieste di assistenza confermate, il 57% dei richiedenti ha prestato il proprio consenso al trattamento dei dati personali per finalità commerciali (vd. *slide* intitolata "Web form").]

¹⁷⁶ [Vd. foglio Excel allegato al doc. n. 119.6. Lo stesso documento dettaglia, ulteriormente, la riuscita dell'attività di *teleselling outbound* a seconda della provenienza delle liste utilizzate, indicando che dei suddetti [omissis] clienti tutelati passati al ML di AE a seguito di tale azione commerciale, [omissis], pari a circa il 14% del totale, derivano dalle campagne di c.d. bonifica e CSI.]

¹⁷⁷ [Vd. doc. da 102 a 107 compresi e 121 e 122.]

che hanno accesso ai dati della società Areti (enfasi aggiunta), nonché l'assegnazione di credenziali di accesso a dipendenti dell'Unità Vendite, Energy Management, Marketing e Commerciale¹⁷⁸. Del pari, con riguardo, alla piattaforma condivisa con Areti è emerso che **nr. 2 Utenti appartenenti a Unità di Acea Energia hanno accesso ai dati della società Areti; nr. 2 Utenti appartenenti a Unità di Acea S.p.A. hanno accesso ai dati della società Areti; nr. 11 Utenti distaccati in Acea Spa e Acea Energia hanno l'accesso ai dati della società Areti** [...] sono emersi nr. 64 Utenti non censiti con matricola aziendale associati a consulenti interni esterni/altro e altresì nr. 33 Utenti appartenenti a Unità di Acea Energia a ruoli ICT; nr. 6 Utenti appartenenti a Unità di Acea Spa associati a ruoli ICT [...]”¹⁷⁹ (enfasi aggiunta). Sono state riscontrate autorizzazioni all'accesso a personale di AE appartenente alle Unità di Vendite, Energy Management, Marketing e Commerciale¹⁸⁰.

132. Il report conclude, sul punto, rilevando criticamente che: “l'assegnazione dei profili utente relativa sia al sistema [di gestione del data base clienti serviti in regime di maggior tutela] che [alla piattaforma condivisa con Areti] non appare coerente con i principi previsti dalla procedura «Gestione degli accessi logici ai sistemi informatici del gruppo Acea» che regolamentano gli accessi ai sistemi [...]. In particolare l'assegnazione di profili a personale [...] di Acea Energia o di altre Società del Gruppo **con visualizzazione dei dati di competenza di Areti a personale delle unità Vendite; Energy Management; Marketing; Commerciale;** nonché l'associazione di profili tecnici [...] che consentono agli assegnatari, sia di Acea che di aziende esterne, di eseguire qualsiasi operazione sui dati dei sistemi, amplifica il rischio di utilizzo non consono delle ICS rispetto a quanto previsto dall'articolo 22 del TIUF. [...] Si raccomanda [...] di provvedere a una revisione complessiva dei profili e [del sistema informatico unico condiviso da AE e da ARETI; verificarne periodicamente la corretta attribuzione assicurando la coerenza tra ruoli organizzativi e profili di accesso [...]. Si raccomanda altresì di assicurare [...] l'accessibilità alle ICS esclusivamente a personale con ruoli organizzativi pertinenti l'attività da svolgere” ¹⁸¹.

133. Si osserva, inoltre, che nello stesso periodo in cui è intervenuta la nomina del nuovo Presidente di Areti (nella persona del Presidente uscente di AE) vi è stato un ulteriore travaso verso Areti di dirigenti provenienti da AE o da Acea e, in particolare: il passaggio del responsabile dell'Unità Customer Care di AE al vertice dell'Unità Business Process Improvement di Areti e del Responsabile dell'Ufficio Reclami e conciliazione di Acea al vertice del Legale societario regulatory di Areti¹⁸².

134. Dato questo quadro di evidente permeabilità informativa del venditore AE con il distributore del gruppo, alcuni documenti illustrano come AE abbia concretamente beneficiato, nei periodi di tempo di interesse istruttorio, di una conoscenza esatta, mensilmente aggiornata e distinta per tipologia (domestica, business e altri usi), della consistenza numerica dei clienti serviti da tutti i suoi concorrenti sul ML della vendita di energia elettrica nei comuni di Roma e Formello e che questo tipo di informazioni sia stata oggetto di specifico monitoraggio da parte di AE e dalla stessa utilizzata per la definizione della propria politica industriale e di marketing.

135. In proposito, appare particolarmente eloquente il documento ispettivo intitolato “Competitor mercato libero”¹⁸³, datato “Ottobre 2016”, dove sono inserite tabelle che riportano mensilmente - per il periodo dal gennaio al dicembre 2015 e dal gennaio all'ottobre il 2016 (stessa data del documento) - la consistenza, in termini unitari e percentuali, dei clienti di AE e dei principali concorrenti sul ML di Roma, distinti per tipologia di utenze (domestiche e altri usi) e cumulativamente per entrambe le tipologie. Di seguito è inserita la stessa tabella presente nel citato documento e relativa alla consistenza dei clienti dei principali venditori allacciati alla rete Areti nel biennio 2015-2016.

¹⁷⁸ [Cfr. doc. 119.63 (pag. 23 e 24) e 119.61 (pag. 24 e 25).]

¹⁷⁹ [Cfr. doc. 119.63 (pag. 24-26) e 119.61 (pag. 25-27).]

¹⁸⁰ [Cfr. ibidem.]

¹⁸¹ [Cfr. ibidem. Per completezza, si rappresenta che il Gestore Indipendente di Areti ha definito e pubblicato sul sito internet della società i documenti per conformarsi agli obblighi di separazione funzionale imposti dal TIUF ai distributori verticalmente integrati e, in particolare, le modalità di gestione e messa a disposizione delle informazioni commercialmente sensibili al di fuori dei casi relativi ai c.d. processi regolati, a fine dicembre 2017 (quindi dopo l'audit report). Cfr. “Procedura ai sensi degli articoli 18, 19 e 20 del Testo Integrato di Unbundling Funzionale (TIUF)”, pubblicato sul sito internet di Areti alla pagina web <https://www.aret.it/pages/ccrmsf.php> e che riporta la data del 21 dicembre 2017.]

¹⁸² [Vd. doc. 116 (verbale ispettivo di Areti).]

¹⁸³ [Cfr. doc. 18.12.]

Tabella n. 1: fonte doc. 18.12

Competitor 2015/16: Quote mercato libero Domestici + Altri Usi

2015	PROGRESSIVO TOTALE MASS MARKET																
	ACEA E		E.N.I.		EDISON		ENEL		SORGENIA		GDF		ALTRI		TOTALE		
Gennaio	O		O		O		O		O		O		O		O	100,0%	
Febbraio	m	35-40%	m	25-30%	m	5-10%	m	10-15%	m	1-5%	m	<1%	m	5-10%	m	100,0%	
Marzo	i		i		i		i		i		i		i		i	100,0%	
Aprile	s		s		s		s		s		s		s		s	100,0%	
Maggio	s		s		s		s		s		s		s		s	100,0%	
Giugno	s		s		s		s		s		s		s		s	100,0%	
Luglio	i	30-35%	i	30-35%	i	5-10%	i	15-20%	i	1-5%	i	<1%	i	10-15%	i	100,0%	
Agosto	s		s		s		s		s		s		s		s	100,0%	
Settembre	s		s		s		s		s		s		s		s	100,0%	
Ottobre																	100,0%
Novembre																	100,0%
Dicembre															100,0%		
TOTALI	omissis	30-35%	omissis	30-35%	omissis	5-10%	omissis	15-20%	omissis	1-5%	omissis	<1%	omissis	10-15%	omissis	100,0%	

2016	PROGRESSIVO TOTALE MASS MARKET																
	ACEA E		E.N.I.		EDISON		ENEL		SORGENIA		GDF		ALTRI		TOTALE		
Gennaio	O		O		O		O		O		O		O		O	100,0%	
Febbraio	m	30-35%	m	30-35%	m	5-10%	m	15-20%	m	1-5%	m	<1%	m	10-15%	m	100,0%	
Marzo	i		i		i		i		i		i		i		i	100,0%	
Aprile	s		s		s		s		s		s		s		s	100,0%	
Maggio	s		s		s		s		s		s		s		s	100,0%	
Giugno	s		s		s		s		s		s		s		s	100,0%	
Luglio	i	30-35%	i	30-35%	i	5-10%	i	15-20%	i	1-5%	i	<1%	i	10-15%	i	100,0%	
Agosto	s		s		s		s		s		s		s		s	100,0%	
Settembre	s		s		s		s		s		s		s		s	100,0%	
Ottobre																	100,0%
Novembre																	100,0%
Dicembre															100,0%		
TOTALI	omissis	30-35%	omissis	30-35%	omissis	5-10%	omissis	15-20%	omissis	1-5%	omissis	<1%	omissis	10-15%	omissis	100,0%	

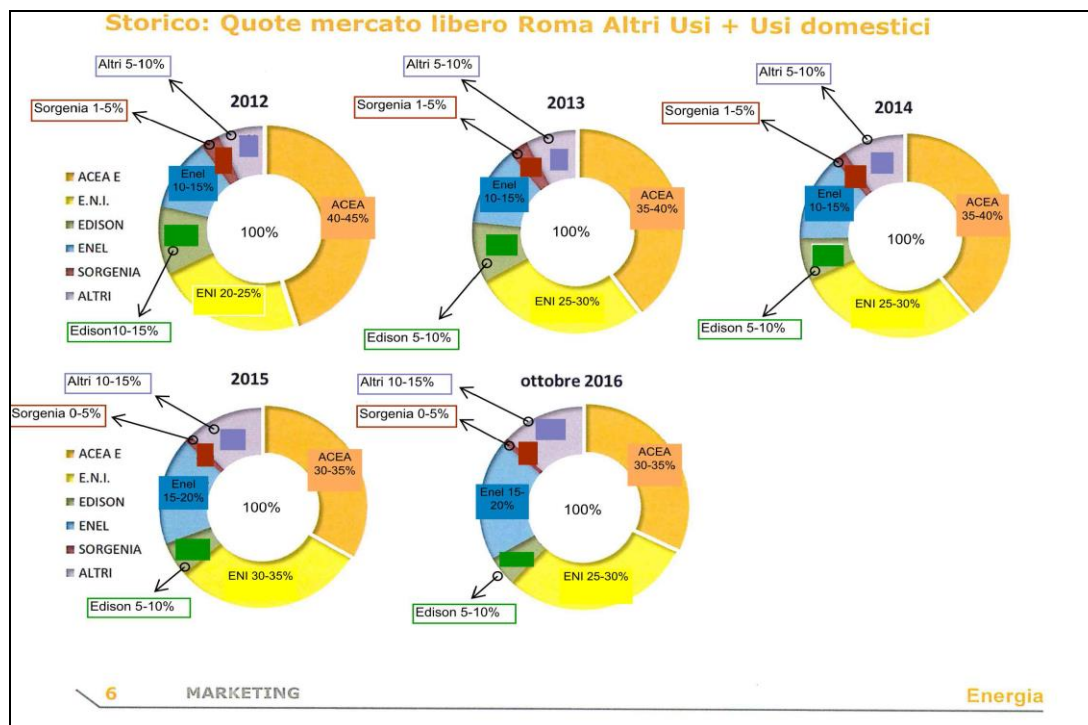
3

MARKETING

Energia

136. Lo stesso documento contiene, altresì, grafici a torta che sintetizzano le posizioni di mercato di AE e dei principali concorrenti dal 2012 a ottobre 2016. Il posizionamento di mercato è indicato in termini percentuali per tutti gli operatori considerati a eccezione delle posizioni di AE, di ENI e di Enel, che sono indicate sia in termini unitari che percentuali ed è, altresì, ripotato il numero totale dei clienti serviti sul mercato libero nel territorio di Roma. Di seguito, a titolo esemplificativo, sono riprodotti i grafici a torta relativi allo "Storico: Quote mercato libero Roma altri Usi + Usi domestici 2012-2016" contenuti nel documento citato. Il medesimo spaccato di mercato è inserito, con le stesse modalità grafiche, con riguardo allo "Storico: Quote di mercato libero Roma Altri Usi" e allo "Storico: Quote mercato libero Roma Usi Domestici".

Tabella n. 2: fonte doc. 18.12



137. Informazioni della stessa natura sono, altresì, contenute nel documento ispettivo intitolato "Acea Energia Distribuzione Competitor Roma. Roma, maggio 2017" che, come anticipa la sua stessa intitolazione, "è volto al monitoraggio della distribuzione dei clienti sul territorio romano sui diversi mercati e trader. I dati si riferiscono alla consistenza sul mercato della Maggior Tutela e Libero, divise per Altri usi e domestici su rete Acea"¹⁸⁴. Il documento contiene, infatti, tabelle e istogrammi, che dettagliano, in termini unitari e percentuali, la consistenza numerica e la quota di mercato detenuta, ad aprile 2017 (vale a dire, l'ultimo dato disponibile a consuntivo al momento della redazione del documento che è, appunto, datato maggio 2017), da AE e dai suoi principali concorrenti nel ML, sia sul numero totale di utenze attive, sia distinguendo tra utenze domestiche e altri usi, così come riportato nella tabella che segue e che riproduce quelle contenute nel citato documento¹⁸⁵.

¹⁸⁴ [Cfr. doc. 18.4.]

¹⁸⁵ [Le stesse elaborazioni sono svolte anche con riguardo alla quota di mercato detenuta da AE e dai suoi principali concorrenti nel solo ML con riguardo alle utenze residenziale a quelle allacciate per altri usi e sommando le due tipologie di utenza.]

Tabella n. 3: fonte doc. n. 18.4

Quote mercato Maggior Tutela + Mercato Libero

Domestico

2017	n.	Aprile %
ACEA ENERGIA MERCATO TUTELATO		55-60%
ACEA ENERGIA	o	10-15%
E.N.I.	m	10-15%
ENEL ENERGIA	i	5-10%
EDISON ENERGIA	s	1-5%
ILLUMIA	s	<1%
SORGENIA	i	<1%
IREN MERCATO	s	<1%
ALTRO		1-5%
Totale	omissis	

Altri Usi

2017	n.	Aprile %
ACEA ENERGIA MERCATO TUTELATO		50-55%
ACEA ENERGIA	o	15-20%
ENEL ENERGIA	m	10-15%
E.N.I.	i	5-10%
ELECTRA ITALIA	s	1-5%
EDISON ENERGIA	s	1-5%
E.ON ENERGIA	i	1-5%
SORGENIA	s	1-5%
ALTRO		5-10%
Totale	omissis	

Domestico + Altri Usi

2017	n.	Aprile %
ACEA ENERGIA MERCATO TUTELATO	o	55-60%
ACEA ENERGIA	m	10-15%
E.N.I.	i	10-15%
ENEL ENERGIA	s	5-10%
EDISON ENERGIA	s	1-5%
SORGENIA	i	<1%
ALTRO	s	1-5%
Totale	omissis	

acea
energia

Marketing

aceea
energia

Marketing

138. L'analogo documento ispettivo, intitolato "Acea Energia. Distribuzione Competitor Roma" e aggiornato al settembre 2017¹⁸⁶, riporta, distintamente per i mesi da aprile ad agosto 2017, la consistenza numerica e percentuale della base cliente di Acea (distinta tra utenti del SMT e clienti sul ML) e dei suoi principali concorrenti nell'area di Roma. Anche in questo caso, i dati sono inseriti in tabelle distinte che riportano, rispettivamente, le consistenze in forma aggregata SMT e ML e con riguardo al solo ML (in entrambi i casi i dati sono, altresì, ulteriormente distinti, in altrettante tabelle, per tipologia di utenza - domestica e altri usi - e aggregato domestici e altri usi).

139. Ulteriore conferma dell'esistenza di un'anomala osmosi informativa tra la società di distribuzione e di vendita del Gruppo Acea è l'acquisizione, presso la postazione dell'allora Presidente/Responsabile Area Energia di ACEA (poi nominato presidente di Areti nell'ottobre 2017), del documento relativo alle "Linee strategiche di Areti 2017-2021", predisposto per il Consiglio di Amministrazione della Capogruppo del febbraio 2017¹⁸⁷.

e) L'importanza delle informazioni trasmesse da Areti ad AE

140. Numerosi elementi agli atti del procedimento testimoniano l'importanza centrale che AE attribuisce, per l'attuazione delle proprie strategie commerciali, alla conoscenza dei dati provenienti dal distributore, che danno conto con estrema precisione e a costo nullo degli esiti delle condotte commerciali dei concorrenti e del proprio posizionamento di mercato.

141. La necessità di contrastare l'azione dei concorrenti nell'acquisizione di clienti dal servizio di maggior tutela è un tema costante della documentazione strategica agli atti del procedimento. In generale, l'attività di definizione delle iniziative da adottare nello sviluppo dell'offerta commerciale del Gruppo fa sempre riferimento alle condotte dei concorrenti, anche per aspetti collaterali rispetto al *business* principale, come la vendita di servizi energetici accessori¹⁸⁸ o l'offerta della c.d. "tutela simile"¹⁸⁹. Anche nel documento che introduce la selezione del soggetto che dovrà sviluppare le nuove caratteristiche dei marchi per la vendita di energia elettrica sia in maggior tutela che sul mercato libero, due dei quattro "principali" obiettivi commerciali di Acea Energia fanno riferimento al confronto coi concorrenti¹⁹⁰ e il primo compito dell'aggiudicatario della commessa dovrà essere "Strategia di posizionamento, analisi dei competitor"¹⁹¹.

¹⁸⁶ [Vd. doc. 18.67.]

¹⁸⁷ [Vd. doc. 18.7 e l'identico doc. 18.23.]

¹⁸⁸ [Cfr. doc. 18.30, nel quale si analizza nel dettaglio il panorama delle offerte di tutti i concorrenti in tali servizi.]

¹⁸⁹ [Cfr. le slide al riguardo contenute nel doc. 14.3 (marzo 2017) e doc. 18.9 (febbraio 2017).]

¹⁹⁰ [Nel documento (18.31) si legge infatti sia "Incentivare il passaggio dei clienti di Acea Energia dal mercato tutela al mercato libero (ca 900 k a Roma) contenendo il rischio del passaggio verso il mercato libero dei principali concorrenti (Enel ed Eni su tutti) con conseguente drastica contrazione della propria quota di mercato" sia "Riconquistare i clienti che da Acea Energia sono passati sul mercato libero con i principali concorrenti (ca 450k a Roma)".]

¹⁹¹ [Doc. 18.31.]

142. In quest'ottica, la società stessa fa consapevolmente affidamento sui dati forniti dal distributore per studiare la struttura del mercato ed adottare iniziative commerciali "mirate". In un documento dell'ottobre del 2016, che contiene una bozza di *"linee guida strategia commerciale Acea Energia"*, tra le *"azioni/iniziative commerciali"* elencate è ricompresa, in uno specifico *bullet*, l'*"Analisi database su 'rete acea' per azioni mirate verso clienti tutela/concorrenza"*¹⁹². Vale ricordare che l'espressione *"rete Acea"* è esattamente quella utilizzata nei documenti citati in precedenza per fare riferimento all'ambito di attività del distributore Areti¹⁹³.

143. Non è, dunque, affatto sorprendente che le informazioni trasmesse dal distributore siano incluse in numerosi documenti di pianificazione strategica delle attività di AE. Ad esempio, gli stessi grafici a torta dal 2012 al 2015 riportati nel citato doc. 18.12 sono presenti anche nel documento *"Acea energia. Piano Commerciale 2016-2017"*, datato febbraio 2016 e predisposto dall'unità *Marketing* della Società¹⁹⁴, dove l'analisi dettagliata del posizionamento di mercato di AE rispetto ai principali concorrenti costituisce la base per la conseguente definizione delle proprie attività commerciali al fine di aumentare la propria quota di mercato sul ML e, di conseguenza, contrastare l'aggressività dei *competitor* e - come descritto in precedenza (vd. *supra* § III.2.2 b)) - focalizzate sull'aumento della consistenza delle anagrafiche debitamente consensate degli utenti del SMT al fine della loro contattabilità per scopi commerciali sul ML. L'aspetto di vero interesse del documento risiede nel fatto che, ai fini dell'analisi del posizionamento di mercato dei vari concorrenti, non sono stati ritenuti soddisfacenti da parte dell'Unità *Marketing* di AE, i dati pubblicati dall'ARERA e dall'AU nelle proprie relazioni pubbliche annuali e questo, evidentemente, perché aggiornati solo al 2014 ed espressi in termini di volumi di consumi (GWh)¹⁹⁵ e non di effettiva consistenza numerica della base clienti di ciascun operatore allacciato alla rete distributiva di Areti.

144. Identici dati unitari e percentuali sono stati utilizzati da AE anche nel documento intitolato *"Acea Energia Piano Commerciale 2017-2018, Roma, novembre 2016"*¹⁹⁶, per valutare l'impatto che l'evoluzione del contesto normativo potrebbe determinare sulle dinamiche del mercato nei prossimi anni, sia nel caso in cui si verificasse lo *"scenario 1"* di *"permanenza delle condizioni simili a quelle attuali o ulteriori proroghe"*, sia che si verificasse lo *"scenario 2"* di definitiva cessazione *"del servizio di Tutela inteso alle attuali condizioni"*²¹⁹⁷.

145. Del resto, la ricerca e disponibilità da parte di AE e, in particolare, della sua Unità *Sales Marketing & Credit Collection*, di informazioni che le consentissero di monitorare costantemente l'evoluzione della concorrenza al fine di raggiungere gli obiettivi assegnategli in termini di *"margini, volumi e quote di mercato per tuti segmenti"*, è in linea con i compiti aziendali che, come risulta sempre dalle conclusioni dell'attività di *audit* interno è proprio quella svolgere il costante monitoraggio dell'evoluzione della concorrenza¹⁹⁸ consentendo, di conseguenza, all'Unità di *business* di AE preposta alla promozione e vendita di forniture energetiche sul ML l'esatta conoscenza del proprio posizionamento di mercato nel tempo su entrambi i segmenti (*i.e.* tutelato e libero) e rispetto ai principali concorrenti, per perseguire l'obiettivo unico di "svuotare" il bacino clienti tutelati per "riempire" quello dei clienti sul proprio ML.

III.2.3 Evidenze sulle dinamiche di mercato

146. Al fine di inquadrare le condotte di AE nel contesto di mercato nel quale sono state adottate, sono state richieste informazioni sulla mobilità della clientela sia al distributore Areti sia ad ARERA (che ha accesso ai dati del Sistema Informativo Integrato gestito dall'Acquirente Unico). In particolare, si è svolta una analisi descrittiva delle evidenze

¹⁹² [Doc. 18.57.]

¹⁹³ [I rappresentanti di Acea e di AE hanno sostenuto che: l'espressione «analisi data base su rete Acea per azioni mirate verso clienti tutela/concorrenza» di cui al doc. 18.57, si riferisce a un'ordinaria attività di «filtro» delle liste dei contattati da trasmettere ai Teleseller al fine di eliminare contatti che corrispondono a clienti già forniti da AE sul mercato libero. Le Società, in proposito, hanno, altresì, precisato che l'espressione "rete Acea" contenuta nel medesimo documento non si riferisce alla rete informatica del Gruppo ma alla perimetrazione territoriale dei clienti da contattare, rientranti nelle zone di Roma e Formello (doc. 70). In realtà, tale spiegazione non appare affatto convincente, posto che, oltre ad essere molto meno immediata di quella che invece fa riferimento, come suggerito nel testo, allo studio del database fornito dal distributore, appare anche difficilmente compatibile con la lettera della frase citata, che parla di "analisi" e non di "filtro" o "selezione" e rimanda, comunque, anche ad azioni mirate verso clienti "concorrenza" che non sono ricompresi, anche stando a quanto illustrato nelle precedenti sezioni, negli elenchi di contatti utilizzati dalla società.]

¹⁹⁴ [Vd. doc. 119.24, slide intitolata "Quote di mercato libero ee: focus Roma - Usi Domestici" la successiva slide intitolata "Quote di mercato libero ee: focus Roma - Usi Vari".]

¹⁹⁵ [Vd. doc. 119.24, slide intitolate: "Concentrazione del mercato: quote di mercato elettrico 2/1"; "Concentrazione del mercato: quote di mercato elettrico 2/2" ed "Evoluzione mercato libero e mercato tutela energia elettrica".]

¹⁹⁶ [Cfr. doc. 18.40.]

¹ [97 Nel primo caso, AE prevede che nel prosieguo del 2017 e nel 2018 riuscirà, sostanzialmente, a difendere l'attuale complessiva posizione di mercato (SMT+ML) rispetto ai suoi diretti concorrenti mentre, nel secondo caso, prevede per il 2018 una contrazione della sua quota complessiva di mercato e un'inevitabile diversa distribuzione della stessa a vantaggio della quota di mercato sul ML. Questi documenti costituiscono, quindi, un aggiornamento ulteriore rispetto al precedente "Piano Commerciale 2016-2017, Roma febbraio 2016", dove le stesse informazioni sulle quote di mercato di Acea e dei principali concorrenti coprivano il periodo 2012-2015.]

¹⁹⁸ [Cfr. doc. 119.64 e 119.62.]

empiriche disponibili in merito ai cambiamenti di fornitore registrati tra 2014 e 2017 nei territori nei quali AE esercisce il servizio di vendita in maggior tutela¹⁹⁹.

147. In primo luogo, la quota dei clienti passati ad AE, sul totale dei clienti usciti dalla maggior tutela²⁰⁰ è stata posta a confronto con la quota di clienti dalla stessa acquisiti sul segmento del libero sul totale dei clienti che su tale segmento hanno cambiato fornitore²⁰¹. Tale analisi ha evidenziato come la *performance* di AE nell'attrarre clienti domestici dalla maggior tutela abbia avuto, nel periodo considerato, un andamento sostanzialmente in linea con la *performance* di acquisizione registrata sul segmento del libero, ancorché tra il 2016 ed il 2017 abbia mostrato una tendenza alla crescita più marcata di quella osservata per la quota di clienti che, avendo cambiato fornitore sul segmento del libero, sono stati acquisiti da AE²⁰². Quanto ai clienti non domestici, la *performance* di acquisizione da parte di AE, che ha mostrato andamenti decrescenti nei due segmenti di mercato tra il 2014 ed il 2016, nell'ultimo anno ha fatto registrare dinamiche divergenti, in netta crescita sul segmento della maggior tutela ed in calo sul segmento del libero²⁰³.

148. È stata, altresì, analizzata, in un'ottica comparativa della *performance* dei diversi operatori²⁰⁴, la capacità di attrarre clienti domestici dalla maggior tutela e trasferirli sul segmento del libero confrontando la percentuale di clienti domestici in uscita dalla maggior tutela che ciascun operatore ha acquisito²⁰⁵ con la sua quota di mercato sul segmento del libero (come indicatore della sua "capacità attrattiva" potenziale). In questa prospettiva, si osserva come, nei primi anni del periodo considerato, AE abbia registrato *performance* in linea (o anche inferiori) rispetto ai concorrenti, salvo poi arrivare a superarli, anche nettamente, per quanto riguarda la clientela domestica a partire dal 2016 e per quelli non domestici nel 2017²⁰⁶.

149. Ancora in un'ottica comparativa tra operatori è stato messo a confronto il numero di nuovi clienti provenienti dalla maggior tutela (in rapporto al totale delle attivazioni che include anche quelle di clienti provenienti da altri fornitori attivi sul ML) con il flusso di attivazioni che ci si sarebbe potuti attendere, data la dimensione relativa del flusso di clienti in uscita dalla maggior tutela (in rapporto al numero complessivo di clienti che, avendo cambiato fornitore, erano potenzialmente oggetto di azioni commerciali da parte della società²⁰⁷). Tale analisi ha evidenziato come, tra gli utenti attivati da AE, i clienti domestici provenienti dalla maggior tutela abbiano una rilevanza superiore a quella che tale tipologia di clienti ha per altri operatori a partire dal 2015, mentre questa evidenza è riscontrabile per i clienti non domestici solo in alcuni anni (segnatamente nel 2015 e nel 2017).

150. Tali evidenze, relative alla rilevanza per AE della clientela servita in maggior tutela, sono confermate anche dal confronto tra il peso delle attivazioni provenienti dalla maggior tutela sul totale delle attivazioni, e la dimensione

¹⁹⁹ [Le informazioni sugli switching da e verso la maggior tutela, nonché all'interno del mercato libero fatti registrare da AE e dai principali concorrenti per gli anni dal 2014 al 2017 sono state fornite dalla società di distribuzione del gruppo Acea (Areti) e dunque, come detto, si riferiscono alle aree nelle quali il servizio di maggior tutela è svolto da AE.]

²⁰⁰ [Vale a dire, dove ed sono rispettivamente il numero di clienti acquisiti dall'impresa i-esima provenienti dalla maggior tutela e passati sul segmento del libero e il numero totale di clienti in uscita dalla maggior tutela.]

²⁰¹ [Si tratta del rapporto, dove ed sono rispettivamente il numero di clienti acquisiti dall'impresa i-esima provenienti dal libero e il numero totale di clienti che hanno cambiato fornitore sul segmento del libero.]

²⁰² [AE si è accaparrata il [40-50]% nel 2014 il [20-30]% nel 2015, il [40-50]% nel 2016 e il [50-60]% nel 2017 degli utenti domestici del SMT passati al mercato libero, mentre la quota di AE sui clienti domestici già sul mercato libero che hanno cambiato fornitore è stata pari al [30-40]% nel 2014, al [10-20]% nel 2015, al [20-30]% nel 2016 e al [40-50]% nel 2017.]

²⁰³ [La dinamica di acquisizione da parte di AE nel segmento dei clienti non domestici ha comportato una fase calante tra il 2014 e il 2016 ([30-40]% nel 2014; [30-40]% nel 2015; [20-30]% nel 2016) a cui è però seguita una ripresa nel 2017 ([30-40]% a fronte invece di un declino costante della quota di acquisizione di clienti già sul mercato libero ([20-30]% nel 2014; [10-20]% nel 2015; [10-20]% nel 2016; [10-20]% nel 2017).]

²⁰⁴ [In particolare, le analisi che seguono hanno riguardato, oltre ad AE, anche i seguenti operatori, suoi concorrenti, sempre con riferimento, ovviamente, ai dati riferiti a questi ultimi fatti registrare nei territori nei quali Areti svolge il servizio di distribuzione di energia elettrica e AE quello di vendita in maggior tutela: Enel Energia S.p.A., A2A Energia S.p.A., Hera Comm S.r.l., Eni Gas e Luce S.p.A., Iren Mercato S.p.A., Axpo Italia S.p.A., Eon Energia S.p.A., Sogenergia S.p.A., Edison Energia S.p.A., Green Network S.p.A..]

²⁰⁵ [Vedi nota nella quale, in precedenza, si definisce.]

²⁰⁶ [Per la clientela domestica, infatti, nel 2016 e nel 2017 AE ha registrato una differenza tra la sua quota di acquisizione clienti usciti dalla maggior tutela e la sua quota di mercato sul segmento del libero superiore a quella fatta registrare dai concorrenti. Per i non domestici, invece, solo nel 2017 AE ha evidenziato una performance (nei termini sopra indicati di differenza tra quota di attivazioni dalla maggior tutela e quota di mercato sul segmento del libero) migliore di quella degli altri operatori.]

²⁰⁷ [Si tratta della differenza -. Il primo termine è dato dal rapporto, dove è il numero di nuove attivazioni servite sul mercato libero a favore dell'impresa i-esima relative ad utenze in precedenza servite in regime di maggior tutela; rappresenta invece il totale dei nuovi clienti acquisiti dall'impresa i-esima in un anno, comprensivi sia dei clienti usciti dalla maggior tutela sia dei clienti già serviti sul mercato libero che hanno cambiato fornitore. Il secondo termine è dato dal rapporto, dove indica rispettivamente il totale di clienti che nell'anno in questione escono dalla maggior tutela, qualunque sia il fornitore al quale sono stati destinati, mentre rappresenta il totale di clienti (serviti sia sul segmento della maggior tutela sia del libero) che nel medesimo anno cambiano fornitore, al netto dei clienti usciti dall'impresa i-esima.. indica infatti il numero di clienti che l'impresa i-esima è in grado di acquisire e per tale ragione vanno esclusi dai flussi di clienti che cambiano operatore quelli che escono dalla medesima. L'indicatore così costruito per AE è pari, per i clienti domestici, a 6,5% nel 2014, 10,4% nel 2015, 13,1% nel 2016 e 9,1% nel 2017, e, per i clienti non domestici, a 9,1% nel 2014, 15,1% nel 2015, 10,7% nel 2016 e 26% nel 2017. Nel caso dei clienti domestici, l'indicatore ha assunto per A2A Energia S.p.A. un valore superiore a quello di AE nel 2014 (14,1%); con riferimento alla clientela non domestica, Green Network S.p.A. nel 2014 (14,6%), Edison Energia S.p.A. ed A2A Energia S.p.A. nel 2016 hanno registrato valori dell'indicatore maggiori di quelli di AE (rispettivamente pari a 21,5% e 30,8%).]

relativa di tale bacino rispetto allo *stock* complessivo di clienti potenzialmente attivabili da parte di AE (in quanto appartenenti al segmento della maggior tutela oppure serviti da altri operatori sul segmento del libero²⁰⁸).

151. In conclusione, l'analisi descrittiva compiuta sulle informazioni disponibili mostra che la struttura di acquisizione di nuovi clienti di AE nei territori nei quali la società collegata Areti esercita il servizio di maggior tutela tende ad essere sbilanciata verso le acquisizioni dalla maggior tutela negli ultimi anni.

IV. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

152. Di seguito, sono partitamente riassunte le argomentazioni difensive presentate dalle Parti e quelle svolte da soggetti ammessi a partecipare al procedimento istruttorio.

IV.1 LE ARGOMENTAZIONI DI ACEA E AE SULLA ASSENZA DI UNA POSIZIONE DOMINANTE DI AE

153. Le Parti sostengono²⁰⁹, anche richiamando le osservazioni di ENI²¹⁰, che la pretesa dominanza di AE sul mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica sia la conseguenza di un'errata perimetrazione, da parte degli Uffici, del mercato rilevante sia del prodotto che geografico. Gli Uffici, infatti, si sarebbero, in merito, limitati a ripetere acriticamente una prassi decisionale dell'Autorità non più attuale, in quanto maturata in un contesto di mercato risale e caratterizzato - a differenza dell'attuale - da un processo di liberalizzazione ancora acerbo e da un numero molto limitato di operatori attivi a livello nazionale, in quanto i clienti ex vincolati erano sostanzialmente rimasti tutti con l'operatore esercente il SMT.

154. Del resto anche lo stesso Regolatore, nel suo ultimo Rapporto *retail*, riconoscerebbe - ad avviso delle Parti - che la concorrenza tra operatori sia oramai definitivamente attestata su un ambito geografico nazionale, come dimostrerebbe, in particolare: la ripartizione sostanzialmente paritaria della base clienti servita in regime di MT e sul ML; l'omogeneità delle condizioni concorrenziali in ambito nazionale e l'incremento del numero di offerte attivabili sull'intero territorio nazionale, reso evidente dall'interrogazione del "Portale delle offerte" presente sul sito *internet* istituzionale dell'ARERA.

155. Sotto il profilo merceologico, la CRI avrebbe, invece ed erroneamente, ritenuto indistinta la fornitura al dettaglio di energia elettrica in regime di maggior tutela rispetto alla vendita a libero mercato nonostante, nel primo caso, si tratti della prestazione di un servizio pubblico assistito da obblighi specifici e prestato a prezzi regolati e, quindi, ontologicamente diverso dalla vendita sul ML.

156. A fronte, quindi, di una corretta ricostruzione della dimensione del mercato, le Società hanno contestato l'esistenza del presupposto istruttorio della dominanza di AE.

IV.2 LE ECCEZIONI PRELIMINARI DI ACEA E AE

157. Le Società, in premessa, hanno contestato quello che ritengono essere l'assunto fondativo delle contestazioni degli Uffici, vale a dire la loro riconduzione a scelte organizzative preordinate ad assicurare un vantaggio concorrenziale ad AE. L'assetto societario/organizzativo del Gruppo Acea nel settore elettrico sarebbe, invece, la conseguenza naturale del suo necessario adeguamento all'evoluzione normativa e regolamentare di settore che ha, in particolare, imposto ai Gruppi verticalmente integrati obblighi di separazione societaria e di differenziazione del marchio tra l'attività di distribuzione e quella di vendita e, all'interno di quest'ultima, obblighi di c.d. *debranding* e di differenziazione delle politiche di comunicazione tra l'attività di esercente la MT e quella di operatore a mercato libero. Del pari, legittima sotto il profilo regolatorio, è la scelta di separare solo logicamente e non anche fisicamente il sistema informativo relativo all'attività di distribuzione rispetto a quello dell'attività di esercente la MT.

158. Le Società del Gruppo Acea hanno, altresì, eccepito il ricorrere di un vizio di rito che si riverbererebbe in violazione dei diritti di difesa, consistente nella modifica, in sede di CRI, delle condotte oggetto di imputazione ad AE, senza previa loro riformulazione. Le Parti ritengono, precisamente, che l'imputazione sarebbe passata dall'iniziale contestazione della predisposizione da parte di AE di offerte commerciali non replicabili dai concorrenti e mirate ai clienti del SMT per indurli a passare sul proprio ML, all'addebito ad AE di una strategia abusiva incentrata sull'utilizzo delle anagrafiche della clientela del MT per creare - previa acquisizione del loro consenso *privacy* - una base clienti contattabile a scopi commerciali per il loro trasferimento sul ML²¹¹.

²⁰⁸ [In questo caso il valore di riferimento è dato dunque dal peso del segmento della maggior tutela sul mercato complessivo nell'anno precedente. Con riguardo a questo secondo confronto, va considerato che il peso ancora molto importante dello stock di clientela in maggior tutela e la mobilità relativamente più elevata fatta registrare dagli utenti che sono già passati sul mercato libero fanno sì che sia molto difficile, per un operatore, avere una quota di clienti provenienti dalla maggior tutela sul totale delle proprie nuove acquisizioni che uguali o superiori l'indicatore di riferimento, cioè il peso sul numero totale dei clienti rappresentato dai clienti ancora serviti in maggior tutela. Detto in altri termini, la differenza - tende ad avere valori in genere fortemente negativi, più elevati, in valore assoluto, di quelli registrati dal precedente confronto tra la medesima struttura di acquisizione di ogni società e la composizione media dei flussi di clienti. Per questo motivo, anche AE ha, sia per i clienti domestici che per i non domestici e in tutti e quattro gli anni, dei valori negativi della predetta differenza -.]

²⁰⁹ [Vd. memoria congiunta nell'interesse di Acea e AE (doc. 346).]

²¹⁰ [Vd. doc. 77 e più diffusamente infra nel testo.]

²¹¹ [Vd. memoria congiunta nell'interesse di Acea e AE (doc. 346).]

IV.3 LE ARGOMENTAZIONI DI ACEA E AE IN MERITO ALL'ESISTENZA DI UNA STRATEGIA PERORDINATA ALL'ACQUISIZIONE DEL CONSENSO PRIVACY PER FINALITÀ DI MARKETING E ALLA SUCCESSIVA PREDISPOSIZIONE DI OFFERTE MIRATE PER IL PASSAGGIO DAL MT AL ML

159. Nonostante i denunciati vizi logici e procedurali che invaliderebbero l'azione degli Uffici, le Parti hanno, comunque, replicato agli addebiti sostenendo: l'erroneità della ricostruzione delle modalità di raccolta del consenso *privacy* al trattamento per finalità commerciali dei dati di contatto della clientela tutelata; l'indimostrabilità, perché mai attuata, di una strategia commerciale diretta a promuovere offerte mirate ai soli clienti del SMT che avessero prestato il consenso al trattamento dei propri dati di contatto per finalità commerciali e, di conseguenza, l'inesistenza di un'attività volta all'utilizzo selettivo delle anagrafiche dei clienti tutelati previa loro profilazione e il fraintendimento delle finalità delle campagne svolte dai *Teleseller* contrattualizzati da AE per l'attività di c.d. bonifica e di *customer survey interview* (CSI).

160. Le Parti, più in particolare, hanno respinto l'accusa secondo cui AE avrebbe raccolto in maniera discriminatoria i consensi *privacy* dei clienti tutelati per procedere successivamente al loro contatto per la promozione di offerte sul ML della stessa AE. Infatti, a differenza di quanto ricostruito nella CRI, la modulistica contrattuale utilizzata da AE anche per le campagne di c.d. bonifica e CSI ha sempre previsto la possibilità per il cliente contattato di rilasciare il consenso al trattamento dei dati personali per finalità commerciali *"di società esterne situate anche all'estero, che agiscono nell'interesse di Acea o proprio alle quali i suddetti dati potranno essere trasmessi"*.

161. In ogni caso, Acea e AE hanno sottolineato che il *focus* delle campagne di c.d. bonifica e CSI non era - come erroneamente ricostruito nella CRI - l'acquisizione del consenso *privacy* da parte dei clienti tutelati ma, rispettivamente: quello di aggiornare le anagrafiche dei clienti del SMT in vista del passaggio a un nuovo sistema informativo e quello di verificare il grado di soddisfazione del servizio di assistenza reso al cliente; solo a margine di tali attività prioritarie il *Teleseller* chiedeva, altresì, al cliente il consenso facoltativo al trattamento dei suoi dati per finalità commerciali di AE o di altri operatori²¹². Le due campagne in questione sarebbero state anzi organizzate con la prioritaria finalità di riparare alle contestazioni di pratiche commerciali scorrette sollevate, nel 2015, dalla stessa AGCM nei confronti di AE (PS/9354-Acea Energia problemi fatturazione e PS/9815-acea energia attivazioni non richieste).

162. Le Società hanno, quindi, precisato che la successiva introduzione, nelle condizioni generali di contratto per il SMT attualmente in uso, della specificazione *"per finalità di promozione commerciale e/o di vendita da parte di AE o di Società terze operanti nel medesimo settore energetico [...]"* è intervenuta *"autonomamente al solo scopo di dettagliare maggiormente quanto già chiaramente previsto nella precedente modulistica [...]"*. Quanto argomentato sarebbe, del resto, avvalorato anche dalla circostanza per cui *"AE non ha mai negato ai propri concorrenti che ne abbiano fatto richiesta i dati i contatto dei clienti serviti in maggior tutela"*²¹³. In merito all'esiguità del numero dei contatti messi a loro disposizione, le Parti hanno affermato essere riconducibile al dato oggettivo dello scarso numero di clienti tutelati che hanno prestato il loro consenso anche in favore di iniziative commerciali di società diverse da AE, nonché al decorso del termine limite di validità del consenso stesso, fissato dalla normativa di settore in ventiquattro mesi dalla sua raccolta.

163. Del resto, il contestato utilizzo da parte di AE di anagrafiche di clienti *"consensati"* per offerte commerciali mirate nei confronti di tale clientela per convincerla a passare sul ML sarebbe smentito dalla circostanza per cui AE ha proposto le stesse identiche offerte di fornitura energetica sul ML sia alla clientela già sul ML sia *"agli utenti serviti in maggior tutela che hanno acconsentito a essere contattati per offerte commerciali senza alcuna personalizzazione"*²¹⁴ e non ha, quindi, mai predisposto per questi ultimi alcuna offerta personalizzata e selettiva. Gli Uffici, infatti, hanno fondato la pretesa strategia abusiva di AE su documenti di pianificazione che non sono stati mai implementati da AE a causa anche del cambiamento del *top management* della Società intervenuto successivamente alla loro redazione²¹⁵.

²¹² [Vd. anche memoria economica di Acea e AE (allegato al doc. 346).]

²¹³ [Nel corso del procedimento istruttorio, AE aveva già rappresentato di aver positivamente riscontrato la richiesta di una società concorrente di acquistare *"le anagrafiche dei clienti serviti in MT offrendole la possibilità di acquistare, nel rispetto della normativa vigente tutte le anagrafiche dei clienti serviti in MT i quali, nell'ambito di campagne di customer survey, hanno prestato il consenso al trattamento dei dati per finalità commerciali e iniziative promozionali da parte di società terze"*. Con la stessa comunicazione la Società ha, altresì, rappresentato agli Uffici di non star *"attualmente utilizzando le anagrafiche di contatto dei clienti serviti in Maggior Tutela nell'ambito delle attività di teleselling. Le liste dei contratti trasmesse ai telesellers per le attività commerciali sono dunque composte attraverso dati pubblici o liberamente acquistabili sul mercato"* (cfr. doc. 153 e vd. doc. 146 relativo alla risposta di Areti ad analogha richiesta pervenutagli dallo steso operatore concorrente di AE).]

²¹⁴ [Cfr. memoria congiunta nell'interesse di Acea e AE (doc. 346).]

²¹⁵ [Vd. *ibidem*. Già nel corso del procedimento i rappresentanti di Acea e AE avevano sostenuto la stessa linea difensiva, assumendo l'irrelevanza probatoria dei documenti in atti relativi alla strategia commerciale/industriale di AE perché: *"riguard[erebbero] come conferma la loro datazione, una strategia di impresa che è rimasta a livello di mera valutazione preliminare, in quanto non è mai stata oggetto di alcuna concreta implementazione"*. Le Parti, quindi, hanno ritenuto, in proposito, dirimente la datazione di tali documenti che sarebbe sempre precedente rispetto all'insediamento del nuovo *top management* di Acea e di AE che non avrebbe confermato le linee strategiche elaborate dai dirigenti sostituiti. Cfr. doc. 67, verbale audizione congiunta di Acea e di AE e doc. 70 dove le Parti in risposta a puntuale richiesta di informazioni degli Uffici contenuta nel verbale di audizione congiunta hanno dichiarato che: *"che nessuno degli obiettivi illustrati nei piani industriali e commerciali di Acea Energia (con particolare riferimento al documento ispettivo n. 18.40) hanno trovato attuazione [...]* [tranne] il Lancio nuovi sconti/VAS [e] le promozioni ivi illustrate". L'avvicendamento dei vertici aziendali a cui le

IV.4 LE ARGOMENTAZIONI DI ACEA E AE SULLA REPLICABILITÀ ECONOMICA DELLE CONDOTTE CONTESTATE E SULL'ASSENZA DI SIGNIFICATIVI EFFETTI ANTICONCORRENZIALI DELLE STESSE

164. Smentita la tesi istruttoria di un'attività di AE preordinata all'acquisizione discriminatoria del consenso *privacy* dei clienti tutelati per il loro successivo utilizzo per finalità commerciali sul ML, le difese delle Parti hanno attaccato la pretesa non replicabilità economica per i concorrenti della base clienti utilizzata dai *Teleseller* di AE. In merito le Società hanno ritenuto dirimente considerare che solo l'1,4% dei contatti inseriti nelle liste di anagrafiche trasmesse da AE, nel 2016 e nel 2017, ai propri *Teleseller* riguardavano clienti del SMT²¹⁶, trattandosi per il resto di dati di contatto liberamente accessibili (pagine bianche) o acquisibili sul mercato da qualsiasi operatore²¹⁷.

165. Gli Uffici, di conseguenza, solo in maniera apodittica hanno potuto affermare che AE abbia incrociato il proprio *database* clienti tutelati con le liste di contatti pubblici o liste acquistate al fine di estrarre, per differenza da quest'ultime, solo i contatti riconducibili ai clienti del SMT. Il ragionamento degli Uffici si baserebbe, infatti, su un documento²¹⁸ che non reca alcuna evidenza di questa attività di incrocio e perché, in ogni caso, gli elenchi pubblici o le liste consensate acquisibili sul mercato non contengono il codice fiscale del contatto che è l'unico elemento capace di consentire l'identificazione di un cliente come cliente del SMT o del ML. Il documento in questione si limiterebbe, quindi, a rilevare che nel 2015 al totale dei consensi dei clienti tutelati provenienti dai sistemi di AE (*i.e.* area riservata, campagna *outbound* e altri canali) andava aggiunta la quota parte di consensi di clienti del SMT che poteva essere indirettamente recuperata da liste pubbliche o private, senza né descrivere né ipotizzare alcuna attività di incrocio con i vari *database* per ottenere solo liste di clienti MT tutelati²¹⁹.

166. Le Parti, in ogni caso, hanno escluso che le condotte contestate abbiano permesso ad AE di dotarsi di un patrimonio informativo (*i.e.* liste di anagrafiche consensate relative a clienti del SMT) irreplicabili dai concorrenti, posto che la stragrande maggioranza dei contatti utilizzati dai *Teleseller* di AE nella campagna c.d. bonifica e CSI provenivano da liste pubblicamente accessibili (pagine bianche) o liberamente acquistabili sul mercato²²⁰.

167. Le Parti, inoltre e al fine di smentire la pretesa non replicabilità dell'impatto di mercato della condotta contestata, hanno misurato i risultati conseguiti da ciascuna delle due predette campagne, sia in termini di consensi acquisiti che di contratti conclusi, così da dimostrare la marginalità degli effetti conseguiti allegando, alla propria memoria difensiva, un'analisi attestata da una primaria società di revisione²²¹. Tale analisi ha contabilizzato separatamente per la campagna c.d. bonifica e per la campagna CSI i risultati ottenuti: (*i*) in termini di numero di clienti del SMT che, a esito di ciascuna di tali iniziative, ha rilasciato il proprio consenso *privacy* per finalità commerciali e (*ii*) in termini di numero i contratti conclusi sul ML dai clienti del SMT così consensati.

168. Con specifico riferimento alla campagna di c.d. bonifica, dalle elaborazioni interne svolte da AE emergerebbe che: (*i*) rispetto al numero totale di contatti di clienti del SMT trasmesse ai *Teleseller* e pari a **[omissis]**, abbiano rilasciato il consenso *privacy* al trattamento per fini commerciali dei relativi dati solo **[omissis]** contatti, pari all'1% e (*ii*) di questa percentuale, abbiano poi, in sede di secondo contatto del *Teleseller*, aderito all'offerta di passare sul ML di AE **[omissis]** contatti, pari allo 0,07% del predetto numero complessivo di **[omissis]**²²².

169. Dall'analisi interna svolta con riguardo, invece, all'efficacia della campagna CSI emergerebbe, in particolare, che: (*i*) sul totale di contatti inseriti nelle liste utilizzate dai *Teleseller* per questa iniziativa (**[omissis]**), hanno rilasciato il consenso solo **[omissis]** contatti riconducibili al SMT, pari all'1% del predetto totale (che comprende

Parti fanno riferimento riguarda, con riferimento ad AE, la nomina (il 21 settembre 2017) e l'insediamento (a inizio ottobre 2017) del nuovo Presidente e, con riguardo ad Acea, la nomina del nuovo Presidente (il 27 aprile 2017) la nomina (il 3 maggio 2017) del nuovo Amministratore delegato e il cui insediamento effettivo è avvenuto nei giorni immediatamente successivi. A questi avvicendamenti si sono poi aggiunti la nomina del nuovo Presidente di Areti nella persona del Presidente del Consiglio di amministrazione uscente di AE (con atto di nomina dell'11 ottobre 2017). Vd. anche doc. 70 nella parte in cui Acea e AE hanno affermato che AE non ha mai predisposto e commercializzato offerte commerciali "mirate nei confronti dei clienti serviti in «Maggior Tutela» al fine di proporre il passaggio al c.d. mercato libero e tantomeno [di essersi] mai avvalsa, nell'attività commerciale, di informazioni commerciali privilegiate acquisite in ragione dell'appartenenza a un gruppo industriale verticalmente integrato e al quale afferisce un operatore (Areti S.p.A.) attivo nella distribuzione dell'energia elettrica "un dato di fatto inoppugnabile, che dimostra che la condotta contestata nell'atto di avvio non si è verificata" e hanno addotto come prova irrefutabile l'elenco delle proprie offerte commerciali sul ML dell'ultimo biennio, nessuna delle quali avrebbe come target di elezione esclusiva i clienti serviti in maggior tutela.]

²¹⁶ [Vd., in particolare, la memoria economica nell'interesse di Acea e di AE (allegato al doc. 346).]

²¹⁷ [Cfr. anche doc. 70 l'attività di teleselling effettuata tra il 2015 e il 2017 da parte i AE è stata prevalentemente diretta nei confronti di contatti liberamente acquisibili nel mercato (pagine bianche e/o liste liberamente acquisibili sul mercato) [...] nel corso del 2017 soltanto il 2% dei contatti inseriti nelle liste destinate alle agenzie che svolgono attività di teleselling con finalità di marketing riguardavano clienti del mercato tutelato i quali avevano prestato un consenso direttamente ad AE a essere contatti per ricevere offerte commerciali attraverso campagne di bonifica anagrafica e di CSI (customer satisfaction interview) percentuale che negli anni precedenti si attestava ad appena l'1%.]

²¹⁸ [Il doc. 18.56.]

²¹⁹ [Vd., in particolare, memoria economica nell'interesse di Acea e di AE (doc. 346).]

²²⁰ [Vd. ibidem.]

²²¹ [Vd. allegato n. 4 alla memoria economica nell'interesse di Acea e di AE (doc. 346). Analoghi dati erano stati trasmessi anche nel corso del procedimento istruttorio (vd. doc. 70)]

²²² [Vd. ibidem.]

anagrafiche di clienti del ML di AE, del ML dei concorrenti e del SMT)²²³ e (ii) di questi solo *[omissis]* pari al 7%, hanno concluso un contratto sul ML di AE.

170. Le Parti e sempre in sede di audizione finale, hanno, in merito alla fedeltà di tali riscontri, chiesto all'Autorità che, *"qualora dubitasse [anche] dopo la produzione delle ultime certificazioni delle certificazioni allegate della [loro] attendibilità, la proroga dell'istruttoria al fine di consentire all'Autorità stessa ogni verifica contraria nonché di consentire ad AE di eventualmente fornire, ove mai ritenuta necessaria, una perizia asseverata con giuramento a conferma dei dati stessi"*²²⁴.

171. Le Società sostengono, quindi, che, nel caso di specie, difetterebbero i presupposti stessi per la contestazione di un utilizzo abusivo di informazioni privilegiate: infatti, nel caso in esame e a differenza di altri precedenti dell'Autorità, il patrimonio di anagrafiche di AE è replicabile dai concorrenti sia sotto il profilo economico che degli ipotetici benefici economici differenziali che, come dimostrato, si sono rilevati quantitativamente insignificanti²²⁵. In considerazione anche della più recente giurisprudenza comunitaria in materia di abuso di posizione dominante, gli Uffici, a fronte dell'ostensione di prove dell'inedoneità delle condotte contestate a produrre effetti escludenti, avrebbero dovuto verificare l'idoneità del comportamento di AE ad alterare il corretto confronto concorrenziale nel mercato rilevante²²⁶.

172. Al contrario, le stesse analisi economiche svolte dagli Uffici non sarebbero - ad avviso delle Parti - in grado di supportare l'ipotesi di comportamenti abusivi di AE sul mercato della vendita *retail* di energia elettrica neppure nei ristretti ambiti locali presi in considerazione (i.e. Comune di Roma e Formello) dove, piuttosto si è registrato nel periodo oggetto di indagine: (i) una crescita di AE sul ML negli anni tra il 2013 e il 2017 coerente con la progressiva apertura del mercato ma con un trend inferiore a quello che si registra sulle reti di distribuzione dei distributori a cui sono state fatte richieste di informazioni; (ii) nello stesso periodo 2013-2017 la quota di mercato di AE sia nel ML domestico che nel ML non domestico si è contratta seguendo dinamiche opposte rispetto a quelle di altri due venditori verticalmente integrati e non soggetti ad analoga procedura istruttoria; (iii) un'evidente incapacità di AE di governare a proprio vantaggio i flussi dei clienti uscenti dal SMT come rileva il confronto tra i flussi verso AE e quelli verso operatori concorrenti di clienti: il tasso di uscita verso il ML di AE è stato inferiore, sia per i clienti domestici che non domestici, a quello minimo individuato dall'ARERA come espressione del comportamento medio di mercato²²⁷.

173. Infine, laddove si sono registrate delle migliori *performance* di AE rispetto ad altri concorrenti attestati sulla rete Areti, esse trovano spiegazione alternativa nella struttura stessa dei mercati elettrici caratterizzata, in particolare, da elementi di rigidità dal lato della domanda che rendono tendenzialmente "inerte" l'utente del SMT. Questi, infatti, in caso di primo passaggio al ML risulta maggiormente propenso a confermare il fornitore abituale, circostanza che spiega le maggiori acquisizioni di AE (come accade e in modo più accentuato anche per gli altri venditori verticalmente integrati non oggetto di parallela istruttoria *antitrust*) sul MT rispetto al ML, dove l'utente è meno avverso a cambiare fornitore per cogliere migliori offerte²²⁸.

IV.5 LE ARGOMENTAZIONI DI ARETI E AE IN MERITO AL TRASFERIMENTO TRA LORO DI INFORMAZIONI COMMERCIALMENTE SENSIBILI

174. Le Parti²²⁹ hanno eccepito la qualificazione come informazioni commercialmente sensibili (ICS) ai sensi della normativa e regolazione vigente, delle informazioni sulla consistenza numerica della base clienti degli operatori allacciati alla rete di Areti, oggetto della contestata osmosi informativa tra AE e Areti. Infatti, si tratterebbe di dati aggregati, meramente quantitativi²³⁰, la cui conoscenza e utilizzo da parte del venditore non sarebbe idonea ad alterare il corretto confronto competitivo, che non sono stati inseriti nell'elenco di cui all'articolo 18.2 TIUF. In ogni caso, ad avviso delle Parti, resterebbe indimostrato che AE li abbia utilizzati per monitorare le proprie strategie commerciali, dal momento che tali informazioni non consentono di ricostruire in nessun modo i dati sul flusso dei

²²³ [Vd. *ibidem*. Le Società hanno spiegato che, nel caso della campagna CSI, il consenso privacy per finalità commerciali veniva richiesto dall'operatore al soggetto che aveva chiamato il numero verde del SMT indipendentemente dal fatto che questo fosse l'intestatario dell'utenza e chiamasse, quindi, l'assistenza per conto di quest'ultimo (vd. doc. 346, memoria congiunta nell'interesse di Acea e AE).]

²²⁴ [Cfr. intervento di Acea e AE nel corso dell'audizione finale e allegato al relativo verbale (allegato n. 4 del doc. 359).]

²²⁵ [Vd., in particolare, memoria economica nell'interesse di Acea e di AE (allegata al doc. 346).]

²²⁶ [Vd. sentenza della Corte di Giustizia del 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, Intel Corp. Inc. vs. Commissione europea, ECLI:EU:C:2017:632.]

²²⁷ [Vd. la memoria economica nell'interesse di Acea e AE (allegata al doc. 346) e la memoria economica nell'interesse di Areti (allegata al doc. 345 e 347). Nei suoi scritti difensivi Areti contesta altresì la pretesa violazione dei diritti di difesa con riferimento alla forcellazione imposta dagli Uffici per ragione di riservatezza dei dati riportati dal proprio consulente economico nella relazione redatta a esito dell'accesso agli atti secondo la procedura di c.d. Data Room. La Parte ha, precisamente, eccepito che gli Uffici avrebbero dovuto dare prevalenza, nel bilanciamento tra gli opposti interessi, alle garanzie difensoriali.]

²²⁸ [Vd., in particolare, memoria economica di AE (allegata al doc. 346).]

²²⁹ [Vd. memoria di Areti (doc. 345 e 347) e memoria congiunta di Acea e AE (doc. 346), nonché le allegate memorie economiche dei rispettivi consulenti e gli interventi in audizione finale allegati al relativo verbale (vd. allegati da 4 a 6 compresi del doc. 359).]

²³⁰ [In proposito le Parti hanno richiamato la stessa prassi decisionale dell'Autorità che ha ritenuto insufficiente a concertare una violazione *antitrust* il mero scambio di informazioni sui volumi non accompagnato da ulteriori elementi (vd. Provvedimento n. 26519, del 30 marzo 2017, caso I/791 - Mercato del noleggio autoveicoli a lungo termine, in Boll. n. 14/2017).]

clienti tra i vari operatori²³¹. Le Società hanno, quindi, concluso sul punto nel senso dell'assenza del ricorrere stesso dei presupposti della fattispecie di sfruttamento abusivo di informazioni commerciali che richiede l'utilizzazione di informazioni che permettano la profilazione della clientela e l'effettuazione di offerte mirate al relativo *target*.

175. Le Parti, inoltre e a conferma dell'inutilità strategica dei dati in questione, hanno sottolineato che, nonostante la dichiarata disponibilità di Areti a fornire queste informazioni a qualsiasi operatore che ne facesse richiesta²³², nessuno abbia mai avanzato tale istanza. Del resto, non sarebbe un caso che la richiesta presentata da Axpo in pendenza di istruttoria abbia riguardato non già la consistenza della base clienti dei concorrenti allacciati alla rete distributiva di Areti, ma i dati anagrafici dei clienti del SMT²³³. Le Società hanno, quindi, concluso sull'inapplicabilità dell'articolo 102 TFUE alla fattispecie in esame, non trattandosi di un'ipotesi di abuso sfruttamento abusivo di informazioni privilegiate, difettandone i presupposti così come declinati dalla stessa prassi dell'Autorità, di altre Autorità di concorrenza e dalla giurisprudenza nazionale²³⁴.

176. Areti, inoltre, ha eccepito che, a volere concedere che si tratti di informazioni riconducibili alla categoria delle ICS, l'Autorità sarebbe incompetente a contestarne la condivisione tra il distributore e il venditore verticalmente integrato, in quanto la competenza di vigilanza, accertamento e sanzione della violazione dell'obbligo regolamentare di trasferimento discriminatorio di ICS imposto ai distributori verticalmente integrati è rimessa in via esclusiva all'ARERA. Il divieto tipizzato all'articolo 38, comma 2, lett. b), D.lgs. n. 93/2011, di attuazione delle Direttive 2009/72/CE, è, infatti, lo stesso oggetto di attuale contestazione da parte dell'Autorità, l'interesse tutelato è il medesimo e al Regolatore è affidato sia il potere di vigilanza *ex ante* sul rispetto di tale obbligo, che quello *ex post* di accertamento e di sanzione di portata corrispondente a quello riconosciuto all'Autorità (fino al 10% del fatturato). Da quanto precede, ne deriverebbe l'inevitabile stralcio della posizione di Areti²³⁵.

IV.6 LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI SU IMPUTABILITÀ, DURATA, GRAVITÀ DELL'ILLECITO E SULLA SANZIONE

177. Acea e AE hanno eccepito, anzitutto, la gravità della condotta considerato che la stessa non avrebbe avuto effetti apprezzabili sul mercato. Le Società hanno, altresì, ritenuto errata la quantificazione della durata dell'infrazione che andrebbe ridotta di almeno due anni, individuando come data di decorrenza il 2016 (quando le campagne di c.d. bonifica e CSI sono state poste in essere) e non il 2014 (quando sono stati sottoscritti i contratti con i *Teleseller*)²³⁶.

178. Riguardo i criteri per il calcolo della sanzione, le Parti hanno, in particolare, sostenuto che: il fatturato rilevante per calcolare il valore delle vendite dovrebbe essere correttamente individuato *"solo in quello realizzato nei confronti dei clienti domestici e non domestici serviti in bassa tensione che, attraverso le campagne di c.d. bonifica e CSI, sono transitati dal SMT al ML di AE"*²³⁷; non vi siano nel caso di specie i presupposti per un incremento del 50% della sanzione base e che piuttosto ricorrano le circostanze attenuanti²³⁸ rappresentati dalla decisione del nuovo *top management* di AE di non proseguire una politica commerciale specifica per i clienti del SMT e quella di avere positivamente riscontrato la richiesta di un concorrente di accedere ad anagrafiche di clienti tutelati²³⁹.

179. Areti, per parte sua, ha contestato l'estensione a titolo di collaborazione della responsabilità per le condotte di AE senza che sia stato neppure accertato il ricorrere dell'elemento soggettivo, quanto meno *sub specie* di colpa, così come richiesto dalla legge n. 689/1981. La Società, inoltre e pur respingendo ogni addebito, ha sostenuto che la durata dell'infrazione andrebbe ridotta, individuando correttamente il *dies a quo* non nel febbraio 2016 ma all'ottobre dello stesso anno, vale a dire alla datazione del documento comprovante la pretesa condivisione di informazioni sensibili con AE²⁴⁰.

180. La Parte ha, altresì, eccepito la connotazione di gravità della condotta addebitatagli, considerando: la mancata prova della stessa conoscenza da parte di Areti del presunto piano strategico di AE, rispetto alla cui realizzazione la

²³¹ [In merito, vd. anche doc. 70.]

²³² [Il riferimento è alle dichiarazioni rese dal Responsabile legale, societario e regulatory di Areti in sede di accertamento ispettivo (vd. doc. 116, verbale ispettivo di Areti).]

²³³ [Il riferimento è alla richiesta di Axpo di cui al doc 185. In merito, vd. anche infra nel testo nella parte relativa alle argomentazioni dedotte da Axpo.]

²³⁴ [Vd. Provvedimento n. 19249, dell'11 dicembre 2008, caso A375-Sfruttamento di informazioni commercialmente privilegiate, in Boll. n. 47/2008; le Decisioni dell'Autorità francese della concorrenza, n. 13-D-20 del 17 dicembre 2013 nei confronti di EDF e n. 17-D-06 del 21 marzo 2017 nei confronti della società Engie e Ordinanza della Corte d'Appello di Milano del 16 maggio 2006, Fastweb c. Telecom.]

²³⁵ [Vd. memoria di Areti (doc. 345 e 347) e presentazione di Areti allegata al relativo verbale (vd. allegato n. 6 del doc. 359).]

²³⁶ [Vd. memoria congiunta di Acea e AE (doc. 346).]

²³⁷ [Vd. memoria congiunta di Acea e AE (doc. 346).]

²³⁸ [Vd. ibidem.]

²³⁹ [Il riferimento è all'istanza di Axpo (doc. 185). In merito, vd. anche infra nel testo nella parte relativa alle argomentazioni dedotte da Axpo.]

²⁴⁰ [Vd. memoria di Areti (doc. 345 e 347) e presentazione dell'intervento in audizione finale, allegata al relativo verbale (vd. allegato n. 6 del doc. 359).]

condivisione delle informazioni scambiate avrebbe dovuto concorrere; la natura meramente aggregata di tali informazioni e la loro conseguente inutilità strategica nonché il fatto che in passato l'Autorità abbia concluso con impegni procedimenti relativi al presunto abuso di informazioni privilegiate²⁴¹. La Società, in ogni caso e conclusivamente, ha rilevato che la circostanza per cui la CRI, nella sezione dedicata ai criteri del calcolo della sanzione, abbia fatto riferimento al solo *"fatturato dell'attività di vendita di energia elettrica"*, avrebbe implicitamente escluso l'assoggettamento a sanzione di Areti attiva nel diverso mercato della distribuzione di energia elettrica: se, quindi, l'Autorità ritenesse diversamente, la sanzione sarebbe radicalmente nulla²⁴².

IV.7 LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI INTERVENIENTI

181. I rappresentanti di ENI richiesti, nel corso dell'audizione del 20 ottobre 2017²⁴³, di una valutazione in ordine alle condotte commerciali contestate a operatori che, come AE, si avvantaggiano indebitamente dell'attività di esercente in esclusiva del SMT per "spostare" gli utenti del SMT su proprie offerte sul ML, hanno risposto che: *"senza dubbio [esse sono] idonee a influenza[re] il passaggio della rispettiva base clienti dal MT al ML ma che, ovviamente, la rilevanza di tali pratiche assume proporzioni diverse tra i tre operatori coinvolti [nelle iniziative istruttorie avviate dall'Autorità]"*. La Società ha ritenuto, sotto questo profilo, particolarmente efficace *"l'attività di acquisizione dei consensi al trattamento dei dati personali dei clienti serviti in maggior tutela per finalità commerciali sul ML, a meno che gli stessi dati anagrafici «consensati» non siano messi a disposizione anche dei concorrenti"*²⁴⁴. ENI ha, altresì, ritenuto che il vantaggio competitivo di cui godono le società di vendita di energia elettrica verticalmente integrate con il distributore locale sarebbe reso evidente dai diversi esiti che stanno caratterizzando l'apertura del mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica rispetto a quello della vendita al dettaglio di gas naturale dove, *"allo stato, nessun operatore detiene una quota di mercato superiore del 30%"*. E', quindi, opinione della Società che le riscontrate diversità derivino dal non aver riservato *ex lege* la vendita al dettaglio del gas in regime di maggior tutela a nessun operatore²⁴⁵. La Società ha, infine, svolto osservazioni in merito all'esatta definizione merceologica e geografica del mercato della vendita di energia elettrica.

182. AIGET, al pari di ENI, ha manifestato forti preoccupazioni in ordine alle modalità con cui *"i gruppi integrati stanno affrontato la fase cruciale di transazione del mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica [imposta dalla] cessazione del regime di maggior tutela [...]. [L'Associazione, pertanto,] ritiene molto preoccupanti, al fine dell'affermarsi di una reale contendibilità dei clienti che dovranno uscire dal regime di maggior tutela, pratiche di trasferimento della clientela dal SMT al ML come quelle contestate al Gruppo Acea e agli altri Gruppi verticalmente integrati interessati dalle indagini dell'Autorità"*²⁴⁶.

183. L'Associazione ha individuato almeno tre profili di rilevante criticità idonei a compromettere l'effettiva contendibilità dei clienti ancora serviti in maggior tutela e, segnatamente: (a) l'utilizzo per finalità commerciali sul ML da parte operatori verticalmente integrati di informazioni acquisite nello svolgimento in regime di privativa legale del SMT; (b) l'adozione da parte degli stessi soggetti di modelli organizzativi e operativi collegati ai relativi obiettivi aziendali che accentuano o, comunque, sono del tutto inidonei a ridurre efficacemente la possibilità di commettere illeciti concorrenziali e (c) lo sfruttamento a proprio vantaggio della *brand reputation* - anch'essa acquisita nello svolgimento di attività in monopolio - e dell'asimmetria informativa tra gli operatori e i consumatori, anche tramite condotte che, di fatto, eludono gli obblighi di *brand unbundling* previsti alla regolazione di settore²⁴⁷.

184. AIGET ha pienamente condiviso l'impianto della CRI ritenendo che l'istruttoria nei confronti del Gruppo Acea abbia ampiamente comprovato sia l'esistenza di questi aspetti distorsivi delle corrette dinamiche concorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti finali, sia la loro riconducibilità all'illegittimo utilizzo da parte, in particolare, della società di vendita di prerogative e asset che gli derivano non da meriti di mercato ma dall'esercizio di attività di impresa riservategli *ex lege*²⁴⁸.

²⁴¹ [Vd. Provvedimento n. 19249/2008, caso A/375-Sfruttamento di informazioni commercialmente privilegiate, cit..]

²⁴² [Vd. memoria di Areti (doc. 345 e 347) e presentazione dell'intervento di Areti in audizione finale, allegata al relativo (vd. allegato n. 6 del doc. 359).]

²⁴³ [Vd. doc. 77.]

²⁴⁴ [Cfr. ibidem.]

²⁴⁵ [Vd. ibidem.]

²⁴⁶ [Cfr. doc. 78 e vd. anche doc.340 (memoria finale di AIGET).]

²⁴⁷ [Vd. doc. 181, 340 e allegato n. 2 al doc. 359 (presentazione dell'intervento di AIGET nel corso dell'audizione finale e allegata al relativo verbale).]

²⁴⁸ [L'Associazione ha, pertanto, auspicato un opportuno intervento deterrente da parte dell'Autorità la cui necessità è imposta anche dal particolare contesto in cui le condotte sono maturate, vale a dire in una fase del processo di liberalizzazione della vendita di energia elettrica in cui la prospettiva della definitiva transizione al ML di tutti i clienti era diventata imminente. AIGET ritiene, pertanto, altrettanto essenziale anche la successiva attività di attenta vigilanza del rispetto della diffida, soprattutto in considerazione dell'intervenuta proroga della cessazione del SMT che potrebbe riprodurre le stesse condizioni di fatto e di diritto nelle quali sono stati attuati i comportamenti oggetto dell'attuale istruttoria (vd. doc. 340).]

185. Axpo, con memoria pervenuta il 24 luglio 2018²⁴⁹, ha comprovato di aver richiesto - a seguito dell'apertura del presente procedimento - ad AE e ad altra Società coinvolta in analoga istruttoria, il noleggio di anagrafiche di clienti serviti in regime di maggior tutela e di aver ricevuto una proposta i cui costi *"non sono (soprattutto nel caso di AE, che presenta un prezzo abnorme rispetto al probabile costo nonché al valore economico dell'anagrafica [...]) orientati al costo [...]"*. Axpo, pertanto, ha sospettato che tali offerte *"siano strutturate al fine precipuo di scoraggiarne l'acquisto da parte di operatori terzi concorrenti"*²⁵⁰.

186. La Società, con successiva memoria finale dai contenuti condivisi anche da Gala²⁵¹, ha ribadito l'importanza strategica e, quindi, il vantaggio concorrenziale dell'accesso privilegiato alle anagrafiche dei clienti del SMT al fine di favorirne il passaggio sul ML, in ragione non solo della maggiore redditività delle offerte sul ML, ma soprattutto per prevenire il rischio del loro passaggio ai concorrenti all'atto della cessazione del SMT.

Axpo e Gala hanno, in particolare, sottolineato la pretestuosità dell'argomentazione delle società del Gruppo Acea circa la replicabilità economica del *database* clienti messo a disposizione della propria forza vendita e fondata sull'assunto per cui la maggior parte dei dati di contatto in esso contenute era presente anche su liste pubbliche gratuite o private a pagamento: l'argomentazione, infatti, trascura di considerare il punto focale per cui solo le liste nella disponibilità di AE presentano il valore aggiunto rappresentato dall'informazione che si tratta con certezza di clienti attualmente serviti in regime di maggior tutela e rispetto ai quali solo AE può effettuare anche ulteriori elaborazioni associandovi altre informazioni che, del pari, sono nella sua esclusiva disponibilità (ad esempio, i volumi di consumo e il grado di solvibilità).

187. Le Società, inoltre, hanno osservato che l'esistenza stessa e, a maggior ragione, l'utilizzo per scopi commerciali sul ML di liste di anagrafiche di clienti tutelati, sia di per sé sintomatica di una separazione solo formale delle divisioni di AE dedicate, rispettivamente, alla gestione del SMT e a quella del ML che, nel caso di specie, è aggravata dalla comprovata osmosi informativa anche con il distributore. Axpo e Gala, a tal riguardo, hanno evidenziato che anche la disponibilità diacronica, puntuale e aggiornata della consistenza della *customer care* dei concorrenti non sia un'informazione neutrale perché permette solo AE di monitorare costantemente le dinamiche competitive nell'area di riferimento e la *performance* specifica delle proprie iniziative commerciali²⁵².

188. Infine, entrambe le Parti intervenienti hanno escluso che possa avere efficacia scriminante l'eventuale conformità delle condotte contestate alla regolazione settoriale, in quanto, AE, in realtà, nel caso di specie ha sfruttato a proprio vantaggio un vuoto normativo in materia di disciplina della messa a disposizione non discriminatoria dei dati della clientela del SMT²⁵³. In conclusione, le Società hanno ritenuto ampiamente provate le condotte ascritte al Gruppo Acea anche sotto il profilo della loro potenzialità ed effettività anti-competitiva in termini di capacità proporzionalmente maggiore rispetto ai concorrenti di attrarre sul proprio ML i clienti forniti in regime di MT.

189. CODICI, nella propria memoria²⁵⁴, ha, invece, evidenziato - producendo gli esiti di studi condotti sulle segnalazioni ricevute - la spregiudicatezza della forza vendita di AE, come degli altri concorrenti verticalmente integrati oggetto di analoga indagine *antitrust*, nel contattare l'utenza al fine di indurli con ogni mezzo al passaggio a offerte sul ML e a carpire i loro dati personali. L'Associazione ha, altresì, allegato importanti evidenze circa la sostanziale ignoranza del consumatore sulla struttura del mercato della vendita di energia, l'incapacità di distinguere il concetto di SMT da quello di fornitura a libero mercato e il conseguente disorientamento e sfiducia sull'affidabilità delle informazioni provenienti dai fornitori.

V. VALUTAZIONI

V.1 I MERCATI RILEVANTI

190. Come noto, nell'ipotesi di abuso posizione dominante - a differenza di quella di intesa restrittiva - la delimitazione del mercato di riferimento inerisce ai presupposti del giudizio sul comportamento che potrebbe essere

²⁴⁹ [Vd. doc. 185.]

²⁵⁰ [In considerazione dell'indiscutibile valenza concorrenziale della possibilità di utilizzare questo tipo di liste e dell'inidoneità dell'offerta di Acea di renderle effettivamente accessibili a terzi operatori, la Società ha concluso che sarebbe auspicabile una regolazione di questo aspetto "se non la libera accessibilità ai dati in questione come di recente suggerito dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per le informazioni raccolte dai grandi operatori del digitale" o, in alternativa, una soluzione analoga a quella adottata nel Regno Unito dove "l'Autorità di settore (Ofgem) ha costituito un database di clienti inerti, definiti come clienti aventi in essere un contratto di fornitura di energia elettrica standard (a condizioni poco convenienti) con un medesimo fornitore per più di tre anni" (vd. doc. 185).]

²⁵¹ [Vd. doc. 338 (Axpo) e 339 (Gala). Vd. anche la presentazione dell'intervento congiunto per le due Società in audizione finale e allegato al relativo verbale (vd. allegato n. 3 al doc. 359).]

²⁵² [In merito vd. anche doc.]

²⁵³ [Il riferimento è all'art. 22 TIUF.]

²⁵⁴ [Vd. doc. 350.]

anticoncorrenziale; in tal caso, occorre preventivamente accertare l'esistenza di una dominanza nel mercato stesso per connotare il comportamento osservato come abusivo²⁵⁵.

191. Ai fini dell'identificazione di un mercato rilevante, occorre prendere in considerazione tanto le caratteristiche del prodotto o del servizio interessato dalla condotta in esame (mercato del prodotto), quanto l'estensione geografica entro cui le condizioni di concorrenza relativamente a quel prodotto sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue (mercato geografico)²⁵⁶.

192. Nel presente procedimento, in ragione delle condotte in esame, i mercati rilevanti possono individuarsi lungo la filiera elettrica nel mercato a monte dei servizi di distribuzione e nei mercati a valle della vendita di energia elettrica al dettaglio a clienti finali di minori dimensioni allacciati alla rete in bassa tensione, domestici e non domestici.

V.1.1 Il mercato della distribuzione di energia elettrica

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

194. Sotto il profilo geografico, per quanto concerne l'attività di distribuzione di energia elettrica, il mercato rilevante coincide con il territorio oggetto della concessione, in cui il concessionario detiene, quindi, una posizione di monopolio *ex lege*. Nel caso di specie, sono quindi mercati rilevanti quelli locali coincidenti con i territori dell'area metropolitana di Roma e del Comune di Formello, oggetto della concessione della società Areti.

V.1.2 I mercati della vendita al dettaglio di energia elettrica

195. Come già descritto, l'attività di vendita al dettaglio di energia elettrica consiste nella commercializzazione, fornitura e consegna dell'energia ai clienti finali allacciati alle reti di distribuzione. Secondo costante giurisprudenza e prassi dell'Autorità, vengono considerati separati mercati del prodotto in relazione alla tipologia di clientela finale servita. Le differenti categorie di clienti finali, infatti, si differenziano, tra l'altro, con riguardo ai volumi e ai profili di consumo, ai costi di commercializzazione, alla standardizzazione o meno delle condizioni di vendita, al diverso grado di mobilità e al rischio di morosità. Tale significativa differenziazione nelle caratteristiche della domanda comporta la presenza di offerte e vincoli competitivi distinti per le diverse tipologie di clienti finali²⁵⁷.

196. 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 salvaguardia²⁵⁸ e clienti sul mercato libero (forniti a condizioni economiche e commerciali di mercato)²⁵⁹.

197. Ai fini del presente procedimento, sono da considerarsi i mercati della vendita al dettaglio dell'energia elettrica ai clienti domestici²⁶⁰ e ai clienti non domestici allacciati in bassa tensione, per lo più piccole imprese (c.d. "BT altri usi")²⁶¹.

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

199. In particolare, conformemente alle precedenti decisioni dell'Autorità²⁶², 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

²⁵⁵ [Vd., *ex multis*, sentenza del Consiglio Stato, 3 giugno 2014, n. 2837, 1722 - Logistica internazionale, nonché TAR Lazio, 10 febbraio 2016, n. 1934, C11982 - Enrico Preziosi Artsana/Newco-Bimbo Store.]

²⁵⁶ [Vd. Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, n. 3032, 1731 - Gare campane.]

²⁵⁷ [Vd., a titolo, esemplificativo provv. AGCM n. 25550 del 15 luglio 2015, C11990 - Società Elettrica Altoatesina/Azienda Energetica.]

²⁵⁸ [Come già visto, tutti i clienti che si trovino, anche temporaneamente, senza un contratto di compravendita di energia elettrica nel mercato libero, ma che non hanno titolo per accedere al servizio di maggior tutela, sono ammessi al servizio di salvaguardia, organizzato mediante aste su base territoriale.]

²⁵⁹ [Ciò soprattutto in quanto non vi sono ostacoli al passaggio dal servizio di maggior tutela o salvaguardia al mercato libero e viceversa, nonché in considerazione del fatto che la tariffa della maggior tutela e il prezzo di salvaguardia costituiscono un vincolo concorrenziale per gli operatori del mercato libero, in quanto nessun cliente avrebbe interesse a spostarsi su tale segmento accettando un'offerta peggiorativa in termini di prezzo e qualità (vd. C11990, cit.).]

²⁶⁰ [Pari a oltre 29 milioni di punti di prelievo nel 2017 (vd. Rapporto ARERA 117/2018/I/COM, cit., p. 3).]

²⁶¹ [Pari a circa 7 milioni di punti di prelievo nel 2017. La stragrande maggioranza di tali clienti rientra nelle condizioni per aver diritto alla maggior tutela, mentre solo circa l'1% di tali utenze nel 2017 era fornito in salvaguardia (vd. Rapporto ARERA 117/2018/I/COM, cit., p. 3).]

²⁶² [Vd., a titolo esemplificativo, C11990, cit..]

vengono percepiti come particolarmente significativi rispetto ai guadagni che è possibile ottenere e, pertanto, si registra una generale inerzia dei consumatori ad abbandonare il regime di maggior tutela²⁶³; 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.

200. In conclusione, sotto il profilo geografico, il contesto concorrenziale non risulta allo stato omogeneo sull'intero territorio nazionale, in quanto le preferenze espresse dalla domanda e i vantaggi connessi alla presenza storica sul territorio delle società esercenti il SMT determinano vincoli competitivi distinti a livello locale. Benché tale situazione sia auspicabilmente prossima a mutare, in quanto la prevista cessazione del regime di maggior tutela eliminerà le attuali prerogative dei soggetti venditori integrati nella distribuzione, allo stato permangono condizioni di mercato disomogenee a livello nazionale e caratterizzate da dinamiche competitive incentrate sui diversi ambiti locali, che saranno auspicabilmente superate in un contesto di piena liberalizzazione che consenta una effettiva concorrenza fra imprese di vendita a livello nazionale.

201. Nel caso di specie, pertanto, i mercati rilevanti sono individuati: (a) nel mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica nei territori di Roma e Formello ai clienti domestici allacciati in bassa tensione e (b) in quello della vendita al dettaglio di energia nei territori di Roma e Formello ai clienti non domestici allacciati in bassa tensione.

202. Per l'insieme delle argomentazioni svolte non appare, pertanto, condivisibile l'argomentazione difensiva di parte secondo cui la definizione dei mercati operata dall'autorità sarebbe superata perché maturata in un contesto di mercato caratterizzato da dinamiche concorrenziali diverse e non coglierebbe l'assetto attuale che, dopo dieci anni dalla liberalizzazione del mercato energetico *retail*, avrebbe assunto dimensioni nazionali.

203. Infatti, ancora allo stato attuale e tanto più nel periodo di contestazione dell'infrazione (2014/2017) il mercato in questione è strutturalmente caratterizzato dalla presenza di un significativo segmento di clienti ancora servito in regime di riserva legale e a prezzi regolati dai venditori verticalmente integrati con il distributore e dalla conseguente differenziazione delle posizioni di mercato dei vari operatori su base locale, che impedisce di considerare omogenee le condizioni di offerta su base nazionale²⁶⁴.

V.2 LA POSIZIONE DOMINANTE DELLE SOCIETÀ DEL GRUPPO ACEA

204. Secondo consolidata giurisprudenza *antitrust*, la posizione dominante è quella posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti, in linea di massima, indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori²⁶⁵.

205. In linea con la Comunicazione della Commissione concernente "*Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*"²⁶⁶, i fattori strutturali costitutivi della posizione dominante sono essenzialmente individuati nella dimensione della quota di mercato, tanto più se rilevante e persistente nel tempo²⁶⁷, nonché nell'esistenza di barriere all'ingresso di nuovi operatori²⁶⁸.

206. Nel mercato rilevante della distribuzione elettrica, Areti, in quanto concessionaria in esclusiva del servizio, è in posizione dominante nei mercati locali coincidenti con i territori dell'area metropolitana di Roma e del Comune di Formello, oggetto della concessione stessa. Areti, peraltro, è un operatore di rilevanti dimensioni nel panorama nazionale, al terzo posto dopo e-distribuzione S.p.A. (società del Gruppo Enel e maggior distributore nazionale) e Unareti (società di distribuzione del Gruppo A2A)²⁶⁹.

207. Con riguardo alla posizione della Parte nei mercati rilevanti per l'attività di vendita di energia elettrica, ai clienti domestici e non domestici connessi in bassa tensione, di dimensione locale e coincidente con le aree nelle quali l'impresa di distribuzione territorialmente competente esercita la propria attività, AE è l'esercente del SMT nei territori compresi nella concessione ministeriale detenuta dalla consorella Areti per la distribuzione di energia elettrica. Essa detiene, a circa dieci anni dalla possibilità di formulare offerte a mercato libero alla generalità dell'utenza, quote di

²⁶³ [Come già ricordato, in particolare, nel 2017 ancora il 59% dei clienti domestici sono riforniti in maggior tutela, mentre tale percentuale è pari al 46% per i c.d. clienti "BT altri usi" (cfr. Rapporto ARERA 117/2018/I/COM, cit., p. 24).]

²⁶⁴ [Si osserva, peraltro, che anche il recentemente istituito Portale Offerte gestito da Acquirente Unico richiede tra i campi obbligatori da inserire ai fini della confrontabilità delle offerte il codice di avviamento postale a riprova che, l'offerta a livello nazionale non è ancora omogenea.]

²⁶⁵ [Cfr. giurisprudenza consolidata a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, C - 27/76, *United Brands Company e United Brands Continental BV vs. Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1978:22.]

²⁶⁶ [In G.U.E.E, C 45, del 24 febbraio 2009.]

²⁶⁷ [Vd. par. 13 Comunicazione cit..]

²⁶⁸ [Vd. par. 16 Comunicazione cit..]

²⁶⁹ [Nei territori compresi nella concessione ministeriale la Società ha, infatti, distribuito nel 2016 - sia in termini di volumi che di numero di POD serviti - circa il 4% dell'energia elettrica consumata in Italia (vd. ARERA, *Relazione annuale 2017*, pag. 57, tav. 2.15).]

mercato in tali territori complessivamente pari a circa il [70-80%] della clientela domestica e circa il [60-70%] dei clienti c.d. "BT altri usi"²⁷⁰.

208. Proprio in ragione di tale stabile posizione di preminenza sul mercato, in ragione della prerogativa di esercente il servizio pubblico di maggior tutela, la posizione di AE nei territori del Comune di Roma e del Comune di Formello vale a qualificare detta Società come detentrica di una posizione dominante nei relativi mercati locali della vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici connessi in bassa tensione.

V.3 L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

209. Le evidenze in atti confermano pienamente l'ipotesi istruttoria secondo cui il Gruppo Acea, integrato nella distribuzione e nella vendita sul mercato tutelato, abbia posto in essere, attraverso la capogruppo Acea S.p.A. e le società Acea Energia S.p.A. e Areti S.p.A., una serie di condotte non replicabili in quanto fondate su prerogative derivanti dallo svolgimento di un'attività in esclusiva per legge, nei mercati locali - in cui è dominante - della vendita di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici allacciati in bassa tensione, suscettibili di avvantaggiare illecitamente la propria società di vendita, ostacolando i venditori non integrati e pregiudicando di conseguenza lo sviluppo concorrenziale del mercato nazionale della vendita di energia elettrica a seguito dell'abrogazione del regime di maggior tutela.

210. In particolare, in un contesto in cui il progressivo svuotamento del bacino di utenti serviti in regime di maggior tutela esponeva AE al rischio di perdere clientela a favore dei propri concorrenti, il Gruppo Acea ha posto in essere una strategia commerciale/industriale finalizzata a contrattualizzare, con proprie offerte di fornitura energetica sul ML, la base clienti servita in regime di maggior tutela nei territori di pertinenza di Areti. Al riguardo, l'analisi descrittiva compiuta sulle informazioni disponibili ha evidenziato che negli ultimi anni la struttura di acquisizione di nuovi clienti di AE, nei territori in cui la consorella Areti esercita il servizio di distribuzione, è maggiormente sbilanciata verso le acquisizioni di clientela provenienti dal SMT.

211. A questo scopo le Parti hanno posto in essere condotte commerciali illegittime, ai sensi del diritto della concorrenza, perché realizzate sfruttando illecitamente leve concorrenziali e vantaggi competitivi che derivano al Gruppo ACEA non già da meriti di mercato ma da riserve legali di attività d'impresa e, in particolare, dalla propria prerogativa di operatore integrato verticalmente nell'attività, in monopolio, della distribuzione elettrica e nella conseguente gestione in esclusiva del servizio pubblico di vendita di energia elettrica in regime di maggior tutela e, in quanto tali, non replicabili da alcun concorrente. Tali condotte, come emerso dalle risultanze istruttorie, consistono essenzialmente: **a)** nella raccolta da parte di AE (direttamente o incrociando liste di contatti pubbliche o acquisite da terzi con il proprio database) e con modalità discriminatorie del consenso *privacy* per finalità commerciali degli utenti del SMT e nell'utilizzo dei relativi dati di contatto da parte della stessa AE per la propria attività commerciale sul ML e **b)** nell'utilizzo da parte di AE e per finalità commerciali di informazioni sensibili sul posizionamento di mercato dei suoi principali concorrenti e che si trovano nella esclusiva disponibilità di Areti.

212. Non coglie nel segno l'eccezione procedimentale sollevata da Acea e da AE secondo cui in sede di CRI gli Uffici avrebbero modificato la contestazione ipotizzata nel provvedimento di avvio, con conseguente irreparabile pregiudizio dei diritti di difesa. Le Parti, precisamente, sostengono che il perimetro iniziale di indagine fosse l'accertamento di offerte commerciali di fornitura energetica sul ML di AE mirate alla sola clientela del SMT e che, in sede di CRI, sarebbe stata addebitata alle Società la diversa condotta dell'attuazione di una strategia abusiva facente perno sull'utilizzo delle anagrafiche dei clienti in MT per creare una base clienti contattabile a scopi commerciali - previa acquisizione del relativo consenso *privacy* - per il loro trasferimento sul ML²⁷¹.

213. La pretesa difensiva, infatti, si fonda sull'artata decontestualizzazione ed enfasi dell'espressione "*offrire alla propria clientela alcune offerte commerciali mirate*" di cui al punto 27 dell'avvio²⁷²: si tratta di una lettura parziale finalizzata a volere piegare l'effettivo ambito oggettivo della contestazione all'accertamento di proposte di fornitura di energia elettrica sul ML di AE dedicate alla sola clientela del SMT e a prezzi non replicabili dai concorrenti. Le Parti, infatti, omettono di considerare le dettagliate precisazioni che, in merito alla delimitazione delle condotte oggetto di indagine, sono contenute nel seguente punto 28: "*in particolare, Acea Energia sembrerebbe aver utilizzato, ai fini dell'acquisizione di clientela sul mercato libero, il patrimonio informativo privilegiato di dati anagrafici [...] della clientela tutelata e le proprie caratteristiche reputazionali*"²⁷³.

214. Di conseguenza, nessuna modifica delle contestazioni è stata fatta in sede di CRI e, pertanto, l'affermazione per cui AE non avrebbe differenziato la propria offerta sul ML offrendo le stesse condizioni di fornitura indistintamente ai clienti tutelati e a quelli già transitati sul ML non vale in nessun modo a dimostrare l'estraneità della Società agli addebiti formulati a suo carico già in sede di avvio. Il provvedimento di avvio, del resto, non poteva non dare

²⁷⁰ [Fonte: doc. 99, 129, 140 e 141. AE rappresenta inoltre, rispettivamente, il secondo e il terzo operatore in ambito nazionale (vd. ARERA, Relazione annuale 2017, cit.).]

²⁷¹ [Vd. memoria congiunta nell'interesse di Acea e AE (doc. 346) e l'intervento delle stesse Società in audizione finale, allegato al relativo verbale (allegato n. del doc. 395).]

²⁷² [Vd. doc. 9 e 10 (avvio del procedimento).]

²⁷³ [Cfr. ibidem.]

correttamente conto anche del contenuto delle specifiche denunce pervenute e che alludevano chiaramente ad attività della forza vendita di AE volte a indurre clienti del SMT a passare sul proprio ML anche prospettando una maggiore convenienza economica dell'offerta. Le stesse Parti, del resto, hanno dato prova di aver perfettamente inteso il perimetro oggettivo dell'avvio presentando impegni²⁷⁴.

215. Solo per completezza, si richiama la costante giurisprudenza secondo cui: *"il provvedimento di avvio del procedimento, fungendo da spartiacque tra la fase pre-istruttoria e quella di vera e propria istruttoria, non può, per sua natura, contenere in maniera analitica le argomentazioni poste a sostegno dell'accertamento sanzionatorio che solo al termine dell'istruttoria potranno delinearsi nella loro compiutezza"*²⁷⁵.

V.3.1 La raccolta del consenso privacy per scopi di marketing dai clienti serviti in maggior tutela e l'effettivo utilizzo dei dati di contatto di tali clienti per finalità commerciali sul mercato libero di AE

1. La modalità discriminatoria di raccolta da parte di AE presso gli utenti del SMT del consenso privacy al trattamento per fini commerciali

216. Come anticipato, nell'attuale contesto di mercato della vendita di energia elettrica, la concorrenza nell'acquisizione dei clienti tutelati si realizza principalmente attraverso la possibilità di rivolgersi agli stessi in maniera diretta e individuale, a parità di condizioni tra gli operatori non verticalmente integrati e l'esercente la maggior tutela²⁷⁶.

In questo contesto, la raccolta dei consensi *privacy* di tali clienti effettuata dall'operatore che svolge il servizio di MT (e, dunque, dominante nell'area geografica locale in cui esercita detto servizio pubblico) attraverso modalità penalizzanti nei confronti dei concorrenti non verticalmente integrati può essere idonea a discriminare questi ultimi, che non hanno accesso alle medesime informazioni, laddove tale condotta sia finalizzata a utilizzare le anagrafiche in questione per attività di marketing sul ML²⁷⁷.

Tale condotta si è in concreto realizzata nel caso di specie, risultando comprovato l'utilizzo dei relativi dati di contatto da parte dell'operatore verticalmente integrato, il quale si è rivolto in via preferenziale e prioritaria ai clienti in MT per proporre loro offerte sul libero mercato.

217. In particolare, le risultanze istruttorie comprovano la pianificazione e l'attuazione da parte della società di vendita del Gruppo Acea di una strategia finalizzata, nell'avanzamento della liberalizzazione del mercato *retail* della vendita di energia elettrica e nella prospettiva dell'approssimarsi della fine del SMT, allo "svuotamento" della base clienti servita in maggior tutela in favore della base clienti servita sul ML.

Tale strategia è stata imperniata sullo sfruttamento della disponibilità delle anagrafiche dei clienti del SMT (in particolare dei clienti domestici) al fine di creare *database* di potenziali clienti contattabili a scopi commerciali - previa acquisizione del relativo consenso *privacy* - per il loro trasferimento quali clienti di AE sul ML. La centralità delle anagrafiche c.d. "consensate" di clienti in maggior tutela per il fine strategico che la società si ripropone di raggiungere risulta, non solo dalle numerose evidenze disponibili in merito all'attenzione e alle risorse impiegate dalle Parti in tali attività, ma anche da affermazioni esplicite reperite nella documentazione agli atti, quali *"intensificate le azioni di presa di consenso per finalità commerciali di fondamentale importanza per l'attività di vendita sul mercato libero"*²⁷⁸ (enfasi aggiunta).

218. In merito alle descritte condotte di AE deve, in primo luogo, rilevarsi che la richiesta ai propri utenti del consenso *privacy* per finalità commerciali solo in favore di un soggetto che non fornisca agli stessi un servizio a mercato e non abbia, quindi, esigenze promozionali, è spiegabile soltanto con la volontà di sfruttare dette informazioni, ai fini dell'operatività a libero mercato, per competere con soggetti che non hanno viceversa disponibilità delle stesse informazioni.

²⁷⁴ [Vd. doc. 68.]

²⁷⁵ [Cfr., ex multis, Tar Lazio, sentenza del 6 settembre 2016 nn. 9553 e altre relative al caso I/761 - Mercato dei servizi tecnici accessori e giurisprudenza ivi citata.]

²⁷⁶ [Da questo punto di vista, del resto, anche il TIUF (art. 22) ha previsto che debbano essere disciplinate modalità di accesso non discriminatorie alle informazioni commerciali sensibili di una società di vendita in MT, in grado di avvantaggiare la società di vendita nel ML del medesimo gruppo, sebbene poi non siano state ancora definite le misure normativo/regolamentari attuative.]

²⁷⁷ [Al riguardo, si veda la decisione dell'Autorità francese della concorrenza nel caso Engie con cui è stato accertato un abuso di posizione dominante relativo, tra le altre cose, all'utilizzo dei dati di clienti "tutelati" gas per proporre offerte nel mercato libero del gas e dell'elettricità da parte della società Engie S.A. (del gruppo GDF Suez), fornitore sia di energia elettrica sia di gas nel mercato libero francese e esercente altresì la vendita di gas a condizioni regolate a una quota molto significativa di consumatori francesi (<http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/17d16.pdf>) n. 17-D-16 del 21 marzo 2017. Analogamente, della stessa Autorità, vd. anche la decisione più risalente relativa al gruppo EDF, n. 13-D-20 del 17 dicembre 2013 (<http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/13d20.pdf>) e, più in generale, il parere reso il 14 giugno 2010 (avis n. 10-A-13) "relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle" (<http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/10a13.pdf>).]

²⁷⁸ [Doc. 18.55. Sulla caratteristica di informazioni strategiche irripetibili della base clienti serviti a condizioni regolate in regime di esclusiva per l'esercizio di attività in settori aperti alla concorrenza si veda altresì la recente decisione dell'Autorità francese della Concorrenza nel caso Engie cit. n. 17-D-16 del 21 marzo 2017, nonché la decisione più risalente relativa a EDF, n. 13-D-20 del 17 dicembre 2013 cit. e, più in generale, il parere del 14 giugno 2010 (avis n. 10-A-13) "relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle" cit..]

219. Sul punto, le risultanze istruttorie hanno in effetti permesso di accertare che l'attività di c.d. presa del consenso *privacy* per finalità commerciali svolta da AE nei confronti degli utenti del SMT sia stata concepita e concretamente realizzata a esclusivo vantaggio della stessa società, non essendo distintamente prevista la possibilità per il cliente di esprimere, se del caso, il proprio consenso a essere contattati a fini commerciali anche da terzi operatori concorrenti di AE. Tale modalità di raccolta dei consensi è stata il presupposto necessario per uno sfruttamento esclusivo, a danno dei concorrenti, di informazioni di cui il titolare (AE) è in possesso unicamente in qualità di esercente il SMT (qualità che, lo si ripete, gli deriva non per meriti di mercato, ma quale conseguenza diretta dell'attività di distribuzione svolta da Areti in concessione esclusiva nei Comuni di Roma e Formello). La centralità della raccolta dei consensi per la strategia commerciale di AE è, del resto, resa evidente dalla circostanza per cui i contratti di esclusiva conclusi con i *Teleseller* - almeno per il biennio 2016-2017²⁷⁹ - prevedevano il pagamento di uno specifico premio ove il cliente desse il consenso al trattamento per finalità commerciale dei propri dati personali.

220. L'utilizzo sino a tempi recenti di tale modalità di raccolta dei consensi *privacy* rende priva di ogni rilievo la disponibilità, successivamente manifestata dalla Parte, di mettere a disposizione dei concorrenti che ne facciano richiesta le anagrafiche di utenti del SMT per le quali si disponga del consenso a esser contattati per scopi commerciali da operatori economici diversi da AE e dalle società sue *partner*. Si tratta, infatti, di anagrafiche che al più - e come confermato dalla risposta di AE alla richiesta di Axpo dell'aprile 2018²⁸⁰ - possono contenere un numero non significativo di contatti rispetto a quelli di cui ha potuto fruire AE, proprio in quanto - come detto - solo di recente la società ha previsto la possibilità per il cliente di rilasciare il consenso *privacy* per finalità commerciali anche in favore di operatori concorrenti.

221. Al riguardo, appare opportuno ricordare il chiaro tenore letterale sia della modulistica utilizzata da AE sul proprio sito *Internet*, sia dagli *script* utilizzati dai propri *Teleseller*, in quanto inequivoco nell'escludere che la formulazione della richiesta del consenso facoltativo al trattamento dei dati personali per finalità commerciali fosse anche in favore di società appartenenti al medesimo settore merceologico di AE, vale a dire a società concorrenti attive nella fornitura di energia elettrica sul ML.

222. Infatti, ancora in data 7 maggio 2018 gli Uffici hanno accertato (acquisendone copia al fascicolo istruttorio²⁸¹) che le condizioni generali di contratto (CGC) per la fornitura di energia elettrica in maggior tutela prevedevano, all'articolo 26, comma 2, lett. c) tra le finalità del trattamento dei dati personali raccolti obbligatoriamente per l'attivazione e la gestione della fornitura in maggior tutela, letteralmente: "[la] **promozione commerciale e/o di vendita di prodotti e/o di servizi di vario genere, anche assicurativi, e anche mediante l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza (posta, telefono, email o internet) verso il cliente e verso il pubblico da parte del Fornitore [...]** ovvero da parte di società esterne (incluse compagnie e intermediari assicurativi) situate anche all'estero, **per conto del Fornitore** alle quali al tal fine i dati medesimi potranno essere comunicati [...]"²⁸². Al successivo comma 3 il documento precisa che "il conferimento dei dati personali ha natura facoltativa in riferimento al punto c) [...]" (enfasi aggiunta; cfr. anche *supra* § III.2.2 a)), relativo all'acquisizione dei consensi *privacy* della clientela del SMT).

223. La c.d. informativa sulla *privacy* messa a disposizione sul portale *My Acea* (unico per i clienti sia del SMT che del ML) e non oggetto di modifiche²⁸³ include, a sua volta, tra le finalità del trattamento di dati personali raccolti obbligatoriamente per la registrazione e la fruizione dei servizi del portale; l'utilizzo "**per marketing diretto, ossia per l'invio di materiale pubblicitario/informativo, di vendita diretta, di comunicazione commerciale, iniziative promozionali, per il compimento di ricerche di mercato o di soddisfazione del servizio erogato, relativi a prodotti e/o servizi offerti da Società del Gruppo Acea società controllanti, controllate e/o collegate, con modalità interattive e «tradizionali» (a titolo esemplificativo posta cartacea e/o chiamata con operatore) o mediante sistemi «automatizzati» di contatto (a titolo esemplificativo, SMS e/o MMS, chiamate telefoniche senza l'intervento dell'operatore, email, fax, applicazioni interattive) [...]**"²⁸⁴ (enfasi aggiunta). L'argomentazione difensiva secondo cui le descritte CGC del SMT fossero idonee all'acquisizione del consenso *privacy*

²⁷⁹ [Vd. doc. 14.53.]

²⁸⁰ [Vd. doc. 153.]

²⁸¹ [Vd. doc. 164.]

²⁸² [Alla successiva lett. e) è, altresì, inserita tra le finalità di trattamento: "l'analisi della propensione all'utilizzo dei prodotti e servizi offerti da Acea Energia S.p.A., la definizione di profili individuali e di gruppo, la proposizione di offerte individuali predisposte anche mediante l'impiego di strumenti e applicativi atti a rilevare le preferenze di consumo e l'analisi anche in forma personalizzata, automatizzata o elettronica delle informazioni acquisite attraverso l'utilizzo dei prodotti e/o i servizi utilizzati" (enfasi aggiunta).]

²⁸³ [Il testo è sempre quello reperibile all'indirizzo web.

https://www.gruppo.acea.it/content/dam/acea/foundation/pdf/gruppo/myace/InformativaPrivacy_MyAcea.pdf a cui si accede dal portale di My Acea cliccando sul link ipertestuale posto in corrispondenza del box "Registrati". Per confrontare la corrispondenza vd. doc. 164.]

²⁸⁴ [E', altresì, prevista quale finalità del trattamento: "l'analisi della propensione all'utilizzo dei prodotti e servizi offerti dalle Società del Gruppo Acea, la definizione di profili individuali e di gruppo, la proposizione di offerte individuali predisposte anche mediante l'impiego di strumenti e applicativi atti a rilevare le preferenze di consumo e l'analisi anche in forma personalizzata, automatizzata o elettronica delle informazioni acquisite attraverso l'utilizzo dei prodotti e/o i servizi utilizzati" (cfr. punti 9 e 10 dell'informativa *privacy* di cui al portale My Acea e già acquisita in atti, vd. doc. 164; enfasi aggiunta).]

per finalità commerciali anche in favore di società concorrenti di AE nel ML della vendita di energia elettrica è, pertanto, smentita *per tabulas*.

224. Analoghi contenuti presentano anche tutti gli script acquisiti presso i Teleseller contrattualizzati da AE. Tali documenti, infatti, contengono unicamente la richiesta al rilascio del consenso facoltativo al trattamento dei dati personali per finalità commerciali della sola AE, **“ovvero da parte di società esterne per conto di AE o per finalità proprie”** (enfasi aggiunta; cfr. anche supra § III.2.2 a)).

Le Parti in proposito hanno sostenuto che tale ultima specificazione sarebbe stata idonea a consentire al Teleseller la acquisizione del consenso anche in favore dei concorrenti di AE. Tale argomentazione appare priva di fondamento logico e testuale ed è, soprattutto, smentita dal tenore dei contratti conclusi da AE con i Teleseller: posto, infatti, che tali contratti prevedono una clausola di esclusiva in favore di AE (articolo 5), il Teleseller dovrà svolgere l'attività oggetto del mandato solo in favore della stessa AE essendo, appunto, escluso che questi **[omissis]**. Da quanto precede, non può che conseguire, conclusivamente sul punto, che le modalità di c.d. presa del consenso *privacy* utilizzate nel periodo oggetto di istruttoria abbiano riguardato solo AE e/o le società del gruppo e i *partner*.

225. L'allegazione nella memoria conclusiva di Acea e AE e l'esposizione nel corso dell'audizione finale²⁸⁵ dell'attuale testo delle CGC utilizzate per il SMT vale, pertanto, solo a provare l'intervenuta modifica dell'articolo 26.2. lett. c) delle predette CGC che ha esteso l'utilizzabilità del consenso *privacy* facoltativo anche **“per finalità di promozione commerciale e/o vendita anche a Società terze operanti nel medesimo settore energetico [...]”**²⁸⁶.

226. La descritta gestione da parte di AE di un patrimonio informativo di cui la stessa è, in realtà, titolare solo ed esclusivamente *ope legis* per lo svolgimento del SMT ha, quindi, escluso in radice che i contatti consensati dei clienti del SMT potessero essere inseriti in liste acquisibili sul mercato, dalle quali risultasse espressamente trattarsi di clienti serviti in maggior tutela nei cui confronti, quindi, anche operatori concorrenti potessero attivarsi per convincerli, in condizioni di parità con AE, a passare a proprie offerte di fornitura energetica alternative al SMT.

227. Di conseguenza, appare priva di ogni pregio anche la contro-deduzione delle Parti in merito alla pretesa replicabilità per i concorrenti delle liste “consensate” dei clienti del SMT nell'esclusiva disponibilità di AE e fondata sull'assunto per cui la percentuale di consensi acquisiti sul totale degli utenti del SMT contattati sarebbe marginale.

Come correttamente osservato anche dai concorrenti Gala e Axpo²⁸⁷, infatti, il valore aggiunto, sotto il profilo strategico e commerciale di queste liste rispetto a quelle presenti sul mercato, gratuitamente (le c.d. liste DBU) o a pagamento, risiede proprio nella certezza che i contatti in esse contenuti appartengono a clienti tutelati e nella possibilità di arricchirne utilmente i contenuti utilizzando altre informazioni (ad esempio, sulle caratteristiche di consumo o di solvibilità) che sono, del pari, nella sola disponibilità di AE.

228. A questo proposito e indipendentemente dall'utilizzazione o meno dello specifico applicativo di profilazione della clientela pure nella disponibilità di AE, le evidenze in atti hanno comprovato²⁸⁸, senza essere smentite dalle Parti, che tra le attività rimesse, per contratto, ai Teleseller di AE era compresa anche l'esecuzione **“tramite gli strumenti messi a disposizione dal Preponente, di una verifica sull'affidabilità creditizia dei Clienti che [...] abbiano aderito alle PDA (proposta di adesione, n.d.r.)”**²⁸⁹.

229. Risulta, infatti, provato che il Gruppo Acea abbia compiuto un'attenta selezione degli utenti del SMT cui proporre offerte a ML, essenzialmente in base al profilo della loro affidabilità creditizia. In tal senso, rileva anche - impregiudicato, come detto, il suo concreto utilizzo - l'ideazione e l'implementazione di uno specifico applicativo di profilazione, da applicarsi al *database* dei clienti tutelati di cui al sistema informativo descritto (vd. *supra* § III.2.1 c)) - nonché l'ampia evidenza del fatto che i Teleseller, prima di attivare definitivamente una fornitura energetica sul ML ai clienti presenti nelle liste forniteli da AE - comprese, quindi, quelle contenenti le anagrafiche di utenti del SMT - ne dovevano accertare la solidità creditizia²⁹⁰ (cfr. *supra* § III.2.2 a)). Questa attività di selezione è, peraltro, coerente con la volontà strategica di AE di cercare di selezionare i clienti del SMT da “passare” sul suo ML anche in funzione della loro affidabilità creditizia.

²⁸⁵ [Vd. doc. 346 e allegato 4 al doc 359.]

²⁸⁶ [Il nuovo testo delle CGT del SMT è reperibile attualmente all'indirizzo web https://www.servizioelettricoroma.it/content/dam/aceafoundation/pdf/energia/documenti/servizio-maggior-tutela/Condizioni_generali_contratto.pdf sono presenti anche sul sito Internet del servizio elettrico Roma.]

²⁸⁷ [Vd. doc. 338 e 339 (memorie di Axpo e Gala).]

²⁸⁸ [Vd. §. I.B.III.2.1.e) relativo alla descrizione, tra i diversi canali di vendita di AE, dei Teleseller.]

²⁸⁹ [Cfr. art. 3.21 dei contratti conclusi per il periodo 2016-2017 (per tutti, vd. doc. 14.53).]

²⁹⁰ [Cfr. doc. 55.43-Deal Evolution. Il documento prosegue con la descrizione dei vari passaggi che l'operatore deve compiere sul predetto portale al fine di svolgere l'accertamento di verifica del credito e le istruzioni scritte sono completate con le pertinenti schermate esemplificative tratte dal portale dedicato da AE per svolgere la verifica in questione (vd. anche doc. 55.3-H2 Com Srl, contenente lista dei contatti per i quali è stata svolta dal Teleseller la verifica di affidabilità creditizia con il relativo esito positivo o negativo) 58.1, 58.2; 58.3 58.4; 58.5. La richiamata documentazione è, a sua volta, coerente con il contenuto dei contratti di teleselling conclusi da AE, dove è previsto che “Il Teleseller è tenuto a eseguire, tramite gli strumenti messi a disposizione dal Preponente, una verifica sull'affidabilità creditizia dei Clienti che [...] abbiano aderito alle PDA. Tale verifica verrà effettuata dal Teleseller attraverso l'utilizzo di un applicativo [...]. Le PDA [i.e. proposte di adesione] dei Clienti che nel corso della verifica sull'affidabilità creditizia non siano stati considerati idonei dall'applicativo, dovranno essere eliminate e non si dovrà, quindi, procedere al caricamento delle stesse sul Sistema” (cfr., per tutti, doc. 14.23 e 14.53).]

230. L'insieme delle evidenze acquisite confermano, di conseguenza, che AE ha gestito la *customer base* del SMT cercando di massimizzarne le potenzialità commerciali sul ML come se fosse una qualsiasi risorsa aziendale e non un cespite vincolato all'esclusivo esercizio di un'attività riservatagli per legge, quindi inutilizzabile per competere in attività a mercato. Da quanto sopra emerge, dunque, che i *Teleseller* dovevano altresì svolgere una preventiva verifica sulla solidità creditizia dei clienti in maggior tutela contattata a scopi commerciali.

231. La documentazione in atti, in conclusione, comprova ampiamente la concreta implementazione di quello che l'Amministratore Delegato di AE, nel corso del convegno "*Liberalizzazione del Mercato Elettrico: più concorrenza per i cittadini utenti*", ha definito "*un piano per trasferire da qui al 2018 la maggior parte dei clienti possibili sul mercato libero selezionando nella platea dei clienti quelli più convenienti, quelli che pagano meglio che hanno minor rischio credito perché di fronte a questo scenario proviamo a difendere il valore degli azionisti.* [...]"²⁹¹ (enfasi aggiunta).

2. La concreta attuazione della strategia di AE diretta allo «svuotamento» del MT

232. La centralità per la strategia commerciale di AE di acquisire dai clienti del SMT il consenso *privacy* per finalità commerciali sue proprie è comprovato non solo dal descritto contenuto dei documenti preposti alla sua acquisizione, ma soprattutto dall'evidenza della pianificazione di una generale e intensa attività di sistematizzazione/valorizzazione delle anagrafiche degli utenti tutelati, realizzata, in particolare, incaricando alcune società di *teleselling* di svolgere, per suo conto, attività di *call center outbound* al fine di aggiornare e completare i campi costitutivi di tali anagrafiche (*i.e.* nominativo, domicilio, codice fiscale, contatto telefonico, contatto *e.mail*, ecc...), nonché al fine della loro valorizzazione commerciale attraverso appunto la raccolta del consenso *privacy* al trattamento dei dati personali per finalità commerciali della stessa AE (*i.e.*, in particolare, le liste con estensione di file "*Lista CRM [omissis] Tutela*").

233. La quota parte di queste anagrafiche che è stata consensata ha, quindi, alimentato specifiche liste di clienti in maggior tutela che AE ha messo a disposizione della propria forza commerciale (in particolare, dei *Teleseller*) affinché i relativi nominativi venissero contattati telefonicamente per proporre loro forniture energetiche sul ML (tali liste hanno anch'esse l'estensione di file "*lista CRM Twins [omissis] (Tutela)*").

234. L'iter di valorizzazione e utilizzo commerciale di liste di clienti del SMT è - come visto - spiegato in particolare nella *slide* 52 intitolata "*Campagna outbound Tutela*", parte del documento intitolato "*Business Review commerciale.*

Dicembre 2015"²⁹². Le Parti, infatti, hanno al proposito spiegato i contenuti dei due istogrammi ivi presenti, nei termini seguenti: "(i) il primo ([intitolato] % di presa consenso su lista illustra **la percentuale dei consensi acquisiti nel corso delle campagne rivolte alla clientela servita in maggior tutela per la bonifica e arricchimento banche dati**"²⁹³ e/o **valutazione della customer satisfaction svolte dai business partner di AE con riferimento all'ultimo semestre 2015, l'anno 2016 e i primi quattro mesi dell'anno 2017; il secondo ([intitolato] resa su consensi) illustra la resa in termini di percentuali di consensi acquisiti di cui al punto (i) che precede che si sono tramutati, attraverso attività di marketing, in contratti di fornitura sul Mercato Libero per AE**"²⁹⁴ (enfasi aggiunte). La spiegazione, quindi, oltre a confermare che nello svolgimento di campagne commerciali sul ML AE ha utilizzato le informazioni raccolte nello svolgimento dell'attività di vendita in regime di maggior tutela, testimonia che simili pratiche hanno avuto successo, dal momento che alcuni dei contatti di clienti del SMT sono stati "tramutati" in contratti sul ML²⁹⁵.

235. Quanto riportato nel citato documento è, peraltro, perfettamente coerente con gli obiettivi commerciali previsti dal "*Piano Commercial 2016-2017*" di AE²⁹⁶. Nella *slide* intitolata "*1 Campagne di recupero consensi*" è, infatti, previsto che nei confronti degli utenti del SMT sia svolta una "**attività di bonifica anagrafica e presa consenso effettuata in outbound tramite Partner selezionati di Teleselling. Obiettivo di intensificare l'attività nel 2016**" (enfasi aggiunta; vd. anche *supra* § III.2.2 a)). Sotto questo aspetto, pertanto, le risultanze documentali comprovano, altresì, che l'utilizzo consapevole da parte di AE di anagrafiche di utenti del SMT per finalità commerciali sul ML non sia stata solo oggetto di una mera e astratta pianificazione decisa da un *management* successivamente

²⁹¹ [Cfr. doc. 8.]

²⁹² [Vd. doc. n. 14.94 (in particolare, la slide 52). I richiamati rapporti settimanali sugli obiettivi focali da perseguire o in fase di lavorazione sono inviati dal Direttore commerciale di AE via e-mail al Presidente di AE/Responsabile Area Energia di ACEA.]

²⁹³ [In merito, presso un *Teleseller* sono state acquisite le istruzioni per procedere all' "*Attività di bonifica e arricchimento anagrafiche*" e richiesta del consenso *privacy* per finalità commerciali di AE nonché le liste di contatti fornitigli da AE catalogate in una cartella di file denominata "*Bonifica*" (vd., per tutte, doc. 55.1.-Dual Evolution).]

²⁹⁴ [Cfr. doc. 70.]

²⁹⁵ [Lo stesso contenuto del citato documento è presente anche nella slide n. 60, intitolata "*Campagna out-bound tutela*", del documento intitolato "*Acea Energia. Business Review Commerciale. Roma Febbraio 2017*", redatto a cura dell'unità Marketing di AE e che per il periodo ottobre 2015-gennaio 2017 contiene gli stessi due istogrammi (vd. doc. 18.9: acquisito presso la postazione del Presidente AE/Responsabile Area Energia di ACEA nel corso dell'ispezione alla sede legale di AE dell'11 maggio 2017). Si ricorda, inoltre, che nei contratti conclusi con i *Teleseller* per il 2016-2017 è prevista la possibilità di stipulare anche il c.d. addendum bonifica/arricchimento anagrafiche per la verifica, da parte del *Teleseller*, della congruità dei dati anagrafici presenti sui sistemi informatici di AE rispetto a quelli dichiarati dal cliente (vd., per tutti, doc.14.53).]

²⁹⁶ [Vd. doc. 119.24.]

dimissionato (come sostenuto dalle Parti²⁹⁷) ma sia stata, invece, concretamente attuata con risultati che sono stati puntualmente verificati e misurati con attenzione e continuità per poterne valutare l'efficacia: questa attività è stata, infatti oggetto dei documenti redatti periodicamente dall'Unità commerciale di AE e delle priorità settimanali del suo Direttore Commerciale (vd. *open points* e richiamati, *supra* § III.2.2 a)).

236. Ulteriori conferme di un utilizzo a fini commerciali di contatti di clienti del SMT sono fornite dagli esiti del rapporto *audit* che ha rilevato la possibilità di accesso all'applicativo che gestisce il CRM del SMT anche a dipendenti delle unità aziendali preposte al ML, e questo nella piena consapevolezza della Società della mancanza di conformità di tali azioni con la normativa *antitrust* e con la regolamentazione vigente. Sul punto, infatti, il predetto *report* conclude raccomandando la necessità di *"modificare la prassi finora seguita di trasferimento ai BP ("Business Partners", cioè i Teleseller, n.d.r.) per la bonifica dei dati, che non è in grado di assicurare la conformità con le norme sul trattamento delle ICS ("Informazioni commercialmente sensibili", n.d.r.) del SMT"*²⁹⁸. Dal citato documento, pertanto, emerge la perfetta consapevolezza del Gruppo Acea circa la contrarietà rispetto al contesto normativo di riferimento (che lo stesso *report* individua nell'articolo 102 TFUE ancora prima che nella Deliberazione n. 296/2015/R/COM²⁹⁹) dell'utilizzo da parte di AE e per scopi commerciali sul ML di informazioni privilegiate attinenti a utenti del SMT.

237. Le evidenze in atti mostrano, altresì, che quale fonte di alimentazione delle liste contenenti anagrafiche di utenti del SMT utilizzate da AE per finalità commerciali sul proprio ML, sia utilizzata anche l'attività di *call center* svolta, per conto di AE, dalla consorella Acea8cento S.r.l.. In particolare, sia la bozza che la versione definitiva del già richiamato *report audit* del luglio/settembre 2017 ha rilevato la messa a disposizione da parte di AE di liste contenenti **"anche contatti telefonici di clienti del servizio di maggior tutela. Tali contatti sono comunicati ad Acea Energia da parte di Acea8cento, che direttamente o tramite il proprio fornitore [...], ha ricevuto chiamate dei clienti. [Tali contatti] sono trasferiti ai BP incaricati di svolgere le attività di bonifica nonché di richiedere il consenso al trattamento dei dati personali per attività commerciali e promozionali dei servizi di Acea Energia. In caso di rilascio del consenso i relativi contatti vengono trasmessi ad Acea Energia che ne cura il caricamento sul sistema [sistema di CRM per il mercato libero]"** (enfasi aggiunta; sul punto vd. anche *supra* § III.2.2 a)).

238. L'inclusione nelle liste fornite da AE ai propri *Teleseller* anche di anagrafiche di utenti del SMT è stata, del resto, espressamente confermata dal Responsabile vendite della Società che, alla domanda *"se ai fini della promozione di offerte sul libero mercato siano utilizzati anche i contatti di clienti attualmente forniti da Acea Energia S.p.A. in regime di maggior tutela o in regime di mercato libero"*, ha risposto: **"sono utilizzati esclusivamente i contatti dei clienti sia in maggior tutela sia sul mercato libero (con Acea o con altro competitor) che abbiamo previamente prestato il consenso al trattamento dei dati personali anche per finalità commerciali, senza distinzioni"** (enfasi aggiunta)³⁰⁰.

239. In conclusione, è quindi ampiamente provato che AE abbia organizzato la propria rete di operatori commerciali *inbound* e *outbound* al fine precipuo di aggiornare/bonificare i dati di contatto dei propri clienti compresi gli utenti del SMT per procedere al loro successivo contatto per finalità di *marketing*, come poi effettivamente avvenuto, in perfetta esecuzione della pianificazione degli obiettivi commerciali elaborati dalla Società. Risulta, inoltre, che questo è stato possibile anche a causa di una gestione non corretta della separazione tra le funzioni aziendali preposte al SMT e quelle preposte al ML come confermato anche dagli esiti dell'audit interno ad AE (vd. *supra* § III.2.1 d)) sulla *"gestione unitaria della attività di vendita di energia elettrica"*).

240. Di conseguenza, risulta del tutto inconferente l'argomentazione difensiva di Acea e AE diretta a sostenere che il ragionamento istruttorio sia viziato *ab origine* da un pregiudizio nei confronti dei Gruppi verticalmente integrati come AE³⁰¹. Infatti, il ragionamento istruttorio che sostiene gli addebiti alle Società è fondato su solide evidenze documentali sulla strategia di utilizzo anticoncorrenziale di informazioni privilegiate³⁰², quali i dati di contatto della clientela tutelata, una volta consensati, nell'attività di vendita di energia elettrica a condizioni di mercato.

²⁹⁷ [Vd. "Le argomentazioni di AE" §. IV.C.]

²⁹⁸ [Cfr. doc. 119.61 (pag. 33) e 119.63 (pag. 34).]

²⁹⁹ [Vd. 119.62 (pag. 7) e doc. 119.64 (pag. 7).]

³⁰⁰ [Cfr. allegato n. 2 al doc. 13.]

³⁰¹ [Vd. doc. 346 e allegato 4 al doc. 359.]

³⁰² [L'assetto societario/organizzativo di AE è stato preso in considerazione anzitutto, per spiegare il funzionamento del settore elettrico e contestualizzare le condotte addebitate nella misura in cui le scelte effettuate tra le opzioni possibili potevano - come effettivamente successo - facilitare comportamenti anti-competitivi sul mercato. Sul punto, si osserva che riguardo al debranding effettuato da AE la scelta di mantenere il marchio storico (i.e. Acea Energia) per l'attività a mercato (scelta condivisa anche da altri Gruppi verticalmente integrati) dimostra, nella prospettiva dell'abrogazione del SMT, la volontà di preservare, anche per finalità di marketing, la forza attrattiva e di assicurazione che esso esercita soprattutto nei confronti dei clienti tutelati, che, da decenni, hanno ininterrottamente identificato nel marchio Acea il loro fornitore "naturale" di energia elettrica. Questo asset che deriva a AE essenzialmente dall'esercizio in monopolio dell'attività di vendita ai clienti c.d. non idonei e poi della gestione del SMT e non da meriti di mercato rappresenta quindi un ulteriore inevitabile vantaggio dell'incumbent che contribuisce, però, a riempire anche di contenuto la speciale responsabilità dell'operatore in posizione dominante, soprattutto in una fase di definitiva liberalizzazione del mercato dove, finora, ha operato in regime di totale o parziale (esercizio del SMT) riserva legale di attività.]

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

242. L'idoneità escludente della condotta contestata non risulta inficiata dalle repliche presentate dalle Parti secondo cui: *(i)* nell'ambito della campagna di c.d. bonifica, rivolta ai contatti del SMT, sono stati acquisiti un numero di consensi *privacy* per scopi di *marketing* di AE pari all'1% del numero complessivo di anagrafiche contattate (indicato pari a [omissis]) e che, rispetto sempre a tale numero complessivo, abbiano poi sottoscritto un contratto sul ML di AE una percentuale pari allo 0,07%; *(ii)* nell'ambito della campagna CSI (le cui liste contenevano sia anagrafiche del SMT che del ML³⁰³) il numero di contatti che hanno rilasciato il predetto consenso *privacy* sono stati pari all'1% del numero complessivo di anagrafiche contattate (indicato pari a [omissis]) e che di questa percentuale solo il 7% ha poi concluso un contratto sul ML di AE (vd. *supra* §. IV.D)

243. La valutazione difensiva di Parte è priva di pregio perché sconta una serie di difetti metodologici. In primo luogo, le Parti hanno calcolato il numero di contatti debitamente consensati per scopi commerciali di AE considerando solo quelli ottenuti attraverso la campagna c.d. bonifica e la campagna CSI, omettendo, quindi, di considerare il numero di clienti del SMT il cui consenso *privacy* è stato acquisito tramite altre ampie e documentate attività di presa del consenso della clientela tutelata realizzate in ragione delle prerogative di operatore integrato (come la presa del consenso nell'area riservata del portale MY Acea - unico per i clienti del SMT e del ML - o incrociando i propri elenchi dei clienti tutelati con le liste pubbliche e private di contatti già consensati o ricontattando i clienti tutelati che avessero chiamato Acea8cento S.r.l.).

244. In effetti, se considerata nel suo complesso, la lista di clienti in maggior tutela di cui AE disponeva del consenso *privacy* aveva una consistenza largamente superiore rispetto ai flussi di clienti in uscita dalla maggior tutela, che può ragionevolmente ritenersi una *proxy* della domanda contendibile da parte dei concorrenti. In particolare, il numero di clienti serviti in maggior tutela di cui AE disponeva del consenso *privacy* tra agosto 2015 ed agosto 2016 (cfr. doc. 18.56, *slide* n. 4) rappresenta quattro volte e mezza i flussi di clienti in uscita dalla maggior tutela negli stessi anni³⁰⁴. In una diversa prospettiva, complementare alle evidenze appena fornite, confrontando la consistenza numerica delle suddette liste con la *customer base* dei concorrenti di AE, sempre nell'ottica di apprezzare il potenziale restrittivo della condotta analizzata, si osserva che la prima rappresenta più di tre volte e mezzo il bacino di clienti medio dei primi 3 principali concorrenti di AE³⁰⁵.

245. Sotto altro profilo, va poi rilevato che il successo della c.d. campagna CSI è stato calcolato dalla parte, sia in termini di consensi *privacy* acquisiti dalla clientela del SMT sia in termini di contratti poi sottoscritti da tali utenti sul ML, utilizzando come denominatore il numero complessivo di anagrafiche contratte nell'ambito di tale iniziativa commerciale, che comprendevano, in larga misura, anche contatti di clienti del ML dei concorrenti e proprio di AE³⁰⁶.

246. Peraltro, gli stessi documenti aziendali di AE contengono elaborazioni dirette a valutare l'efficacia delle iniziative realizzate dalla Società per acquisire, dall'utenza del SMT, il consenso *privacy* per il successivo ricontatto a scopo commerciale sul suo ML, seguendo una metodologia diversa da quella utilizzata dalle Parti in sede di replica, come dimostra *per tabulas* il già ampiamente richiamato doc. 18.56³⁰⁷ (vd. *supra* § III.2.2 a)). In tale documento, infatti, AE ha calcolato la percentuale di resa del consenso *privacy*, alla data di agosto 2016, **sul totale della base clienti del SMT**, ottenendo che ben il **57%** di tale insieme ha prestato il consenso *privacy* richiesto, rendendosi, di conseguenza, contattabile per finalità di *marketing* della Società (il documento, non a caso, valuta con separati istogrammi la resa delle attività di presa del consenso svolte nei confronti della clientela sul MT e quella svolta nei confronti dei clienti sul ML)³⁰⁸.

247. In relazione alla fattispecie contestata, è altresì priva di pregio l'argomentazione delle Parti secondo cui il numero di contratti sul ML di AE stipulati da clienti provenienti dal SMT e imputabile alla descritta attività di *teleselling outbound* sarebbe del tutto irrilevante.

³⁰³ [Le Parti hanno, infatti, opportunisticamente rapportato il numero dei clienti del SMT inseriti nelle liste "consensate" fornite ai Teleseller con il numero complessivo di contatti nelle stesse presenti che contenevano anche contatti di utenti del ML di operatori concorrenti (vd. memoria finale di Acea e AE, allegato n. 4 al doc. 346, e l'intervento in audizione finale delle stesse Parti, allegato n. 4 al doc. 359).]

³⁰⁴ [Anche solo considerando il numero di clienti tutelati che avevano rilasciato il consenso *privacy* -tra agosto 2015 e agosto 2016- a seguito di un diretto contatto da parte di AE (tramite l'accesso all'area riservata del sito web, campagne outbound e altri canali, cfr. doc. 18.56, *slide* n. 4), essi eccedono comunque la consistenza totale dei flussi di clienti usciti dalla maggior tutela di AE per passare al mercato libero tra il 2015 ed il 2016.]

³⁰⁵ [Anche solo considerando il numero di clienti tutelati che avevano rilasciato il consenso *privacy* -tra agosto 2015 e agosto 2016- a seguito di un diretto contatto da parte di AE (tramite l'accesso all'area riservata del sito web, campagne outbound e altri canali, cfr. doc. 18.56, *slide* n. 4), essi sono numericamente equiparabili al bacino di clienti medio dei primi 3 operatori concorrenti di AE negli stessi anni.]

³⁰⁶ [Vd., in particolare, allegato n. 4 alla memoria difensiva di Acea e AE (doc. n.346).]

³⁰⁷ [Vd., in particolare, la *slide* intitolata "Clienti domestici con consenso al trattamento dati per finalità commerciali".]

³⁰⁸ [Vd. anche *slide* intitolata "Campagna outbound tutela" di cui al doc. 14.94.]

In particolare, si osserva che la suddetta eccezione difensiva è, comunque, fondata su confronti tra grandezze non pertinenti. Le Parti hanno calcolato la percentuale di contratti conclusi sul ML da clienti provenienti dal SMT sul numero di consensi *privacy* ottenuti a seguito della campagna CSI senza distinguere se gli stessi fossero stati rilasciati da clienti del ML o del SMT³⁰⁹. Tale analisi, invece, per essere omogenea dovrebbe essere condotta rapportando il numero di contratti conclusi da tale tipologia di clienti del SMT con il numero totale di clienti transitati, nello stesso arco temporale, dal SMT al ML di AE.

248. Quello descritto è, infatti, l'esercizio che hanno svolto internamente le Parti³¹⁰ nel richiamato doc. 119.6 per valutare il successo in termini di contratti conclusi dagli utenti del SMT oggetto delle descritte attività di *Teleselling outbound* finalizzate al loro "spostamento" sul ML di AE. Da tale documento, infatti, emerge che nel periodo 2015-agosto 2017, dato il totale dei passaggi dal SMT al ML di AE [omissis], nel 32% dei casi (pari a [omissis] contratti) questo è riconducibile all'attività di *teleselling outbound* a essi dedicata dalla Società per promuoverne il passaggio dal SMT al proprio ML (vd. anche *supra* § III.2.2 a)).

249. Lo stesso documento, inoltre, approfondisce l'analisi per verificare quanta parte dei passaggi da SMT verso il ML di AE sia stata sottoscritta da utenti del SMT che avevano rilasciato il consenso *privacy* per finalità commerciali della Società a seguito delle sole campagne di c.d. bonifica e CSI, svolte nel 2016-agosto 2017. Da tali esercizi è emerso che, posto che in tale periodo il numero complessivo di passaggi dal SMT al ML di AE è stato complessivamente pari a [omissis]), il numero di contratti sottoscritti da utenti tutelati che avevano prestato il proprio consenso *privacy* per scopi commerciali di AE nell'ambito delle campagne di c.d. bonifica e CSI è stato pari a [omissis], vale a dire a circa il 27%.

250. Peraltro, come ben noto, per consolidata giurisprudenza, ai fini dell'articolo 102 TFUE, l'illecito dell'abuso di posizione dominante "*si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, purché di suo idonea a turbare il funzionamento e la libertà del mercato*", essendo sufficiente "*già la mera potenzialità dell'effetto restrittivo*". La prova dell'oggetto e quella dell'effetto anticoncorrenziale si confondono tra loro: se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa in posizione dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è già di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto³¹¹.

251. Da quanto precede consegue pertanto, con ogni incontrovertibile evidenza, che l'efficacia dell'attività commerciale condotta da AE su liste contenenti solo anagrafiche consensate di clienti del SMT è stata, al contrario da quanto sostenuto dalle Parti, notevolmente performante, e suscettibile quindi di alterare le dinamiche competitive in danno dei concorrenti.

V.3.2 LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI PRIVILEGIATE TRA LA SOCIETÀ DI DISTRIBUZIONE E DI VENDITA

252. La documentazione in atti comprova, altresì, l'esistenza di una costante osmosi informativa tra la società di distribuzione Areti e la società di vendita AE avente a oggetto informazioni privilegiate in merito all'assetto del mercato della vendita di energia elettrica sul mercato di Roma. Tali informazioni sono state sistematicamente utilizzate dalla società di vendita per definire la propria strategia commerciale finalizzata allo "svuotamento" della base clienti servita in maggior tutela in favore della propria base di clientela sul ML consentendole, al contempo, di contrastare la pressione concorrenziale dei principali concorrenti.

253. Del resto, sia i rappresentanti di AE che quelli di Areti hanno ammesso l'esistenza di questo flusso informativo tra loro³¹² e, inoltre, anche l'*audit report* ha rilevato e criticato la mancata implementazione di misure idonee a impedire accessi promiscui dei dipendenti delle due Società al sistema informativo che gestisce il CRM del SMT e a quello di Areti che, come descritto in precedenza (vd. *supra* § III.2.2 c)), sono tra loro integrati, segnalando altresì come critica la diretta possibilità per i dipendenti di AE preposti a funzioni aziendali di *marketing* e vendita sul ML di accedere, in modo indiscriminato e sostanzialmente incontrollato, al sistema informativo condiviso con Areti³¹³ (vd. anche *supra* § III.2.2 c)). Il *report* conclusivo ha, poi, denunciato l'assenza di un'effettiva e stringente separazione logica tra i sistemi di gestione dei rispettivi *database* finalizzata a prevenire accessi indiscriminati alle informazioni detenute dal

³⁰⁹ [Vd. *ibidem*.]

³¹⁰ [Vd. doc. 119.6.]

³¹¹ [Vd. sentenza del Consiglio di Stato del 15 maggio 2015, n. 2479, relativa al caso A428 - Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia.]

³¹² [In sede di commento del doc. 18.12 (intitolato "Competitor mercato libero di Roma Acea Energia") i Rappresentanti di Acea e di AE hanno dichiarato: "[...] le informazioni presente nelle tabelle indicate [...] contengono consistenze di quote di mercato, esclusivamente in forma aggregata, richieste da Acea Energia al distributore locale e da quest'ultimo così fornite [...]" (cfr. doc. 70, enfasi aggiunta).]

³¹³ [In particolare, dalle verifiche effettuate dalla società in tale occasione è emerso che: "nr. 2 Utenti appartenenti a Unità di Acea Energia hanno accesso ai dati della società Areti; nr. 10 Utenti distaccati in Acea Spa e Acea Energia hanno l'accesso ai dati della società Areti; [...]". Del pari, con riguardo, alla piattaforma condivisa con Areti è emerso che nr. 2 Utenti appartenenti a Unità di Acea Energia hanno accesso ai dati della società Areti; nr. 2 Utenti appartenenti a Unità di Acea S.p.A. hanno accesso ai dati della società Areti; nr. 11 Utenti distaccati in Acea Spa e Acea Energia hanno l'accesso ai dati della società Areti [...] sono emersi nr. 64 Utenti non censiti con matricola aziendale associati a consulenti interni esterni/altro e altresì nr. 33 Utenti appartenenti a Unità di Acea Energia a ruoli ICT; nr. 6 Utenti appartenenti a Unità di Acea Spa associati a ruoli ICT [...]" (enfasi aggiunta). Sono state, altresì, riscontrate autorizzazioni all'accesso a personale di AE appartenente alle Unità di Vendite, Energy Management, Marketing e Commerciale (vd. doc. 119.63, pag. 23 e 24-26 e doc. 119.61, pag. 24 e 25-27).]

distributore³¹⁴, tra le quali rientrano, indiscutibilmente e come appena rilevato, le consistenze della base clienti di ciascun venditore allacciato alla sua rete.

254. In questo contesto, documentazione acquisita in sede ispettiva ha consentito di individuare concreti esempi di questa permeabilità informativa, come ad esempio testimoniato dalla disponibilità, da parte di AE, del sistematico aggiornamento in merito all'esatta consistenza numerica della base clienti dei principali concorrenti nel ML dell'area territoriale di Roma, dove Areti è concessionario unico per la distribuzione e dove, di conseguenza, AE esercisce, sempre in regime di privativa legale, il SMT che ancora serve la parte largamente maggioritaria degli utenti del Comune di Roma e Formello. AE sulla base di questi aggiornamenti si è avvantaggiata, come confermato dalla documentazione in atti, di una precisa ricostruzione diacronica dell'andamento del mercato della vendita di energia elettrica sul ML (vd. le tabelle nn. 1, 2 e 3 e il § III.2.2 b)).

255. La documentazione in atti comprova, altresì, la natura strategica di queste informazioni per la politica commerciale di AE, che si è dimostrata particolarmente attenta al ruolo svolto dai concorrenti nei propri territori di riferimento, come risulta da numerosi passaggi di documenti strategici e prospettici dell'impresa, nei quali sono puntualmente citate le informazioni ottenute dal distributore e prese in considerazione al fine di pianificare scenari diversi entro i quali e in funzione dei quali adattare la propria politica commerciale.

256. Il livello di dettaglio con cui è monitorato il posizionamento di mercato dei concorrenti nel tempo è del resto sintomatico - come mostra *per tabulas* il doc. 119.24 - del fatto che AE valuti insufficienti i dati pubblicati dall'ARERA o dall'AU nelle rispettive relazioni annuali al fine di pianificare le proprie strategie commerciali/industriali e che rappresentano, per contro, le sole informazioni gratuite di cui possono avvalersi i concorrenti, i quali per arricchirle di maggior dettaglio, devono necessariamente ricorrere a costose attività di ricerca di mercato e di *market intelligence* senza, peraltro, raggiungere lo stesso livello di certezza e aggiornamento.

257. Al riguardo, è appena il caso di osservare che la difesa delle Parti incentrata sulla disponibilità di Areti a fornire anche a terzi le informazioni in questione, data la loro natura non riservata³¹⁵, risulta incoferente, posto che tale disponibilità non è mai stata resa nota e che, comunque, non risulta che la cessione di tali informazioni a terzi sia mai avvenuta, mentre al contrario, per stessa ammissione delle Parti, AE ha avuto pieno e continuato accesso alle stesse.

258. Non appare, altresì, convincente l'assunto difensivo secondo cui si tratterebbe di meri dati quantitativi aggregati inidonei alla profilazione dei clienti e, quindi, il loro trasferimento intra-gruppo sarebbe intrinsecamente inidoneo a integrare uno sfruttamento abusivo di informazioni privilegiate. Il contenuto privilegiato dell'informazione in questione, infatti, non è stato valutato, in sede di contestazione alle Parti, sulla base della loro idoneità a permettere o meno ad AE di profilare i clienti, ma sull'idoneità di tali dati e solo di questi a garantire ad AE una trasparenza a suo esclusivo vantaggio sulle dinamiche concorrenziali in corso nel mercato della vendita *retail* di energia elettrica nei territori dove, proprio in conseguenza dell'integrazione verticale con Areti, si trova in posizione dominante e dove deve difendere il suo posizionamento, soprattutto in vista dell'imminente abrogazione del SMT.

259. La disponibilità di tali informazioni ha, dunque, consentito solo ad AE di avvantaggiarsi di una conoscenza certa, aggiornata e puntuale sulla consistenza della base clienti dei propri concorrenti nel mercato della vendita *retail* a Roma e Formello, permettendole - in una fase di evoluzione del mercato della vendita *retail* di energia elettrica e nella prospettiva dell'abrogazione del SMT - di monitorare l'andamento delle dinamiche competitive, la propria posizione assoluta e relativa di mercato nonché di tenerne conto, nella pianificazione e monitoraggio della propria strategia commerciale.

260. Non è, infatti, vero che tali dati siano inidonei a monitorare gli effetti delle politiche commerciali di AE e/o di quelle dei propri concorrenti; infatti essi definiscono un *set* informativo sufficientemente preciso sulle *performance* di acquisizione della clientela tutelata da parte di questi ultimi, sia alla luce della possibilità, solo per Areti, di conoscere il numero esatto dei clienti di ciascun *competitor* e di sapere - grazie alle modalità di *switching* - quanti suoi clienti ex-tutelati si siano spostati su quello stesso concorrente, sia in ragione del fatto che detto monitoraggio si risolve, in concreto, nell'analisi dei flussi e dei *mix* acquisitivi dei soli due principali *competitor* sulla piazza di Roma.

261. L'insieme di queste informazioni sulle dinamiche competitive dei concorrenti risulta nella disponibilità della sola AE, che può contare sulla certezza del numero esatto di attivazioni/cessazioni intervenute nei periodi di interesse, proprio perché Areti le garantisce la conoscenza del numero di utenze allacciate alla sua rete; l'esatta ricostruzione, in tempo reale, dell'andamento dei flussi dei clienti allacciati alla rete di Areti, consente quindi ad AE un monitoraggio dell'efficacia delle proprie azioni commerciali, permettendole altresì di adeguarle prontamente per riorientarle a proprio vantaggio in caso di modifica delle condizioni di mercato.

262. I dati sulla consistenza del *database* clienti dei concorrenti di AE, proprio per le loro caratteristiche di precisione e puntuale aggiornamento, presentano indiscutibilmente un valore informativo molto più pregiato di qualsiasi altra informazione analoga che un concorrente possa eventualmente ottenere mediante costose ricerche di mercato, che

³¹⁴ [Cfr. doc. 119.61 e 119.63. Entrambe le versioni (bozza e definitiva) dell'audit report raccomandano, di conseguenza, ad AE, di: "definire le ICS per il venditore in coerenza con le prescrizioni del TIUF [e di] prevedere una specifica policy aziendale o integrare le procedure e le istruzioni operative esistenti al fine di assicurare la riservatezza e la messa a disposizione non discriminatoria delle ICS e l'obbligo di ciascuno di assicurare la riservatezza delle stesse e l'utilizzo conforme al TIUF".]

³¹⁵ [Vd. doc. 116 (verbale ispettivo di Areti); 345 (memoria finale di Areti) e allegato n. 6 al doc. 359 (intervento di Areti nel corso dell'audizione finale).]

non possono che essere su base campionaria, soggette quindi a margini di errore, e comunque mai di cadenza temporale analoga a quella utilizzata da AE.

Di conseguenza Areti consentendone l'accesso alla consorella AE, in un'ottica di massimizzazione dei benefici di gruppo, ne ha favorito l'azione commerciale che nel periodo oggetto di indagine era particolarmente concentrata proprio sull'obiettivo di orientare a proprio vantaggio i flussi in uscita dal SMT cercando di anticipare l'azione della concorrenza in vista dell'abrogazione del SMT.

263. In merito alla valenza strategica di tali informazioni, è particolarmente eloquente la scelta compiuta dall'Unità *Marketing* della Società con riferimento all'analisi concorrenziale svolta nel già citato doc. 119.24 "*Acea energia. Piano Commerciale 2016-2017*" (datato febbraio 2016 e predisposto dall'unità *Marketing* della Società)³¹⁶: per la dettagliata analisi del posizionamento di mercato di AE, nel periodo 2012-2015, rispetto ai principali concorrenti - funzionale alla definizione delle attività commerciali ritenute idonee ad aumentare la propria quota di mercato sul ML di interesse (vd. anche *supra* § III.2.2 b)). Infatti, al fine di compiere l'analisi sul posizionamento diacronico di mercato di AE rispetto ai suoi principali concorrenti, tale Unità aziendale non ha ritenuto soddisfacenti le informazioni pubblicate dall'ARERA e dall'AU e questo, evidentemente, perché aggiornati solo al 2014 ed espressi in termini di volumi di consumi (GWh) e non di effettiva consistenza numerica della base cliente di ciascun operatore allacciato alla rete distributiva di Areti.

264. Le informazioni in esame - come detto - possono trovarsi nella disponibilità della società di vendita del Gruppo Acea solo in conseguenza del loro trasferimento da parte della società di distribuzione con essa verticalmente integrata, che, a sua volta, le acquisisce in via esclusiva nell'esercizio della propria attività di distribuzione in monopolio per l'area geografica romana: lo svolgimento di questa attività, infatti, implica per Areti la perfetta conoscenza del flusso di clienti associati ai vari venditori allacciati alla sua rete di distribuzione e per i quali la Società svolge anche, e sempre in esclusiva, l'attività di misura per ciascun POD di cui detiene la proprietà del contatore associato. Soltanto Areti, pertanto, è in condizione di poter associare a ciascun venditore di energia elettrica sul mercato *retail* di Roma e Formello il numero esatto di clienti serviti.

265. Alla luce di quanto sopra, l'argomentazione difensiva secondo cui le informazioni in contestazione potrebbero essere legittimamente trasmesse da Areti ad AE perché, attenendo a dati aggregati che non consentono l'identificazione di alcun cliente, non rientrerebbero nella categoria di "*informazione commercialmente sensibile*" ex articolo 18.2 TIUF³¹⁷, non appare pertinente anche in disparte qualsiasi valutazione sulla non esaustività dell'elencazione di informazioni commercialmente sensibili contenuta nella richiamata disposizione (elencazione che la stessa disposizione definisce come "*non esclusiva*").

266. Del pari, risulta inconferente l'argomentazione sulla pretesa incompetenza dell'Autorità di contestare e sanzionare il trasferimento delle informazioni in questione, qualora dovessero essere considerate ICS ai sensi del TIUF, stante la competenza esclusiva sul punto dell'ARERA, sia *ex ante* sia *ex post*. Il passaggio di informazioni tra Areti e AE è stato, infatti, addebitata ad Areti come comportamento idoneo ad avvantaggiare la descritta azione commerciale di AE, concorrendo ai suoi effetti distorsivi nel mercato della vendita al dettaglio nei territori di Roma e Formello, ragione per cui la responsabilità nell'illecito di AE è da ritenersi addebitata in via sussidiaria e non diretta.

267. La ricostruzione fattuale svolta, quindi e in definitiva, ha dimostrato l'esistenza di una strategia complessiva in cui le imprese elettriche del Gruppo Acea hanno utilizzato impropriamente, per competere sul mercato rilevante, tutti i vantaggi e sinergie derivategli dall'integrazione verticale.

V.3.3 CONCLUSIONI

268. I descritti comportamenti delle società del Gruppo Acea parti del procedimento sono, quindi, tutti finalizzati all'unico scopo di cercare di trasferire la clientela servita in regime di maggior tutela (e, in particolare, quella più redditizia e sicura sotto il profilo creditizio) sul ML di AE e risultano, pertanto, essere stati pianificati e attuati in modo consapevole dalle Parti proprio per prevenire i rischi ai quali il confronto concorrenziale, conseguente alla progressiva completa apertura del mercato della vendita di energia elettrica, avrebbe esposto il *business* energetico del Gruppo.

269. Le Parti, attraverso entrambe le condotte contestate, hanno perseguito tali obiettivi aziendali sfruttando prerogative irreplicabili dai concorrenti, e che si trovano nella loro esclusiva disponibilità, solo in conseguenza dello svolgimento di attività d'impresa in regime di privativa legale e delle quali, proprio per questa ragione, le regole a presidio del corretto confronto competitivo vietano l'utilizzo discriminatorio, in quanto idoneo ad alterare le dinamiche concorrenziali di mercato; tale divieto vale, a maggior ragione, in mercati che attraversano una fase di progressiva liberalizzazione e nei quali l'operatore dominante già gode dei vantaggi intrinseci all'*incumbency* stessa.

270. Il complesso delle evidenze istruttorie consente, precisamente, di ritenere che, nel caso di specie il gruppo Acea, integrato nella distribuzione e nella vendita sul mercato tutelato, dopo essere stato per numerosi anni il principale beneficiario della stessa disciplina regolatoria finalizzata proprio all'apertura del mercato elettrico *retail*, 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 costituenti un'unica strategia

³¹⁶ [Vd. doc. 119.24, slide intitolate: "*Concentrazione del mercato: quote di mercato elettrico 2/1*"; "*Concentrazione del mercato: quote di mercato elettrico 2/2*" ed "*Evoluzione mercato libero e mercato tutela energia elettrica*".]

³¹⁷ [Vd. doc. 116 (*verbale ispettivo di Areti*) e doc. 70 (*risposta di Acea e AE alla richiesta di informazioni di cui al verbale di audizione congiunta delle due Società*; vd. doc. 67).]

escludente, configurabili complessivamente come abuso di posizione dominante. Tali condotte sono suscettibili di ostacolare i propri concorrenti e di avvantaggiare ingiustificatamente la propria società di vendita sul mercato libero, AE - proprio nel momento in cui la cessazione del regime di tutela legale è diventato più concreto e imminente -, e risultano pertanto idonee a ritardare e ostacolare la realizzazione di un mercato *retail* dell'energia elettrica effettivamente competitivo e di estensione geografica nazionale.

271. Le condotte, confermate in atti, sono consistite anzitutto in iniziative commerciali di AE volutamente indirizzate alla clientela del SMT per favorirne il "passaggio" sul proprio ML e articolate in un primo *step* di raccolta del consenso *privacy* per scopi di *marketing* della stessa AE e nel successivo *step* di ricontatto telefonico *outbound* delle anagrafiche così "consensate", per promuovere la sottoscrizione di forniture elettriche sul ML della stessa AE. Le evidenze istruttorie hanno ampiamente provato, poi, la periodica messa a disposizione da parte di Areti in favore di AE delle informazioni sull'andamento diacronico dell'attività dei suoi concorrenti - raccolte dal distributore nell'esercizio della propria attività in privativa legale - nonché il loro effettivo utilizzo per la programmazione, gestione e verifica della attività di vendita di AE sul ML.

272. Come ben noto, ai fini della riconducibilità di diverse condotte a un unico abuso di posizione dominante rileva la loro riferibilità a una medesima e unica strategia economica dell'impresa dominante, in un unitario mercato rilevante, ancorché articolata nel tempo e nello spazio³¹⁸, come in effetti è comprovato essere successo nel caso di specie. La strategia di "svuotamento" della maggior tutela, anche in relazione all'approssimarsi della sua abrogazione, rappresenta la chiara cornice unica entro cui si inscrivono le condotte contestate, adottate da società tutte appartenenti al medesimo gruppo e tra loro verticalmente integrate.

273. La giurisprudenza nazionale e comunitaria è, inoltre, chiara nel definire i rapporti tra regolazione e accertamento *antitrust*, escludendo la possibilità di eccepire il principio del *ne bis in idem* quando - come nel caso di specie - l'accertamento sanzionatorio dell'autorità di concorrenza non riguarda la conformità del comportamento d'impresa alle regole di settore, ma l'insieme delle condotte di mercato attuate dalle Parti³¹⁹. È, quindi, confermato il principio per cui la circostanza che un'impresa sia soggetta a una regolamentazione di settore non esclude che la sua condotta possa essere soggetta al controllo *antitrust*³²⁰.

274. Alla luce di tali principi e considerato l'insieme delle evidenze acquisite in atti, si ritiene che, nel caso di specie, il Gruppo Acea - che detiene, tramite AE, una posizione dominante nel mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica nei territori dell'area metropolitana di Roma e del Comune di Formello che, a sua volta, gli deriva dalla titolarità, in capo alla controllata Areti, della concessione ministeriale per la distribuzione in esclusiva di energia elettrica negli indicati ambiti locali e a cui è associato, sempre *ope legis*, l'esercizio in esclusiva del servizio pubblico di maggior tutela - abbia abusato di detta posizione dominante attuando condotte in grave violazione dell'articolo 102 TFUE e, segnatamente, sfruttando illegittimamente le proprie prerogative di soggetto venditore integrato nella distribuzione elettrica e distorcendo le corrette dinamiche concorrenziali nel mercato della vendita dell'energia elettrica.

VI. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO INTRACOMUNITARIO

275. L'Autorità, nel provvedimento di avvio e di estensione del procedimento ha ipotizzato l'applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza sull'abuso di posizione dominante (articolo 102 TFUE) sulla base del pregiudizio intracomunitario che la fattispecie avrebbe potuto presentare in ragione dell'importanza del Gruppo Acea nel mercato interessato. Infatti, la società di vendita di energia elettrica è tra i principali fornitori nazionali e il maggiore nelle aree territoriali di Roma e Formello dove la consorella Areti gestisce, in regime di monopolio legale, il servizio di distribuzione di energia elettrica e che, di per sé, può ritenersi una parte sostanziale del mercato nazionale.

276. In merito, si rappresenta che, secondo gli orientamenti espressi dalla Commissione nelle proprie Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri (di seguito la Comunicazione)³²¹ per l'applicazione della normativa europea in materia di concorrenza da parte delle autorità *antitrust* nazionali (di seguito, ANC) "*non è necessario che [la condotta] pregiudichi il commercio tra l'intero territorio di uno Stato membro dell'intero territorio di*

³¹⁸ [Vd. sentenza del Consiglio di Stato 2014, n. 1673/2014, cit.; sentenza del Tribunale di Primo Grado, del 29 marzo 2012, causa T-336/07, Telefónica, SA e Telefónica de España, SA vs. Commissione europea, ECLI:EU:T:2012:172; sentenza del Tribunale di Primo Grado, del 30 settembre 2003, causa T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin vs. Commissione delle Comunità europee, ECLI:EU:T:2003:250; sentenze del Tar Lazio: nn. 9140/2017 e 9141/2017, cit.; del 23 gennaio 2017, n. 1188, relativa al caso A474 - SEA/Convenzione ATA e del 7 febbraio 2014, n. 1525, relativa al caso A441 - Applicazione dell'IVA sui servizi postali.]

³¹⁹ [Vd. sentenze Tar Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, relative al caso I761 - Mercato dei servizi tecnici accessori.]

³²⁰ [Vd. sentenza della CGUE del 14 ottobre 2010, causa C-280/08 Deutsche Telekom vs. Commissione, ECLI:EU:C:2010:603. Si veda anche la conclusione, al riguardo, affermata in Tar Lazio, sez. I, 1° agosto 2017, nn. 9140 e 9141, A435 - Comune di Prato-Estra Reti Gas: "Ne consegue che, pur in presenza di comportamenti leciti alla luce di singole normative settoriali, l'interprete potrà ravvisare la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale laddove la combinazione degli stessi sia espressiva di un intento escludente, da accertare indiziariamente come un *quid pluris* che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti".]

³²¹ [Comunicazione della commissione recante "Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato" (divenuti articoli 101 e 102 TUEF), in GUCE n. C 101/81 del 27 aprile 2004.]

un altro Stato membro [in quanto essa è] applicabil[e] anche nei casi che riguardano una parte di uno Stato membro, nella misura in cui l'incidenza sul commercio è sensibile"³²².

277. Gli stessi orientamenti ritengono che l'idoneità del comportamento d'impresa a pregiudicare la struttura della concorrenza all'interno dell'Unione europea possa essere anche solo potenziale, nel senso che sia *"probabile che il commercio tra gli Stati membri si sviluppi in maniera diversa [...] rispetto a come si sarebbe probabilmente sviluppato in assenza [della condotta]"*³²³. Del pari, ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE da parte delle ANC, rilevano anche gli effetti della condotta sul commercio transfrontaliero che siano solo possibili, ossia che *"possono verificarsi in futuro con un grado adeguato di probabilità"* ed *"è a tal riguardo opportuno considerare gli effetti delle misure di liberalizzazione adottate dalla Commissione o dallo Stato membro [...] volte a eliminare le barriere giuridiche agli scambi"*³²⁴.

278. Nel caso di specie, le condotte contestate alle società del Gruppo Acea risultano idonee a pregiudicare il completamento del processo di liberalizzazione del mercato della vendita di energia elettrica, attraverso una strategia commerciale diretta a utilizzare ogni vantaggio detenuto in virtù dell'esercizio in esclusiva dell'attività di distribuzione e di vendita in regime di maggior tutela, per conservare la propria quota di mercato nel mercato della vendita al dettaglio ai clienti finali anche dopo l'abrogazione del servizio di maggior tutela e la conseguente definitiva liberalizzazione della vendita al dettaglio di energia elettrica.

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

280. Le condotte contestate nel caso di specie, potendo ostacolare significativamente l'ingresso e l'operatività di concorrenti attuali e potenziali, anche esteri, sul mercato nazionale, appaiono quindi suscettibili di alterare il commercio tra Stati Membri. Alla luce delle risultanze istruttorie e dell'idoneità della condotta a pregiudicare il commercio intracomunitario, si ritiene applicabile, nel caso di specie, l'articolo 102 del TFUE.

VII L'IMPUTABILITÀ DELLE CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI OGGETTO DI CONTESTAZIONE E DELLE RELATIVE SANZIONI

281. Le evidenze in atti consentono di ricondurre la responsabilità delle condotte oggetto di contestazione anzitutto ad AE, in quanto soggetto che ha concretamente posto in essere le azioni tese a realizzare i piani strategici diretti a gestire in proprio favore il progressivo svuotamento della base clienti del SMT e che ha utilizzato, per lo stesso scopo, informazioni relative al posizionamento di mercato dei propri concorrenti nell'area territoriale di Roma e Formello richiedendo e ottenendo da Areti i dati di dettaglio sulla consistenza della base clienti degli altri operatori allacciati alla sua rete di distribuzione. Il distributore verticalmente integrato deve, del pari, ritenersi responsabile riguardo alle condotte contestate perché ha concretamente collaborato alla loro realizzazione fornendo ad AE accesso a informazioni direttamente attinenti all'assetto del mercato della vendita *retail* e di energia elettrica di cui dispone in esclusiva, fornendo, di conseguenza, alla consorella un vantaggio non replicabile dagli altri *competitor* con strumenti di indagine di mercato che abbiano le stesse caratteristiche di attendibilità, precisione e tempestività, anche a voler prescindere dal loro costo di acquisizione.

282. Le evidenze complessivamente in atti consentono, altresì, di ritenere che la capogruppo Acea costituisce, insieme ad AE da una parte e ad Areti dall'altra, un'unica entità economica ai sensi del diritto della concorrenza e che, pertanto, la Capogruppo deve ritenersi responsabile per le condotte illecite delle sue controllate e può, altresì, essere chiamata a rispondere in solido delle ammende alle stesse inflitte. Per consolidata giurisprudenza comunitaria, infatti, la responsabilità per le violazioni *antitrust* e per le relative sanzioni deve, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, essere imputata alle "imprese" nella definizione euro-unitaria di *"qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico del soggetto stesso e dalle sue modalità di finanziamento"*.

283. Nel caso di specie, infatti, trova anzitutto applicazione nei confronti di Acea la presunzione semplice, di matrice giurisprudenziale, del c.d. 100%, in forza della quale si presume - salvo prova contrario a carico della controparte - che la società che controlli, direttamente o indirettamente, il 100% del capitale sociale di altra società sia in grado esercitare un'influenza determinante sulla linea di condotta nel mercato di quest'ultima³²⁵. Per tale ragione, si

³²² [Cfr. paragrafi 2.2.21; 2.2.22 e paragrafo 3.2.6.97 della Comunicazione.]

³²³ [Cfr. paragrafo 2.3.2.35 della Comunicazione.]

³²⁴ [Cfr. paragrafi 2.3.3.40 e 2.3.3.41 della Comunicazione.]

³²⁵ [Vd. sentenza della Corte di Giustizia del 10 settembre 2009, causa C-97/08, Akzo Nobel vs Commissione, ECLI:EU:C:2009:536, che ha fatto definitiva chiarezza in ordine ai criteri di imputazione delle condotte antitrust all'interno di gruppi societari. A tale sentenza si è uniformata tutta la successiva giurisprudenza della Corte (da ultimo, sentenza del 10 aprile 2014, causa C-247/11 e C-253/11, Alstom SA e altri, ECLI:EU:C:2014:257). Come noto, questa giurisprudenza si fonda sulla premessa che "la responsabilità solidale della controllante e della controllata si giustifica, infatti, con la circostanza che, nell'accezione del diritto della concorrenza, se la controllata non gode di autonomia sufficiente nei confronti della controllante le due società fungono congiuntamente da soggetti giuridici componenti un'impresa unitaria. Insieme formano allora un'unità economica e nei rapporti tra di loro possono usufruire del[la] disapplicazione del divieto di intese anticoncorrenziali per i loro accordi. Viceversa, controllante e controllata formano un'unità economica anche nei confronti dell'esterno e devono, quindi, rispondere congiuntamente di eventuali comportamenti anticoncorrenziali dell'impresa che personificano insieme" (cfr. conclusioni dell'Avvocato generale J. Kokott presentate nella causa C-440/11P,

presume che controllante e controllata costituiscano insieme un'unica entità giuridica e debbano "rispondere congiuntamente di eventuali comportamenti anticoncorrenziali dell'impresa che personificano insieme"³²⁶, "ancorché, dal punto di vista giuridico, tale unità sia costituita da più persone fisiche o giuridiche"³²⁷. L'Autorità di concorrenza, sulla base di questa presunzione relativa "potrà poi ritenere la società controllante solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla propria controllata, a meno che tale società controllante, cui incombe l'onere di confutare tale presunzione, non fornisca sufficienti elementi di prova idonei a dimostrare che la propria controllata si comporta in maniera autonoma"³²⁸: "solo in tal modo [infatti] si può anche garantire che nel calcolo dell'entità dell'ammenda da infliggere si tenga conto correttamente del reale potere economico dell'impresa nel suo complesso e che l'esecuzione dell'ammenda non risulti compromessa da eventuali spostamenti patrimoniali fra società madre e le sue controllate"³²⁹.

284. Dagli atti istruttori emergono, inoltre, ulteriori elementi relativi a vincoli economici, organizzativi e giuridici intercorrenti tra Acea e le sue controllate AE e Areti che appaiono idonei a rafforzare la predetta presunzione relativa di corresponsabilità per l'illecito *antitrust* oggetto di contestazione.

285. In merito deve, anzitutto, rilevarsi che Acea definisce in termini unitari l'attività nel settore elettrico indicandola come "Area Energia" e che le linee strategiche di tale area sono condivise a livello di Capogruppo come, ad esempio, dimostra il richiamato doc. 18.15 intitolato "Consiglio di Amministrazione Acea Spa 06 febbraio 2017. Linee Strategiche Area energia 2017-2021"³³⁰. Del pari, all'attenzione del Consiglio di Amministrazione di Acea sono portate le "Linee strategiche Area Reti 2017-2021"³³¹. In coerenza con tale organizzazione di Gruppo, inoltre, la carica di Responsabile dell'Area Energia del Gruppo Acea è stata rivestita, nel periodo di riferimento istruttorio, dal Presidente e Amministratore di AE ed è stata dallo stesso mantenuta anche a seguito del suo passaggio alla Presidenza di Areti, avvenuta l'11 ottobre 2017.

286. Si consideri, ancora, che l'investimento per la realizzazione del nuovo sistema informativo integrato tra AE e Areti è stato deciso a livello di Capogruppo e che, come anche riportato nella bozza di discussione dell'*audit report* del luglio 2017 "in considerazione della unicità del Progetto e della specifica natura tecnico-organizzativa del Template, AE ha acquistato da Acea Spa con contratto [...] un sistema informatico integrato e customizzato e ha dichiarato di voler affidare ad Acea Spa l'esecuzione dei servizi di esercizio, gestione applicativa, manutenzione correttiva delle componenti hardware e software connessi e collegati al Template"³³².

287. Inoltre, importanti funzioni aziendali sono centralizzate a livello di Capogruppo, come quella legale e *regulatory*, mentre altre, come la gestione dei reclami di AE e di Areti, sono direttamente demandate all'unità reclami e conciliazioni di Acea, che si occupa dei reclami di entrambe le controllate³³³.

VIII. GRAVITÀ E DURATA DELL'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

288. La valutazione della gravità di una violazione *antitrust* deve essere effettuata, per consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, tenendo conto di un insieme di fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda

Commissione vs. Stichting Administratiekantoor Portielje e a., par. 31). Da tale premessa, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha ritenuto corretto inferire: "che, nel caso in cui una società controllante detenga la totalità o la quasi totalità del capitale della propria controllata che abbia violato le norme in materia di concorrenza, esiste una presunzione semplice, secondo cui la detta società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata. Alla luce di tali considerazioni è sufficiente che la Commissione provi che totalità o la quasi totalità del capitale di una controllata sia detenuto dalla controllante per poter presumere che quest'ultima eserciti un'influenza determinante sulla politica commerciale di tale controllante". La richiamata giurisprudenza è fatta propria anche dai Giudici nazionali, vd. da ultimo, TAR Lazio, 10 marzo 2016, n. 3077, I759 - Forniture Trenitalia (Firema Trasporti S.p.A.): "Inoltre, qualora la società controllante detenga (come in questo caso) il 100% del capitale sociale della sua controllata, la quale si sia resa responsabile di un comportamento illecito, si presume che la società controllante eserciti un'influenza determinante nello svolgimento dell'attività della controllata, tale da farla ritenere responsabile per gli illeciti da quest'ultima materialmente realizzati".]

³²⁶ [Cfr. Conclusione dell'Avvocato generale J. Kokott presentate nella causa C-440/11, Commissione europea vs Stichting Administratiekantoor Portielje e a., cit., par. 23 e 31.]

³²⁷ [Cfr., ex multis, sentenza della Corte di Giustizia del 12 luglio 1984, Caso C-170/83, Hydrotherm Gerätebau GmbH vs Ditta Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas. ECLI:EU:C:1984:271, punto 11.]

³²⁸ [Cfr. sentenza della Corte di Giustizia, causa C-440/11P, Commissione europea vs Stichting Administratiekantoor Portielje e a., cit., par. 41. La responsabilità della controllante per le condotte anticoncorrenziali delle sue controllate è, del resto, coerente con la funzione di deterrenza generale e specifica della sanzione nonché con l'effetto utile della sanzione perché, come chiaramente spiegato dall'Avvocato generale J. Kokott nelle conclusioni presentate nella causa C-628/10, Alliance One International e Standard Commercial Tobacco vs Commissione, cit.: "in tal modo si può tenere adeguatamente conto, ai fini del calcolo di un'ammenda, della forza finanziaria dell'intero gruppo partecipante al rispettivo cartello. Inoltre, aumentano le possibilità che un debitore solvibile risponda del pagamento dell'ammenda, indipendentemente da eventuali spostamenti patrimoniali all'interno del gruppo interessato".]

³²⁹ [Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale J. Kokott, causa C-97/98P, Akzo Nobel vs. Commissione, cit., par. 43.]

³³⁰ [Vd. anche doc. 18.24; 18.41; 18.43 e 18.53.]

³³¹ [Vd. doc. 18.7.]

³³² [Cfr. doc. 119.62, pag. 16.]

³³³ [Vd., a quest'ultimo riguardo, l'*audit report* (doc. 119.64, pag. 22).]

del tipo di infrazione e delle sue specifiche circostanze. Tra questi elementi rilevano, principalmente, la natura della restrizione della concorrenza, nonché il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte.

289. In merito alla natura abusiva delle condotte contestate alle società del Gruppo Acea parti del procedimento, le risultanze istruttorie hanno consentito di accertare che le stesse hanno posto in essere, in esecuzione di un piano strategico/commerciale definito e controllato a livello di Capogruppo, comportamenti finalizzati a garantire il passaggio della base clienti già servita in regime di maggior tutela a proprie offerte di fornitura sul proprio mercato libero, con l'effetto di ostacolare l'operatività dei concorrenti venditori non integrati e di alterare le dinamiche nel mercato liberalizzato della vendita di energia elettrica.

290. Per la realizzazione di questa strategia industriale, come sopra ampiamente illustrato, il Gruppo Acea ha sfruttato vantaggi concorrenziali non acquisiti per meriti di mercato ma conseguenti allo svolgimento, sia dell'attività di distribuzione in regime di monopolio, che di quella conseguente di esercente *ex lege* del servizio pubblico di fornitura in maggior tutela. Tali vantaggi, per le descritte caratteristiche, sono quindi irripetibili da parte dei concorrenti.

291. Con riferimento all'intenzionalità o meno dell'infrazione alle norme a tutela della concorrenza, costante giurisprudenza ritiene non necessaria la consapevolezza da parte dell'impresa di trasgredire a tali precetti, ritenendo sufficiente che essa non potesse ignorare lo scopo restrittivo della sua condotta.

Nel caso di specie si rileva, peraltro, che tutte le imprese del Gruppo Acea coinvolte nel procedimento dispongono delle conoscenze giuridiche ed economiche necessarie per valutare le conseguenze anticoncorrenziali del comportamento posto in essere.

292. Emerge, dunque, che i comportamenti contestati ad Acea S.p.A., Areti S.p.A. e ad Acea Energia S.p.A. e diretti a sfruttare la posizione dominante detenuta nel mercato della distribuzione e nei mercati della vendita di energia elettrica a clienti domestici e non domestici in bassa tensione in ambiti geografici locali di particolare rilievo sul territorio italiano, al fine di conservare il posizionamento di mercato della società di vendita del gruppo Acea anche a seguito dell'imminente abrogazione del regime della maggior tutela, costituiscono una violazione molto grave della disciplina a tutela della concorrenza.

293. Con riferimento alla durata dell'infrazione, dalle evidenze istruttorie emerge che essa ha avuto inizio quantomeno a partire dal marzo 2014 e fino al 2017. In proposito si rileva, infatti, che la pianificazione e implementazione progressiva della descritta strategia commerciale del Gruppo Acea nel mercato della vendita *retail* di energia elettrica è iniziata a partire dal marzo 2014, anno in cui sono stati contrattualizzati i *Teleseller* con contratti in scadenza al 31 dicembre 2015 (e automaticamente rinnovabili) che hanno svolto attività prodromiche e conseguenti all'utilizzo di anagrafiche di utenti del SMT per azioni commerciali sul ML. Le condotte contestate devono considerarsi protratte fino almeno al 2017, considerata la scadenza al 31 dicembre 2017 dei contratti di *teleselling* acquisiti in atti. A tali condotte si è accompagnato lo scambio di informazioni tra Areti e AE, avvenuto quantomeno a partire dal febbraio 2016 per dati su base annuale³³⁴ e dall'ottobre 2016 con cadenza mensile³³⁵, che ha garantito, quantomeno fino all'agosto 2017, la dettagliata conoscenza della posizione di mercato di tutti i concorrenti nelle aree geografiche nelle quali Areti svolge il servizio di distribuzione (e, corrispondentemente, AE svolge quello di vendita in regime di maggior tutela).

IX. I CRITERI PER LA QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

294. I criteri di quantificazione della sanzione per violazioni *antitrust* sono definiti, per quanto applicabili, dal rinvio recettizio effettuato dall'articolo 31 della legge n. 287/1990 all'articolo 11 della legge n. 689/1981³³⁶ mentre le concrete modalità di calcolo del *quantum* dell'ammenda sono precisate dalle *"Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/1990"*³³⁷ (di seguito, le "Linee Guida").

295. Il procedimento per il calcolo dell'ammenda definito dalle Linee Guida è il risultato di due successive operazioni: la prima consente di quantificare l'importo base e la seconda di stabilire gli aumenti e/o le diminuzioni applicabili sullo stesso per assicurare alla sanzione la necessaria deterrenza generale e specifica nonché per tenere conto dell'eventuale ricorrere di *"specifiche circostanze [...] aggravanti o [...] attenuanti la responsabilità dell'autore della violazione"* da accertare in considerazione del *"ruolo svolto dall'impresa nell'infrazione, [della] condotta da essa tenuta nel corso dell'istruttoria nonché [dell'] opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione e alla personalità dello stesso, anche alla luce di quanto previsto dall'articolo 11 della legge n. 689/1981"*³³⁸.

296. L'importo base dell'ammenda è definito dalle Linee Guida come il prodotto tra una percentuale massima del 30% del *"valore complessivo delle vendite interessate dalla condotta illecita"* - da determinarsi in funzione del livello di

³³⁴ [Cfr. doc. 119.24.]

³³⁵ [Cfr. doc. 18.12.]

³³⁶ [Legge 24 novembre 1981, n. 689 e ss.mm.ii., recante "Modifiche al sistema penale", in G.U. del 30 novembre 1981, Suppl. Ord..]

³³⁷ [Adottate con provvedimento del 22 ottobre 2014, in Bollettino n. 42/2014.]

³³⁸ [Cfr. punti dal 19 al 24 compresi delle Linee Guida.]

gravità dell'infrazione - e la durata della partecipazione all'infrazione. I richiamati orientamenti precisano che il "valore complessivo delle vendite interessate dalla condotta illecita" corrisponde al "valore delle vendite dei beni o servizi oggetto direttamente o indirettamente, dell'infrazione, realizzate dall'impresa nel mercato/i rilevante/i nell'ultimo anno intero di partecipazione alla stessa, al netto dell'IVA e delle altre imposte direttamente legate alle vendite"³³⁹. Nel caso di specie, quindi, tale valore corrisponde al fatturato dell'attività di vendita di energia elettrica realizzato da Acea tramite l'insieme delle sue controllate attive in tali mercati, nell'ultimo anno intero di partecipazione alla violazione, al netto dell'IVA e delle altre imposte che nel caso di specie attengono segnatamente al c.d. canone RAI (di seguito, il valore delle vendite).

297. Sul punto, non si possono accogliere le eccezioni di Parte secondo cui il fatturato rilevante andrebbe circoscritto "solo in quello realizzato nei confronti dei clienti domestici e non domestici serviti in bassa tensione che, attraverso le campagne di c.d. bonifica e CSI, sono transitati dal SMT al ML di AE"³⁴⁰, in quanto secondo consolidata giurisprudenza euro-unitaria e nazionale il fatturato rilevante da prendere in considerazione ai fini del calcolo dell'importo base è quello realizzato dalle imprese coinvolte sull'intero mercato rilevante nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla diffida, non potendosi far riferimento esclusivamente alle vendite "cartellizzate" (nel caso di intesa restrittiva della concorrenza) o oggetto direttamente dell'accertato abuso³⁴¹.

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

299. Nel caso di specie, la percentuale dell'importo sanzionatorio base è individuata nel 3% del valore delle vendite, in quanto la condotta è valutata come molto grave e, al tempo stesso, si ritiene che tale percentuale sia idonea a garantire alla sanzione il necessario effetto deterrente.

300. L'importo così ottenuto deve quindi essere moltiplicato per il numero di anni di partecipazione all'infrazione, tenuto conto dei criteri definiti nel paragrafo 16 delle Linee Guida, in cui è stabilito che "per le infrazioni di anno, la durata sarà calcolata in funzione dei mesi e dei giorni effettivi di partecipazione all'infrazione". Nel caso di specie, la durata dell'infrazione è pari a 3 (tre) anni e 9 (nove) mesi, considerato che i primi contratti di esclusiva con i *Teleseller* per svolgere attività *outbound* funzionale alla descritta strategia di "svuotamento della maggior tutela sono stati sottoscritti a partire dal marzo 2014 e poi rinnovati fino al 2017. In senso contrario non è accoglibile l'eccezione difensiva diretta a individuare il *dies a quo* della condotta a partire dal 2016, quando sono state poste in essere le campagne di c.d. bonifica e CSI. In merito, va rilevato che già nei contratti di *teleselling* conclusi nel 2014 l'attività rimessa agli operatori era quella di svolgere attività *outbound* in favore di AE sulla base di liste di anagrafiche di utenti del SMT al fine della loro contrattualizzazione sul ML della stessa AE.

301. Da quanto precede, pertanto, il fattore moltiplicativo da applicare all'importo base, per tenere conto della durata dell'infrazione, è pari "3,75" ottenendosi un importo complessivo pari a 57.856.711,02 euro.

302. L'importo base della sanzione, determinato come descritto, può poi essere incrementato per tener conto di specifiche circostanze aggravanti o diminuito in considerazione della ricorrenza di specifiche circostanze attenuanti³⁴². Nel caso di specie, non si ritiene che ricorrano né circostanze aggravanti né circostanze attenuanti. Riguardo a quest'ultime, infatti, non possono ritenersi tali la volontà del nuovo *top management* di AE di non proseguire in una politica commerciale specifica per i clienti del SMT e neppure la circostanza di aver dato positivo riscontro, nell'aprile 2018, alla richiesta di un concorrente di accedere ad anagrafiche di clienti tutelati. Infatti, le risultanze istruttorie sono ampie nel documentare la persistenza dell'infrazione nel 2017 e nessuna prova di discontinuità è stata comprovata dalle Parti che, peraltro, solo in sede di presentazione delle memorie conclusive hanno prodotto la nuova modulistica utilizzata da AE per la c.d. presa del consenso *privacy* per finalità commerciali.

303. Nel caso di specie, tuttavia, l'Autorità ritiene opportuno esercitare la propria discrezionalità applicando il punto 34 delle Linee Guida, che consente di apprezzare le specifiche circostanze del caso concreto al fine di derogare

³³⁹ [Cfr. *ibidem* punto 11.]

³⁴⁰ [Vd. memoria congiunta di Acea e AE (doc. 346).]

³⁴¹ [Vd., a titolo esemplificativo, sentenza della Corte di Giustizia, 11 luglio 2013, causa C-444/11, *Team Relocations vs Commissione*, ECLI:EU:C:2013:464, punto 76. Anche nella giurisprudenza nazionale si è affermato il medesimo principio; si consideri a titolo esemplificativo Tar Lazio, sentenze 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, caso I/761 - Mercato dei servizi tecnici accessori: "Quanto alla determinazione dell'importo base della sanzione e, in particolare, alla modalità di calcolo del valore della vendita dei servizi oggetto dell'infrazione, non colgono nel segno le censure che intendono limitare tale valore ai soli importi delle vendite per le quali risulti accertata una effettiva connessione con l'intesa, in quanto la base di calcolo dell'ammenda inflitta a un'impresa deve riflettere l'importanza economica dell'infrazione e non può essere stimata avuto riguardo alla sola parte del fatturato delle imprese immediatamente connessa all'infrazione (Caso C-580/12 P, *Guardian Industries Corp and Guardian Europe Sàrl v Commissione* [2014]). [...] In tal modo, l'importo assunto a riferimento riflette l'importanza economica dell'infrazione e il peso relativo dell'impresa interessata nell'infrazione medesima, senza dover ricomprendere unicamente il fatturato effettivamente realizzabile da ciascuna impresa, in conseguenza della commissione dell'illecito antitrust".]

³⁴² [Vd. §§ 19 e 21 delle citate Linee Guida dell'Autorità.]

all'applicazione delle Linee Guida stesse³⁴³. In particolare, appare opportuno applicare al predetto importo finale un abbattimento percentuale che consenta di ottenere una sanzione commisurata a una ragionevole *proxy* dell'idoneità escludente della condotta contestata relativamente al segmento a mercato libero, abbattimento valutabile quindi in ragione del peso del fatturato originato dai servizi di vendita in regime di maggior tutela rispetto al fatturato complessivo. Tale percentuale di abbattimento deve, quindi, applicarsi nella misura del 72%³⁴⁴ e, di conseguenza, l'importo definitivo della sanzione è pari a 16.199.879,09 €.

Tutto quanto premesso e considerato;

RITENUTO che le condotte sopra descritte poste in essere da Acea Energia S.p.A., con la collaborazione della consorella Areti S.p.A. e nella consapevolezza della capogruppo Acea S.p.A., integrino, nel loro complesso, una violazione dell'articolo 102 del TFUE, e, in particolare, configurino un abuso di natura escludente, idoneo ad alterare le dinamiche competitive nel mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti finali domestici e non domestici di minori dimensioni nei territori nei quali il Gruppo Acea gestisce l'attività di distribuzione, in quanto finalizzato a indurre gli utenti del servizio di maggior tutela a passare sul mercato libero con Acea Energia S.p.A. sfruttando l'esclusiva disponibilità di anagrafiche di clienti del servizio di maggior tutela, nonché le informazioni sul posizionamento di mercato dei concorrenti di Acea Energia S.p.A. detenute in esclusiva da Areti S.p.A.;

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

DELIBERA

a) che Acea S.p.A., Acea Energia S.p.A. e Areti S.p.A. hanno posto in essere un abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 102 TFUE, consistente nell'adozione di un'ampia strategia escludente, realizzata mediante l'utilizzo illegittimo, al fine di competere con i propri concorrenti nell'acquisizione di contratti di vendita di energia elettrica a condizioni di libero mercato, di una serie di prerogative possedute unicamente in virtù della propria posizione di operatore integrato nella distribuzione, quali i dati di contatto della base clienti tutelata e le informazioni sul posizionamento di mercato dei concorrenti di Acea Energia S.p.A. detenute in esclusiva da Areti S.p.A. in qualità di esercente in monopolio legale l'attività di distribuzione di energia elettrica nei mercati rilevanti;

b) che Acea S.p.A., Acea Energia S.p.A. e Areti S.p.A. si astengano in futuro dal porre in essere le condotte contestate o comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata al punto precedente;

c) che Acea S.p.A., Acea Energia S.p.A. e Areti S.p.A. entro novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento diano comunicazione all'Autorità, trasmettendo una specifica relazione scritta, delle iniziative adottate con riferimento per ottemperare a quanto richiesto alla precedente lettera b);

d) di irrogare in solido a Acea S.p.A., Acea Energia S.p.A. e Areti S.p.A. in ragione della gravità e della durata dell'infrazione, una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 16.199.879,09 euro.

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera d) deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet* www.agenziaentrate.gov.it.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, legge n. 689/1981, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

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

³⁴⁴ [Detta percentuale infatti corrisponde alla quota delle vendite in maggior tutela sulle vendite complessive nel mercato rilevante, e il suo complemento è quindi la quota delle vendite a mercato libero, che risultano in effetti rappresentare il segmento su cui l'abuso esibisce la sua idoneità restrittiva delle dinamiche di mercato.]

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

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

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

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo