

## **A333 - ENEL TRADE-CLIENTI IDONEI**

*Provvedimento n. 12634*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 27 novembre 2003;

SENTITO il Relatore Professor Nicola Occhiocupo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'articolo 82 del Trattato CE;

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

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

VISTE le segnalazioni pervenute in data 7 e 19 dicembre 2001 e 15 gennaio 2002;

VISTA la propria delibera del 7 marzo 2002, con la quale è stata avviata l'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti delle società ENEL S.p.A. e ENEL Trade S.p.A., volta ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 82 del Trattato CE, in relazione alla politica commerciale di ENEL Trade S.p.A., con particolare riferimento alle previsioni contenute nel contratto predisposto dalla società per la fornitura di energia elettrica ai clienti idonei nel 2002, nonché alle proposte commerciali contenute nella lettera indirizzata agli stessi clienti idonei da ENEL Trade S.p.A. il 17 dicembre 2001, ed è stato fissato al 15 febbraio 2003 il termine di chiusura del procedimento;

VISTA la comunicazione di ENEL Trade S.p.A. del 23 ottobre 2002, relativa alla decisione di sospendere l'efficacia delle clausole contrattuali contestate e l'ulteriore documentazione trasmessa dalla stessa società in data 30 ottobre 2002;

VISTA la comunicazione, pervenuta il 23 gennaio 2003, con la quale si fa presente che, a partire dal 1° gennaio 2003, la società ENEL Trade S.p.A. ha cambiato denominazione sociale in ENEL Energia S.p.A. e che, in data 1° gennaio 2003, ha effetto la scissione parziale di ENEL Trade S.p.A. in favore di ENEL FTL S.p.A.;

VISTE le istanze pervenute in data 23 e 31 luglio 2003, con le quali ENEL S.p.A. ed ENEL Energia S.p.A. hanno chiesto un rinvio dell'audizione finale di almeno 21 giorni dal termine infraprocedimentale fissato al 18 settembre 2003;

VISTE le proprie delibere del 7 novembre 2002, del 10 aprile e 7 agosto 2003 con le quali è stata disposta la prosecuzione del procedimento in oggetto nei confronti della società ENEL Energia S.p.A. ed è stata fissata la proroga del termine di conclusione del procedimento al 27 novembre 2003;

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

CONSIDERATO quanto segue:

### **I. IL FATTO**

#### ***I. LA DENUNCIA***

**1.** In data 7 dicembre 2001 l'Autorità ha ricevuto una segnalazione da parte di un operatore attivo nel mercato nazionale della vendita di energia elettrica ai clienti idonei riguardante alcune clausole contrattuali di esclusiva e di prelazione contenute nel *Contratto per la fornitura di energia elettrica* (di seguito, il "contratto *standard*"), predisposto da ENEL Energia S.p.A. (di seguito, ENEL Energia), per la vendita di energia elettrica ai clienti idonei per il 2002.

**2.** In data 19 dicembre 2001 l'Autorità ha ricevuto copia di una lettera, datata 17 dicembre 2001, il cui oggetto è "*Contratto di fornitura di energia elettrica per l'anno 2002 – Quota di energia di importazione*", inviata ad un proprio cliente idoneo dal Responsabile dell'Area Business Nord Ovest di ENEL Energia.

**3.** In data 15 gennaio 2002 l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito, AEEG) ha fornito all'Autorità copia del *Contratto per la fornitura di energia elettrica*, recante il marchio di ENEL Trade S.p.A. (ora ENEL Energia), datata "*Bozza 27/09/2001*" e copia della medesima lettera del 17 dicembre 2001 di ENEL Energia indirizzata a un proprio cliente, avente ad oggetto "*Contratto di fornitura di energia elettrica per l'anno 2002 – Quota di energia di importazione*". Questi ultimi due documenti presentano lo stesso contenuto dei documenti citati ai precedenti punti 2 e 3.

**4.** Le clausole del contratto *standard* oggetto di contestazione sono gli articoli 6, "*Condizioni e corrispettivi per energia di importazione*", e 11 "*Offerte per siti produttivi in Europa*". In particolare, l'articolo 6 è suddiviso in due paragrafi:

6.1, “Capacità di interconnessione assegnata senza ricorso a procedure d’asta”<sup>2</sup>, e 6.2, “Ulteriori facoltà di approvvigionamento per il Cliente”<sup>3</sup>.

5. Ai fini della presente istruttoria, rilevano anche gli articoli 4 “Fornitura di energia elettrica e potenza” e 8 “Durata, decorrenza ed efficacia del contratto”.

## II. LE PARTI

6. ENEL S.p.A. (di seguito ENEL), *holding* dell’omonimo gruppo, è una società attiva, direttamente e tramite proprie controllate, nei settori elettrico, della distribuzione del gas naturale, delle telecomunicazioni, dei servizi idrici, dell’attività di ingegneria, immobiliare, dell’impiantistica, del riciclo dei rifiuti, della compravendita e logistica di combustibili, dei servizi informatici e telematici. Il 60,978% del capitale sociale di ENEL è detenuto dallo Stato Italiano.

L’articolo 13 del Decreto Legislativo 16 marzo 1999, n. 79<sup>4</sup> dispone che ENEL “assum[a] le funzioni di indirizzo strategico e di coordinamento dell’assetto industriale e delle attività esercitate dalle società da essa controllate” e che costituisca società separate per lo svolgimento delle attività di : i) generazione; ii) distribuzione e vendita ai clienti vincolati; iii) vendita ai clienti idonei; iv) esercizio dei diritti di proprietà della rete di trasmissione e connesse attività di manutenzione decise dal Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale (di seguito, GRTN).

Dall’avvio del processo di liberalizzazione, il gruppo ENEL ha intrapreso successive riorganizzazioni societarie. Al momento, le società operative del gruppo siano collocate in cinque aree funzionali distinte, tutte facenti capo alla capogruppo ENEL: *Generazione ed Energy Management; Mercato; Infrastrutture e Reti; Telecomunicazioni; Servizi alle Aziende e Attività Diversificate*. Ogni area ha un responsabile che riferisce direttamente all’Amministratore Delegato della *holding*.

Fanno capo all’area *Generazione ed Energy Management* sia le società attive nella generazione di energia elettrica, ENEL Produzione S.p.A. (di seguito ENEL Produzione) ed ENEL GREEN POWER S.p.A. (di seguito, ENEL GP), sia ENEL Trade S.p.A. (già ENEL FTL S.p.A.), quest’ultima presente, tra l’altro, nella compravendita di energia elettrica ai clienti idonei grossisti e con consumi superiori a 100 GWh/a<sup>5</sup>. Nell’area *Mercato* operano ENEL Distribuzione S.p.A. ed ENEL Energia, attive rispettivamente nella fornitura di energia elettrica al dettaglio ai clienti vincolati e ai clienti idonei con consumi inferiori ai 100 GWh/a, nonché le società di vendita al dettaglio di gas naturale e di servizi accessori (manutenzione, illuminazione pubblica ed altro).

7. Fino al 1° gennaio 2003 ENEL Energia svolgeva attività di vendita di energia elettrica ai clienti idonei. Dal 1 gennaio 2003, la società svolge tale attività limitatamente ai clienti idonei in Italia con consumi inferiori ai 100 GWh/a. ENEL Energia è controllata da ENEL, che ne detiene il 100% del capitale sociale. La modifica della denominazione sociale di ENEL Trade in ENEL Energia è successiva alla delibera di scissione parziale della *ex* ENEL Trade a favore della *ex*

---

<sup>2</sup> [L’articolo dispone: “[alla lettera A che] nel caso in cui il Cliente consegua capacità di interconnessione, ENEL, con diritto di esclusiva, fornirà tutta l’energia trasportabile mediante la capacità conseguita [tramite allocazioni del GRTN]. In alternativa a quanto previsto dalla precedente lettera A, il Cliente si obbliga, previa richiesta di ENEL, a cedere in esclusiva la capacità di interconnessione acquisita ad ENEL stessa che fornirà in ciascuna ora l’energia prelevata fino alla concorrenza dell’energia sottesa alla capacità ceduta [allo stesso corrispettivo determinato sopra]. Alla lettera D dello stesso articolo, la società stabiliva che: “Qualora ENEL non fosse in grado, per qualsivoglia motivo, di fornire franco confine l’energia sottesa alla capacità di interconnessione assegnata al Cliente e non intenda o non possa acquistare la capacità di interconnessione allo stesso assegnata, troveranno applicazione le condizioni di cui al successivo articolo 6.2 - lettera A”.]

<sup>3</sup> [L’articolo stabiliva alla lettera A che: “Il Cliente ha facoltà di acquistare da altro fornitore bande di capacità di interconnessione complete di energia, con esclusione del caso in cui ricorra l’ipotesi di cui al precedente punto 6.1.A. Qualora intenda avvalersi di detta facoltà il Cliente dovrà comprovare ad ENEL l’indubbia provenienza estera dell’energia acquistata ed ENEL per ciascun sito applicherà ai corrispettivi pattuiti per tutta l’energia fornita le seguenti maggiorazioni di prezzo [seguono maggiorazioni di prezzo che variano da omissis euro/MWh per acquisti mensili da ENEL Energia inferiori al 90% a omissis euro/MWh per acquisti mensili da ENEL Energia inferiori al 30% rispetto al fabbisogno del cliente]. Alla lettera B si legge che “Il Cliente ha altresì la facoltà di acquistare quote di energia di cui al DM. 21/11/2000 con caratteristiche di interrompibilità (cosiddetta energia CIP 6 interrompibile), nonché di energia riservata a soggetti con specifiche caratteristiche o avente particolari vincoli di prelievo (cosiddetta energia interrompibile estera, ecc.). Anche in tal caso verranno applicate per ciascun sito le maggiorazioni di cui al precedente punto A”. Mentre alla lettera C, ENEL Energia ha disposto che “Al di fuori delle ipotesi disciplinate dalle precedenti lettere A e B, è fatto divieto al Cliente di acquistare, per i siti oggetto del presente contratto e per tutta la durata dello stesso, quote di energia da altri fornitori ovvero di approvvigionarsi direttamente di energia “CIP 6” non interrompibile”.]

<sup>4</sup> [D.Lgs. n. 79/99, “Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica”, pubblicato in GU serie generale n.75 del 31 marzo 1999. ]

<sup>5</sup> [ENEL FTL, ENEL Trade dal 20 gennaio 2003, è responsabile dell’acquisto, della fornitura, della vendita e della commercializzazione delle fonti primarie di energia e dei relativi servizi logistici, nonché della gestione del rischio commerciale ]

ENEL FTL (ora ENEL Trade), datata 18 dicembre 2002<sup>6</sup>. L'atto di scissione parziale prevede, tra l'altro, il trasferimento alla *ex* ENEL FTL delle attività di fornitura dell'energia elettrica per le società del gruppo ENEL e dei rapporti giuridici relativi alla fornitura di energia elettrica ai clienti idonei con consumi che superano i 100 GWh/a, e ai clienti grossisti (documenti istruttori 926 e 1272). Gli effetti della scissione decorrono dal 1° gennaio 2003.

### III .L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA

**8.** In data 7 marzo 2002 l'Autorità ha deliberato l'avvio di un procedimento nei confronti delle società ENEL e ENEL Energia (ex ENEL Trade) per presunta violazione dell'articolo 82 del Trattato CE. Il provvedimento di avvio del procedimento istruttorio verteva su alcune delle clausole contrattuali incluse nel contratto *standard* per la fornitura di energia elettrica proposto da ENEL Energia ai clienti idonei per l'anno 2002 (in particolare, gli articoli 6 e 11), nonché sulle proposte commerciali contenute nella lettera indirizzata agli stessi clienti idonei da ENEL Energia in data 17 dicembre 2001. L'ipotesi avanzata nel provvedimento di avvio era che la condotta di ENEL, tramite ENEL Energia, potesse integrare una violazione dell'articolo 82 del Trattato CE, in quanto suscettibile di escludere e/o limitare l'operatività, sul mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei in Italia, di operatori indipendenti e, in particolare, di ridurre la capacità delle imprese stabilite in altri Stati membri di esportare il loro prodotto nel mercato nazionale, falsandone le condizioni di offerta.

**9.** L'attività istruttoria si è concentrata sulla valutazione della portata anticompetitiva della condotta commerciale di ENEL Energia (in particolare, delle clausole del contratto *standard*), e sull'effetto della condotta stessa sul mercato rilevante. Il periodo di riferimento va dal momento in cui ENEL Energia ha predisposto e offerto il contratto di fornitura *standard*, cioè l'ultimo trimestre del 2001, sino all'anno 2002, nel corso del quale si è dato allo stesso esecuzione.

**10.** Contestualmente alla notifica dell'avvio dell'istruttoria sono state effettuate ispezioni presso le sedi di ENEL, a Roma, e di ENEL Energia, a Roma, Milano e Brescia. Inoltre, altre ispezioni si sono svolte presso le sedi delle società: Lumenergia S.r.l., Energetic Source S.r.l., NET S.r.l., G&G S.r.l., Sun Work S.r.l., Cross S.r.l., Consulting 2001 S.r.l., EN.SA S.r.l., EDS S.r.l., FME S.r.l. e TGE S.r.l.. Nel corso del procedimento sono state inviate richieste di informazioni: *i*) alle società del gruppo ENEL; *ii*) ad altri fornitori attivi nella vendita di energia elettrica ai clienti idonei in Italia; *iii*) ai clienti idonei finali di ENEL Energia; *iv*) al GRTN; e *v*) all'AEEG.

**11.** Le società ENEL ed ENEL Energia hanno rappresentato all'Autorità le proprie argomentazioni nel corso delle audizioni del 17 e 23 luglio 2002, del 23 ottobre 2002, del 29 gennaio e 15 ottobre 2003. Alle audizioni di ENEL Energia hanno sempre partecipato i rappresentanti della controllante ENEL. ENEL ha, inoltre, depositato memorie in data 29 ottobre 2002 e 10 ottobre 2003, mentre ENEL Energia in data 28 ottobre e 29 novembre 2002, 7 febbraio e 10 ottobre 2003. Le società ENEL ed ENEL Energia hanno esercitato, ai sensi dell'articolo 13 del D.P.R. n. 217/98, in più occasioni, il diritto di accesso ai documenti del procedimento: in data 13 maggio, 13 e 17 giugno, 15 ottobre, 12 novembre 2002, 20 e 22 agosto 2003 e, da ultimo, in data 10 settembre 2003.

**12.** Nel corso dell'istruttoria sono stati sentiti in audizione anche i principali concorrenti del gruppo ENEL nell'attività di vendita di energia elettrica ai clienti idonei.<sup>7</sup>

## II. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

### IV. IL MERCATO RILEVANTE

**13.** Il caso di specie è relativo a presunti comportamenti abusivi di ENEL, posti in essere tramite ENEL Energia, consistenti nella predisposizione e sottoscrizione nell'ultimo trimestre del 2001 di un contratto *standard* di fornitura di energia elettrica ai clienti idonei per l'anno 2002, caratterizzato da vincoli di esclusiva, divieti di acquisto da terzi e maggiorazioni di prezzo in caso di ricorso ad altre forme di approvvigionamento, nonché da *bonus* di fine anno ai clienti che rinnovassero il contratto anche per l'anno successivo.

**14.** La fattispecie analizzata interessa il mercato delle vendite di energia elettrica ai clienti idonei, la cui dimensione geografica resta ancora essenzialmente nazionale. Nonostante la progressiva liberalizzazione del mercato elettrico, che avrebbe dovuto comportare una internazionalizzazione delle forniture destinate ai clienti idonei, si registrano diversi

<sup>6</sup> [La modifica della denominazione sociale da ENEL Trade a ENEL Energia, efficace dal 1° gennaio 2003, è avvenuta con delibera dell'assemblea del 27 novembre 2002 ed è stata comunicata all'Autorità nella sua versione definitiva in data 22 gennaio 2003.]

<sup>7</sup> [Trattasi, in particolare, delle società: AEM Trading S.r.l., Dalmine Energie S.p.A., Edison Energia S.p.A., ENBW Italia S.p.A., Energia S.p.A., EniPower Trading S.p.A., RB Power & Gas S.r.l. (di seguito AEM, DALMINE, EDISON, ENBW, ENERGIA, ENIPOWER e RB).]

fattori che, tuttora, delimitano il mercato ad un ambito nazionale: il persistere di limitazioni fisiche delle capacità di trasporto di energia elettrica sulle reti internazionali; le differenze significative dei prezzi fra gli Stati membri dell'Unione europea; l'esistenza di difformi regolamentazioni.

**15.** Il D.Lgs. n. 79/99 individua due categorie di clienti idonei: i soggetti che acquistano l'energia elettrica per consumarla direttamente (i clienti idonei finali) e i soggetti che acquistano energia elettrica per rivenderla<sup>8</sup>. Dal 1° gennaio 2000 risultavano clienti idonei tutti i soggetti i cui consumi totali fossero superiori a 20 GWh/a<sup>9</sup>; nel 2002 le soglie di idoneità sono state ridotte a 9 GWh/a<sup>10</sup>; dal 1° maggio 2003 la soglia di idoneità è ulteriormente diminuita a 0,1 GWh/a<sup>11</sup>.

**16.** I clienti finali che soddisfano i requisiti di idoneità possono, previa comunicazione al proprio distributore, “*essere compresi nel mercato dei clienti vincolati per un biennio, rinnovabile una sola volta*” (articolo 4 del D.Lgs. n. 79/99). Questo significa che il riconoscimento della qualifica di cliente idoneo può non tradursi in un contestuale ampliamento della dimensione effettiva del mercato libero<sup>12</sup>. I distributori locali, tra cui ENEL, tramite ENEL Distribuzione, rappresenta l'operatore largamente più importante<sup>13</sup>, continuano a servire in regime amministrato tutti quei clienti idonei potenziali che non si sono rivolti al mercato libero.

**17.** All'offerta di energia elettrica per il mercato libero partecipano i produttori nazionali e i clienti idonei attivi nella rivendita (tra cui i grossisti nazionali ed esteri, i consorzi di imprese e i distributori). Nell'attuale sistema di dispacciamento passante, i produttori nazionali vendono l'energia generata sia direttamente a clienti idonei finali sia ad operatori intermediari. Questi ultimi sono, quindi, attivi sia dal lato della domanda, partecipando all'acquisizione di energia elettrica da fonti di approvvigionamento destinate al mercato libero (importazione, CIP6 ed energia nazionale da fonti tradizionali), sia dal lato dell'offerta, svolgendo attività di fornitura ai clienti finali. Nel 2001 erano iscritti alle liste di idoneità 134 grossisti (compresi consorzi e distributori) di cui solo il 50% circa ha svolto attività di vendita (precisamente 68); nel 2002 i grossisti idonei erano 212, mentre quelli effettivamente attivi nella vendita rappresentavano il 47% circa del totale (99 in numero).

## ***1. Il quadro legislativo e regolatorio che governa l'accesso alle fonti di approvvigionamento di energia elettrica per il mercato liberalizzato nazionale***

### **a) Un quadro generale**

**18.** Il processo di liberalizzazione del settore elettrico non ha, ancora, raggiunto il suo compimento. Nel corso degli ultimi anni si sono susseguiti interventi di natura regolamentare, adottati per ovviare alla mancata realizzazione di quanto previsto dal D.Lgs. n. 79/99. Le normative introdotte hanno influito sull'ampiezza e sulla struttura del mercato libero, attraverso la definizione dei requisiti di idoneità, nonché sulle condizioni di accesso alle fonti di approvvigionamento per il mercato libero, disciplinando l'allocatione della capacità di importazione e dell'energia CIP6 e il mercato dello scambio.

**19.** Le modalità e le opportunità di accesso alle fonti di approvvigionamento, disponibili per il mercato libero (energia nazionale – convenzionale e CIP6 – ed importazioni) costituiscono elementi determinanti che influiscono nel livello di concorrenza presente nel mercato della vendita di energia elettrica in Italia e la relativa posizione di mercato degli operatori che vi partecipano.

**20.** A partire dall'adozione del D.Lgs. n. 79/99 sono stati assunti provvedimenti le cui finalità sono state quelle di: *i*) incrementare l'ammontare di energia elettrica di origine nazionale da destinare al mercato libero, e *ii*) incentivare la partecipazione all'offerta di energia elettrica per il mercato libero da parte di una pluralità di soggetti. L'obiettivo

---

<sup>8</sup> *[Sono clienti idonei anche le imprese costituite in forma societaria e gruppi di imprese; i consorzi e le società consortili; le imprese di distribuzione che trasportano e trasformano energia elettrica su reti di distribuzione a media e bassa tensione per le consegne ai clienti idonei connessi alle loro reti; gli acquirenti grossisti, limitatamente all'energia elettrica consumata dai clienti idonei con cui hanno stipulato contratti di vendita; l'azienda speciale di Trento e Bolzano; e i soggetti esteri cui è conferita da un altro stato la qualifica di grossisti, limitatamente all'energia consumata al di fuori del territorio nazionale (articolo 14, comma 1, lettera c).]*

<sup>9</sup> *[Nel caso di soggetti in forma aggregata i consumi annui individuali dovevano comunque essere superiori a 2 GWh/a.]*

<sup>10</sup> *[Per i soggetti in forma aggregata i consumi annui individuali dovevano essere superiori a 1 GWh/a.]*

<sup>11</sup> *[Art. 10 della legge 5 marzo 2001, n.57 recante “Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati”, pubblicata in G.U. del 20 marzo 2001, n.66.]*

<sup>12</sup> *[Nel 2001 il gap tra domanda effettiva e potenziale era di 25 TWh circa.]*

<sup>13</sup> *[ENEL, attraverso ENEL Distribuzione, ha servito, nel biennio 2001(2002, più dell'80% del mercato vincolato. ]*

perseguito pare quello di ridurre la concentrazione della disponibilità di energia in capo ad un unico soggetto (l'ex monopolista), attraverso la promozione dell'ingresso di nuovi operatori.

**21.** I principali interventi intrapresi al fine di promuovere l'incremento di offerta di energia elettrica, anche da fonti indipendenti, sul mercato libero sono stati i seguenti:

in primo luogo, è stato introdotto l'obbligo di cessione di 15.000 MW di capacità di generazione di ENEL, da allocare in tre società di generazione, le 3 Genco (articolo 8, D.Lgs. n. 79/99). La loro cessione al mercato è avvenuta tra la fine del 2001 e la fine del 2002;

a partire dal 1° gennaio 2001 è stata conferita al GRTN la disponibilità dell'energia elettrica prodotta in virtù della legge 9 gennaio 1991, n. 9<sup>14</sup>, c.d. energia CIP6, che era stata fino al 31 dicembre 2000 destinata ad ENEL<sup>15</sup>. Contestualmente, è stato attribuito al GRTN il compito di assegnare tramite aste pubbliche, con rialzo su un prezzo a base d'asta fissato dal Ministero delle Attività Produttive<sup>16</sup>, una parte di questa energia elettrica ai clienti idonei;

nel 2002 sono state introdotte una serie di misure volte a facilitare la realizzazione di nuove centrali di generazione sul territorio nazionale, semplificando l'iter autorizzatorio, e di nuove linee dirette di interconnessione con l'estero. Tali interventi saranno produttivi di effetti, comunque, solo nel medio-lungo termine.

**22.** Le principali misure tese ad incentivare la partecipazione di una pluralità di operatori dal lato dell'offerta sono state: le regole dettate dall'AEEG dal 2000 per l'allocatione della scarsa capacità di importazione e, dal 2001, per l'assegnazione dell'energia elettrica CIP6. In particolare, sono stati stabiliti i criteri di assegnazione pro-quota, tetti all'acquisizione di capacità e l'allocatione prioritaria, a favore dei clienti idonei energivori (tra cui, in primo luogo, i clienti finali *interrompibili*), di una parte della potenza di interconnessione e dell'energia elettrica CIP6<sup>17</sup>;

le nuove regole di bilanciamento e di scambio introdotte dall'AEEG, con delibera n. 36 del 7 marzo 2002<sup>18</sup>, tese a facilitare la regolazione delle posizioni commerciali degli operatori nel mercato e permettere, in ultima istanza, ai clienti idonei (finali e grossisti) di ritirare dalla rete energia elettrica nazionale di modulazione ad un prezzo regolamentato (PGn)<sup>19</sup>.

**23.** Tra le misure finalizzate all'incremento dell'offerta, l'unica che ha avuto un effetto immediato e significativo è stata quella relativa all'allocatione dell'energia CIP6. Le tre Genco (Endesa Italia, Edipower e Tirreno Power) hanno, infatti, continuato a destinare una parte rilevante della loro produzione alla copertura del mercato vincolato (in media, tra il 2001 ed il 2002, più dell'80%).

**24.** A questa si aggiungono le regole di allocatione della capacità di importazione e, dal 2002, quelle relative al meccanismo di bilanciamento e scambio, che, complessivamente considerate, rappresentano le misure che hanno avuto una maggiore incisività sulla struttura dell'offerta, consentendo l'accesso alle fonti di energia ad una pluralità di operatori, sia clienti idonei finali che grossisti, e garantendo l'accesso a fonti di approvvigionamento indipendenti.

**25.** Le regole di allocatione dell'energia di importazione e dell'energia CIP6 hanno consentito, in particolare, ad una pluralità di clienti idonei (finali e grossisti) di disporre di un accesso diretto a tali fonti di approvvigionamento, ritenute più competitive. A ciò si aggiunga, che alcuni clienti idonei finali (energivori) hanno potuto usufruire di assegnazioni

---

<sup>14</sup> [“Norme per l'attuazione del nuovo Piano energetico nazionale: aspetti istituzionali, centrali idroelettriche ed elettrodotto, idrocarburi e geotermia, autoproduzione e disposizioni fiscali”, pubblicata in suppl. ordinario alla G.U. del 16 gennaio 1991, n.13.]

<sup>15</sup> [Precedentemente, secondo la legge n. 9/91, l'energia da fonti rinnovabili era ceduta a prezzi “incentivati” in esclusiva a ENEL, che la rivendeva sul mercato vincolato.]

<sup>16</sup> [Cfr. DM 21 novembre 2000, in G.U. del 30 novembre 2000, n. 280, nonché DM 10 dicembre 2001, in G.U. del 15 dicembre 2001, n. 291, che, in attesa dell'entrata in funzione della Borsa elettrica, ha rinnovato e in parte modificato le medesime disposizioni del precedente decreto ministeriale.]

<sup>17</sup> [I clienti idonei finali interrompibili appartengono alla categoria dei consumatori “energivori” dell'industria di base (siderurgia, chimica, materiali da costruzione, vetro, ecc.). Questi ultimi sono caratterizzati da un elevato fabbisogno di energia e da profili di consumo sostanzialmente piatti, che ben si adattano a forniture di energia elettrica in banda costante. In ragione del livello delle soglie di idoneità stabilite dal legislatore, detti clienti idonei finali sono stati tra i primi ad aver avuto accesso al mercato liberalizzato. Dette allocazioni dedicate sono state avviate ad inizio anno 2001 per l'energia CIP6 e in via sperimentale, a fine 2001, è stata allocata, su base triennale, capacità di interconnessione con l'estero.]

<sup>18</sup> [La Delibera dell'AEEG n.36/02 ha ad oggetto “Modificazione e integrazione della deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas 28 dicembre 2001, n. 317/01 recante condizioni transitorie per l'erogazione del servizio dispacciamento dell'energia elettrica” ed è pubblicata in G.U. del 5 aprile 2001, n. 80.]

<sup>19</sup> [Cfr. Delibera dell'AEEG n. 317/01. Più precisamente, il prezzo corrisposto per l'energia elettrica ritirata dalla rete è il PGn, ossia il PG al netto degli oneri di bilanciamento e di riserva. Il PG è caratterizzato da una componente a copertura dei costi fissi di produzione di energia elettrica, differenziata per le fasce orarie, e da una componente a copertura dei costi variabili di produzione dell'energia elettrica, non differenziata per fascia oraria. Quest'ultima voce (Ct) è aggiornata bimestralmente dall'AEEG.]

“dedicate” (di energia CIP6 ed estera). Queste ultime disposizioni hanno avuto un duplice effetto: da un lato, hanno contribuito alla “disintermediazione” di tale categoria di clienti che, accedendo direttamente alle fonti primarie, necessitano di un minor ricorso ad acquisti tramite grossisti; dall’altro lato, hanno ridotto l’ammontare di energia elettrica contendibile su tali fonti dai grossisti attivi nella rivendita, con la conseguenza di incidere sulle posizioni relative nel mercato della vendita.

26. Le nuove regole di bilanciamento e scambio hanno portato, dal 2002, un cambiamento nelle opportunità di approvvigionamento dell’energia elettrica nazionale. Tali regole hanno permesso a tutti i clienti idonei (finali e grossisti) di compensare finanziariamente ad un prezzo dato (PGn) prelievi di energia elettrica di modulazione a copertura dei consumi. Un effetto della nuova regolamentazione, manifestatosi pienamente nel 2003, è stato quello di contribuire a rendere meno stringenti per i grossisti i vincoli contrattuali caratterizzanti il loro approvvigionamento di energia elettrica nazionale<sup>20</sup>.

27. Un ulteriore effetto attiene, invece, alla circostanza che il prezzo di ritiro dalla rete (PGn) rappresenta, da un lato, la remunerazione riconosciuta ai produttori nazionali per l’energia elettrica che essi destinano al mercato vincolato e, dall’altro, il prezzo massimo a cui scambiare energia elettrica all’ingrosso nel mercato libero. Il prezzo PGn può, quindi, costituire un incentivo sufficiente per l’operatore attivo nella generazione: i) a limitare l’ammontare di energia elettrica venduta sul mercato libero ad un prezzo inferiore al PGn; ovvero ii) a contrattare prezzi di cessione all’ingrosso per il mercato libero che non si discostino significativamente da tale parametro. E’ chiaro, quindi, come il PGn abbia finito per rappresentare il “prezzo di riferimento” al quale far convergere la valorizzazione dell’energia elettrica all’ingrosso scambiata in Italia a partire dal 2002.

#### **b) Le modalità di allocazione delle fonti di approvvigionamento per il mercato rilevante nel 2001–2002**

28. Ai fini della valutazione della posizione di ENEL Energia nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei, e della portata anticompetitiva della sua condotta commerciale, occorre chiarire quali fossero a fine 2001, ovvero al momento dell’offerta del contratto *standard*, le concrete opportunità di fornitura di energia elettrica per i clienti idonei.

29. Per approvvigionarsi di energia elettrica, a fine 2001, i clienti idonei, soddisfatte determinate condizioni, potevano:

i) acquisire da un produttore, direttamente o tramite un grossista, l’energia elettrica di origine nazionale per la copertura del fabbisogno di modulazione;

ii) acquisire, direttamente o tramite un grossista nazionale o estero, l’energia elettrica estera per copertura del fabbisogno di energia di base;

iii) acquisire, tramite le aste *spot* del GRTN, bande complete di energia elettrica estera per la copertura del fabbisogno di energia di base;

iv) acquisire energia CIP6 partecipando, direttamente o tramite un grossista, alle relative aste CIP6 per la copertura del fabbisogno di base;

v) acquisire da un grossista attivo in Italia (nazionale o estero) energia elettrica per la copertura dell’intero fabbisogno.

30. Mentre l’energia elettrica di origine nazionale è immediatamente disponibile al consumo in virtù di contratti bilaterali sottoscritti da produttori e clienti idonei finali direttamente o tramite intermediari (anche verticalmente integrati), l’energia elettrica di origine estera (comprese le vendite *spot* del GRTN) e quella CIP6 sono rese disponibili solo a seguito: i) la prima, dell’acquisizione della relativa capacità di interconnessione (tramite GRTN o “*canali privilegiati*”<sup>21</sup>) e ii) la seconda, della aggiudicazione di un’asta. La partecipazione all’assegnazione di capacità di interconnessione, tramite il GRTN, o alle aste CIP6, è tra l’altro subordinata alle regole dettate dall’AEEG, tra cui il soddisfacimento di requisiti dimensionali di consumo minimi, non sempre raggiungibili in maniera autonoma dai clienti idonei finali di minori dimensioni (o in possesso di requisiti tecnici, come l’*interrompibilità*). La capacità di interconnessione dai “*canali privilegiati*” è, invece, allocata sulla base di un accesso negoziato.

31. Anche la modalità di erogazione di queste due fonti (energia estera e CIP6), che avviene in banda costante, ne limita la fruibilità diretta da parte di determinate categorie di clienti idonei. Sul punto, occorre precisare che la riduzione della soglia di idoneità coincide con l’ingresso nel mercato libero di clienti idonei finali che presentano curve di domanda più flessibili, caratterizzate da una minore regolarità oraria dei prelievi, e, quindi, da una minore incidenza dei prelievi in

<sup>20</sup> [Le condizioni di ritiro dell’energia elettrica dalla rete sono note e non dipendono quindi dalle politiche commerciali dei produttori nazionali a monte.]

<sup>21</sup> [Trattasi della capacità di interconnessione allocata direttamente dai gestori elettrici di origine estera, in genere integrati verticalmente, sulle frontiere svizzera, austriaca, slovena e greca.]

banda costante rispetto al fabbisogno di energia elettrica di modulazione. Quest'ultima categoria di clienti non può, quindi, prescindere, nella scelta di un fornitore, dalla considerazione della possibilità che quest'ultimo garantisca l'offerta dell'intera gamma di energia a copertura del suo fabbisogno.

**32.** Da quanto descritto si evince come solo alcune categorie di clienti idonei finali abbiano potuto, sin dal 2001, beneficiare di un accesso "dedicato" alle fonti di acquisto di energia elettrica estera e CIP6, in ragione sia delle disposizioni legislative *ad hoc* sia delle caratteristiche dimensionali e dei profili di consumo compatibili con acquisti in banda costante. La maggior parte dei clienti idonei finali, come si vedrà nel seguito, si riforniva ancora tramite intermediari.

**33.** La ripartizione dell'energia elettrica in energia di base, di modulazione e di picco corrisponde – dal lato dell'offerta – ad una classificazione degli impianti di generazione (base, modulazione, picco) secondo il loro cosiddetto “merito economico” (dato dall'incidenza dei costi fissi e variabili). Dal lato della domanda e sotto il profilo strettamente commerciale, i contratti di modulazione si distinguono dai contratti di energia elettrica di base in ragione delle modalità di prelievo orario di energia elettrica.

ENEL Energia definisce contratti di modulazione quelli che garantiscono una potenza variabile nelle 24 ore (o una potenza limitata per fasce orarie) mentre i contratti in banda sono, invece, quelli che assicurano energia elettrica con una potenza costante nelle 24 ore (energia elettrica di base). Al riguardo, si osserva che anche i contratti in banda possono contenere elementi di flessibilità consentendo, ad esempio, una variabilità nei quantitativi o nelle potenze contrattualizzate in diversi periodi temporali (giorni della settimana o mesi dell'anno), o una variabilità nel ritiro (soglie minime e massime di prelievo per periodo).

**34.** I fornitori, per garantire una adeguata copertura del fabbisogno modulato dei clienti, possono ricorrere: *i*) ad appropriate politiche di approvvigionamento, diversificando le fonti di acquisto, le scadenze dei contratti ed i quantitativi acquistati, e *ii*) ad opportune aggregazioni dal lato della domanda, che compensino i singoli, diversi carichi di tensione all'interno del “portafoglio clienti”<sup>22</sup>. Quanto maggiore è il numero di clienti serviti, infatti, tanto maggiore è la possibilità che i loro diversi consumi individuali siano ricomposti in una curva di domanda aggregata più piatta che conferisce un vantaggio competitivo al fornitore.

**35.** In conclusione, il vantaggio competitivo di un fornitore deriva non solo dalla capacità di acquisire fonti di approvvigionamento diversificate (in termini di tipologia di energia elettrica acquistata, di scadenze temporali dei contratti e di flessibilità contrattuale), ma anche dall'ampiezza del parco clienti rifornito, che consente una migliore combinazione dei diversi profili di domanda<sup>23</sup>.

**36.** L'AEEG detta le regole di allocazione della capacità di importazione con l'estero per la quota riservata al GRTN, ossia il 50% della capacità di transito internazionale al netto della capacità già impegnata dalle importazioni destinate al mercato vincolato. Il restante 50% è allocato dai gestori locali delle reti di interconnessione confinanti, secondo un criterio di accesso negoziato<sup>24</sup> (anche detti i “canali privilegiati”). Tra il 2001 e il 2002, il meccanismo di allocazione delle importazioni disposto dall'AEEG è cambiato<sup>25</sup>. Nel 2001, la capacità di interconnessione era assegnata sia su base mensile che annuale, e la capacità di interconnessione disponibile era suddivisa in bande da 1 MW. Nel 2002, l'assegnazione è avvenuta esclusivamente a valersi sull'intero anno solare in bande di acquisto di 3 MW. Al fine di limitare i fenomeni di “accaparramento” delle bande da parte di singoli operatori, come si era verificato nel 2001,

---

<sup>22</sup> [D'altronde, in Italia vige ancora un sistema di fasce orarie per la valorizzazione dell'energia consumata, che permette ai fornitori di seguire il profilo di consumo dei propri clienti su un arco temporale largamente superiore all'ora.]

<sup>23</sup> [I contratti di fornitura di energia elettrica in banda non sono altro che la combinazione fisica di energia elettrica disponibile in maniera costante nelle 24 ore della giornata, ma che può essere variabile tra i giorni e i mesi dell'anno.]

<sup>24</sup> [Poiché la capacità di importazione dalla Francia è impegnata da forniture pluriennali destinate al mercato vincolato, la frontiera svizzera costituisce il canale di importazione prevalente dell'energia elettrica estera destinata al mercato libero. Sulla rete di trasmissione svizzera i gestori locali, cui è conferita l'allocazione del 50% della capacità di interconnessione disponibile per il mercato libero, sono sei: ATEL AG, BKW FMB Energie, EGL AG, EOS SA, NOK AG e Ratia Energie. In Austria, Grecia e Slovenia opera, invece, un unico gestore in ogni paese rispettivamente: VERBUND (A), HTSO S.A. (H) e ELES – Elektro Slovenija. In Francia opera il RTE – Gestionnaire du Réseau du Transport d'Electricité con cui a fine 2001 il GRTN ha concluso un accordo per l'allocazione congiunta della capacità di interconnessione.]

<sup>25</sup> [Cfr. Delibera del 6 dicembre 2000, n.219, pubblica in G.U. del 13 dicembre 2000, n. 290, e delibera del 5 dicembre 2001, n. 301, pubblicata in G.U. del 10 gennaio 2002, n.8.]

l'AEEG ha previsto per l'anno 2002 un'apposita disciplina resa nota solo a fine dicembre 2001. Resta immutato il criterio di ripartizione che avviene *pro-rata*<sup>26</sup>.

37. Le regole di funzionamento e di partecipazione alle aste di energia elettrica CIP6 sono dettate dall'AEEG<sup>27</sup>. Nel 2001 le aste hanno avuto cadenza annuale e mensile; le aste mensili prevedevano anche la cessione di energia differenziata per fascia oraria di prelievo (aste in F4). Ciascun cliente idoneo poteva partecipare per l'assegnazione di un lotto minimo di energia pari a 10 MW (dieci volte tanto la banda assegnata sull'estero nello stesso anno)<sup>28</sup>. Le aste relative al 2002 sono state esperite solo ad inizio anno nella forma di allocazione annuale.

38. All'offerta di energia elettrica nazionale, diversa dal CIP6, contribuiscono i produttori nazionali. Nel 2001, oltre ad ENEL Produzione, hanno concorso alla copertura del fabbisogno del mercato libero anche altri produttori nazionali, tra cui i cosiddetti autoproduttori, per la parte relativa alle cosiddette "eccedenze di produzione" resesi disponibili in corso d'anno<sup>29</sup> o per la copertura del consumo *captive* delle società del gruppo di appartenenza. Nel 2002 hanno offerto energia elettrica, seppure in maniera limitata, anche due delle tre Genco (Edipower ed Endesa Italia).

39. I contratti di fornitura di energia elettrica all'ingrosso sottoscritti, nel 2001, da ENEL Produzione con grossisti *i*) erano caratterizzati da una durata mensile; *ii*) avevano ad oggetto la vendita di energia elettrica modulata<sup>30</sup>; e *iii*) prevedevano la facoltà, per l'acquirente, di ridurre i quantitativi pattuiti contrattualmente in relazione agli esiti delle procedure di aggiudicazione espletate dal GRTN (energia elettrica estera, energia elettrica CIP6 e assegnazioni *spot*)<sup>31</sup>. I contratti di fornitura di ENEL Produzione per l'anno 2002 si caratterizzano, invece, per: *i*) durata infrannuale (marzo-agosto per ENEL Energia, aprile-agosto per i terzi; settembre-dicembre per tutti); *ii*) vendita di energia elettrica solo in modalità continua (bande di potenza costanti nelle 24 ore); *iii*) margini di flessibilità nel ritiro mensile del +/-10%, rispetto all'energia elettrica contrattualizzata (clausola tipo *take or pay*)<sup>32</sup>.

40. ENEL Produzione ha offerto e stipulato contratti di fornitura con i grossisti solo nel mese di marzo 2002. La società ha dichiarato che soltanto in tale momento si è avuta "la certezza dei meccanismi di regolazione degli scambi sul mercato libero e della valorizzazione dell'energia elettrica ceduta all'ingrosso [PG]"<sup>33</sup>.

41. ENEL Produzione ha venduto, nel 2002, energia elettrica ai grossisti applicando uno sconto di [omissis] centesimi di euro/MWh rispetto al PG. Sul punto, alcuni grossisti acquirenti di energia elettrica da ENEL Produzione hanno dichiarato che le condizioni di prezzo offerte dalla società, nel 2002, non risultavano idonee a garantire adeguati margini per promuovere una concreta concorrenza di prezzo sul mercato della vendita ai clienti idonei finali<sup>34</sup>.

## 2. La ripartizione tra gli operatori dell'energia elettrica per il mercato rilevante nel 2001-2002

42. Di seguito è riportata la posizione del gruppo ENEL e degli altri partecipanti al mercato libero con riguardo alla disponibilità di energia elettrica per la rivendita ai clienti idonei distinta per canale di approvvigionamento (tavole 1 e 2).

**Tavola 1: Disponibilità di energia di ENEL e degli altri clienti idonei distinta per canale di approvvigionamento (anno 2001, TWh)**

<sup>26</sup> [I clienti non corrispondono alcun prezzo di acquisto della capacità assegnata.]

<sup>27</sup> [Il Ministero delle Attività produttive fissa, ogni anno, il prezzo base d'asta per l'allocazione dell'energia elettrica CIP6.]

<sup>28</sup> [Cfr. Delibera dell'AEEG 13 dicembre 2000, n. 223, pubblicata in G.U. del 20 dicembre 2000, n. 296 e Delibera dell'AEEG 21 dicembre 2001, n. 308, pubblicata in G.U. del 18 gennaio 2002, n. 15.]

<sup>29</sup> [Nel 2001 tali eccedenze sono state pari a 5 TWh, cioè il 6,5% dei consumi totali del mercato liberalizzato nel medesimo periodo, al netto degli autoconsumi.]

<sup>30</sup> [Nel senso che i ritiri di energia elettrica potevano essere differenziati per fascia oraria.]

<sup>31</sup> [Cfr. articolo 2 ("Oggetto") del contratto di fornitura tra ENEL Produzione e ENEL Energia. La comunicazione dell'esito delle assegnazione da parte del GRTN doveva avvenire "entro e non oltre 10 (5) giorni lavorativi dalla data della definitiva assegnazione di energia elettrica o di bande di capacità di interconnessione". Al riguardo, il contratto non prevedeva a carico dell'acquirente la "corresponsione, nei confronti del produttore, di alcun importo aggiuntivo a titolo di penale" (documenti istruttori 62, 63 e 64, relativi ai contratti di compravendita tra ENEL Energia e ENEL Produzione per i mesi di gennaio-febbraio, marzo e aprile-dicembre 2001). Tra la documentazione acquisita presso ENEL Energia, si riscontra una lettera inviata dalla società ad ENEL Produzione che testimonia l'esercizio della facoltà di riduzione dei volumi di energia elettrica acquistati, previsti dall'art. 2 citato.]

<sup>32</sup> [Tale clausola impone all'acquirente di corrispondere il prezzo unitario pattuito per l'energia elettrica anche quando i ritiri sono inferiori al minimo previsto ((10% sulla potenza impegnata). ]

<sup>33</sup> [Cfr. documento istruttorio 714, verbale ENEL. ]

<sup>34</sup> [In particolare, EDISON ha dichiarato che "il prezzo PGn già ingloba una remunerazione per l'energia elettrica prodotta ed è certamente maggiore del costo di produzione medio di Enel Produzione" (documento istruttorio 636).]



	Totale	di cui interrompibili	%	Totale netto	ENEL		%	Altri	%
	[a]	[b]	[b/a]	[c=a-b]	ENEL Energia d]	ENEL Produzione e]	[d+e/c]	[f=c-d-e]	[f/c]
DOMANDA MERCATO LIBERO	75,5								
IMPORTAZIONI <sup>(1)</sup>	27	1,1	4%	25,9	3,4		13,1%	22,5	87%
ENERGIA CIP6	34	8,1	24%	25,9	16,9		65,2%	9	35%
ENERGIA NAZIONALE CONVENZIONALE <sup>(2)</sup>	14,5			14,5	3,5 <sup>(3)</sup>	4,5 <sup>(4)</sup>	55,1%	6,6	45%

<sup>(1)</sup> Il dato relativo alle importazioni comprende: a) l'energia elettrica importata direttamente dai clienti idonei interrompibili, grazie alla capacità allocata dal GRTN in via sperimentale nell'ultimo trimestre del 2001 (circa 1 TWh); b) l'energia elettrica importata dai clienti idonei finali, direttamente o tramite intermediari, via capacità allocata dal GRTN; c) l'energia elettrica estera venduta spot dal GRTN (poco più di 1 TWh); d) l'energia elettrica importata dai clienti idonei finali, direttamente o attraverso intermediari, tramite i "canali privilegiati" (stimabile in circa 10-12 TWh poiché essa rappresenta il 50% della capacità allocabile sull'importazione).

<sup>(2)</sup> Sulla base dei dati forniti da ENEL è possibile ripartire i 14,5 TWh di energia elettrica nazionale, destinati al mercato rilevante, nel seguente modo: il 31% circa attribuibile a ENEL Produzione; il 28% circa ad EDISON; il 13% circa a CVA (generatore indipendente) e il 28% circa ad altri piccoli generatori (documento istruttorio 1333).

<sup>(3)</sup> Il dato comprende gli acquisti di energia elettrica nazionale che ENEL Energia ha realizzato da operatori diversi da fornitori intragruppo, mentre gli acquisti intragruppo di ENEL Energia sono computati nel dato di ENEL Produzione.

<sup>(4)</sup> Più del 95% della generazione nazionale venduta da ENEL Produzione è stata destinata alla consociata ENEL Energia; una quota del tutto marginale (meno di 0,1 TWh) è stata ceduta a due grossisti di minori dimensioni. ENEL Energia ha acquistato energia elettrica anche da GEVAL (per poco più di 1 TWh), quest'ultima apparteneva, sino alla metà del 2001, al gruppo ENEL<sup>35</sup>.

Fonte: elaborazioni su dati GRTN, AEEG e informazioni acquisite dalle parti

**43.** Dalla precedente tavola risulta che nel 2001 il gruppo ENEL disponeva complessivamente di circa 28 TWh di energia elettrica da destinare alla copertura del fabbisogno del mercato rilevante<sup>36</sup>. Di questi, meno di 1 TWh sono stati venduti direttamente da ENEL Produzione a clienti idonei diversi dalla consociata ENEL Energia, mentre i restanti 27 TWh circa sono stati venduti da ENEL Energia, che si è approvvigionata per una quota rilevante di energia elettrica intragruppo. Gli acquisti intragruppo di ENEL Energia hanno rappresentato circa il 70% dell'energia elettrica nazionale di cui si è approvvigionata nell'anno, ovvero poco meno di 6 TWh (il dato comprende sia gli acquisti da ENEL Produzione che da GEVAL). La politica commerciale di ENEL Produzione, nel 2001, appare chiaramente un adeguamento strategico della società al mutato contesto regolatorio: l'introduzione di aste di energia elettrica CIP6 hanno concorso a garantire ai clienti idonei una nuova fonte di approvvigionamento di energia elettrica a prezzi più convenienti, con la conseguenza che la società di generazione ha ridotto l'ammontare di energia elettrica da destinare al mercato libero rispetto al 2000<sup>37</sup>, beneficiando di maggiori guadagni sul mercato vincolato.

**44.** La forza competitiva di ENEL, tramite le proprie controllate, è misurabile anche nella capacità dell'impresa di disporre di ingenti quantitativi di energia elettrica da tutti i canali di approvvigionamento (al netto di quelli "dedicati" ai clienti idonei *interrompibili*) ed, in particolare, nella disponibilità di energia elettrica nazionale. Nel 2001 la sola ENEL Energia ha beneficiato di energia elettrica nazionale per una quota pari al 53% circa dell'energia elettrica nazionale da fonti convenzionali complessivamente offerta sul mercato libero. Considerando che nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei operavano, nel 2001, 68 clienti idonei grossisti (compresi i consorzi di impresa), la quota individuale di energia elettrica disponibile per gli altri operatori risulta alquanto modesta.

**45.** D'altronde, nel 2001, tramite le consociate ENEL Produzione ed ENEL Green Power, ENEL era il primo operatore nella generazione di energia elettrica nazionale, sia per potenza installata (circa il 53% circa della potenza censita nazionale<sup>38</sup>) sia per energia prodotta (130,5 TWh, pari al 48,8% della produzione nazionale); ENEL disponeva, inoltre, della maggior parte degli impianti di modulazione e di picco presenti in Italia<sup>39</sup>. Gli altri operatori nazionali integrati

<sup>35</sup> [Nel giugno 2001, si è perfezionata la cessione della società Geval S.p.A., prima appartenente al gruppo ENEL, alla Regione Autonoma Valle d'Aosta (cfr. provvedimento dell'AGCM n. 8388 del 14 giugno 2000, Boll. n.24/00).]

<sup>36</sup> [Sono comprensive anche le perdite di rete (poco meno di 1 TWh).]

<sup>37</sup> [Nel 2000 ENEL Produzione aveva venduto, infatti, più di 17 TWh di energia elettrica ad operatori grossisti, tra cui il principale acquirente risulta ENEL Energia (documento istruttorio 1293).]

<sup>38</sup> [Circa 40.352 MW di capacità di generazione installati su 76.400 MW totali.]

<sup>39</sup> [Il Gestore del Mercato (GME) ha indicato che: "gli impianti di modulazione e picco di ENEL sono indispensabili per il 44% delle ore; se si considera, tuttavia, anche solo una più realistica ipotesi, relativa all'utilizzo degli impianti, ne discende che l'offerta

verticalmente (ad esempio, EDISON ed Enipower) si caratterizzavano, nel 2001, per una forte asimmetria dimensionale rispetto ad Enel nella dotazione di capacità di generazione e nella vendita ai clienti idonei. Gli altri generatori nazionali, non integrati verticalmente e di modeste dimensioni, hanno venduto al mercato libero, per la gran parte, le sole eccedenze di produzione (circa 5 TWh), che si caratterizzavano per incertezza nell'ammontare disponibile e nella continuità. Come detto sopra, Endesa Italia è stata la prima delle Genco ad essere ceduta e l'unica che abbia iniziato - tra l'altro solo a partire dal 2002 - a vendere energia elettrica al mercato libero (meno di 2 TWh).

46. Tutto ciò premesso, si può affermare che i concorrenti di ENEL Energia e, in particolare, quelli non integrati verticalmente nella generazione nazionale, stante anche la loro modesta posizione nel mercato a valle, erano concretamente svantaggiati, a fine 2001, nella ricerca e nell'acquisizione delle fonti di approvvigionamento indipendenti di origine nazionale loro necessarie loro per poter offrire forniture alternative ad ENEL Energia.

47. Come si evince dalla tavola 2 che segue, nel 2002, la quantità di energia elettrica di origine nazionale offerta al mercato libero è aumentata per sopperire alla crescita della domanda libera. Nonostante l'ammontare di energia elettrica CIP6 e di quella di origine estera sia aumentato in volume, il ricorso all'energia elettrica nazionale a copertura della domanda libera è destinato a rafforzarsi, anche in un prossimo futuro, in quanto: i) l'energia nazionale a copertura del mercato vincolato sarà progressivamente destinata al soddisfacimento della domanda libera con la riduzione delle soglie di idoneità; ii) la disponibilità di energia elettrica estera e CIP6 è soggetta a limiti tecnici e regolamentari, soprattutto nel breve e medio termine<sup>40</sup>.

**Tavola 2: Disponibilità di energia di ENEL e degli altri clienti idonei distinta per canale di approvvigionamento (anno 2002, TWh)**

	Totale	di cui interrompibili	%	Totale netto	ENEL Energia [d]	ENEL Produzione [e]	% [d+e/c]	Altri	% [f/c]
	[a]	[b]	[b/a]	[c=a-b]				[f=c-d- e]	
DOMANDA MERCATO LIBERO	95								
IMPORTAZIONI <sup>(1)</sup>	28,5	5,2	18%	23,3	3,1		13%	20,2	87%
ENERGIA CIP6	39	10,6	27%	28,4	13,5		48%	14,9	52%
ENERGIA NAZIONALE CONVENZIONALE <sup>(2)</sup>	27,5			27,5	2,8 <sup>(3)</sup>	13 <sup>(4)</sup>	57%	12,2	44%
RITIRO DALLA RETE/SCAMBI						meno di 4			

<sup>(1)</sup> Il dato relativo alle importazioni comprende: a) l'energia elettrica importata direttamente dai clienti idonei interrompibili, grazie alla capacità allocata dal GRTN (5,2 TWh circa); b) l'energia elettrica importata dai clienti idonei finali, direttamente o tramite intermediari, via capacità allocata dal GRTN (circa 12 TW); c) l'energia elettrica estera venduta spot dal GRTN (poco più di 1 TWh); d) l'energia elettrica importata dai clienti idonei finali, direttamente o attraverso intermediari, tramite i "canali privilegiati" (11 TWh circa).

<sup>(2)</sup> Sulla base dei dati forniti da ENEL è possibile ripartire i 27,5 TWh di energia elettrica nazionali, destinati al mercato rilevante, nel seguente modo: il 47% circa attribuibile a ENEL Produzione, il 16% circa a EDISON+Edipower; il 10% circa a CVA (generatore indipendente), il 7% circa ad Endesa Italia e il restante 20% circa ad altri generatori di minori dimensioni.

<sup>(3)</sup> Il dato comprende gli acquisti di energia elettrica nazionale che ENEL Energia ha realizzato da operatori diversi da fornitori intragruppo ed i ritiri effettuati direttamente dalla rete (di poco superiori a 1 TWh), che rappresentano il 30% circa dell'energia elettrica complessivamente immessa in rete da ENEL Produzione che, nel 2002, è stato il principale offerente di tale energia. Gli acquisti intragruppo di ENEL Energia sono computati nel dato di ENEL Produzione.

<sup>(4)</sup> Nel 2002, ENEL Produzione ha venduto più del 90% dell'energia elettrica destinata al mercato libero alla consociata ENEL Energia (12 TWh sui 13 TWh), la restante quota è stata venduta a dieci grossisti concorrenti di ENEL Energia nel mercato libero (trattasi di [omissis]; cfr. documento istruttorio 1293). ENEL Energia ha acquistato anche da ENEL Green Power una quota di energia elettrica (meno di 0,5 TWh).

Fonte: elaborazioni su dati GRTN, AEEG e informazioni acquisite dalle parti

*di energia elettrica prodotta da ENEL è indispensabile nell'86% delle ore". Cfr. Provvedimento AGCM n. 11437, ENEL-FRANCE TELECOM/NEW WIND, del 5 dicembre 2002, Boll. n. 49/02.]*

<sup>40</sup> *[Il flusso di energia estera è limitato dalla capacità di interconnessione installata. Nessuna richiesta di realizzazione di nuove linee dirette con l'estero è stata ad oggi presentata ai sensi della Delibera dell'AEEG n. 117/03 del 16 ottobre 2003, pubblicata in G.U. n. 252 del 29 ottobre 2003. Anche per quanto attiene all'ammontare di energia elettrica CIP6 resa disponibile, esso dipende dalla durata delle concessioni che regolano la produzione di questa fonte.]*

48. Complessivamente, nel 2002, il gruppo ENEL disponeva di poco più di 32 TWh da destinare al mercato libero. Di questi, circa 30 TWh sono stati venduti da ENEL Energia a clienti idonei finali, grossisti e consorzi; mentre i restanti 2 TWh circa sono stati ceduti direttamente da ENEL Produzione a grossisti. Dalla tavola 2 sopra, si evince che gli acquisti intragruppo di ENEL Energia sono cresciuti nel 2002 rispetto all'anno precedente, raggiungendo una quota dell'80% circa sul totale del suo approvvigionamento di energia nazionale (si veda la nota 3 nella tavola 2 precedente). Anche per l'anno 2002, ENEL Produzione ha adeguato la propria politica commerciale al contesto regolatorio: essa ha, infatti, offerto contratti di fornitura a grossisti solo dopo la pubblicazione delle nuove regole di bilanciamento e scambio definite dall'AEEG mentre ha immesso direttamente in rete, per il mercato dello scambio, una quota significativa dell'energia elettrica complessivamente destinata, dalla società di generazione, al mercato libero nel 2002 (poco meno di 4 TWh su 17 TWh circa), la cui remunerazione è definita dal prezzo regolato PGn, al pari delle vendite al mercato vincolato.

49. L'incidenza del contributo di ENEL, tramite ENEL Produzione, all'offerta di energia elettrica nazionale è aumentato, tra il 2001 e il 2002, del 47% (cfr. tavole 1 e 2, al netto delle immissioni di rete); il principale beneficiario è stato ENEL Energia. Il contributo degli altri produttori nazionali è più modesto. La circostanza che ENEL, tramite le proprie controllate, abbia potuto continuare a disporre di importanti volumi di energia elettrica dai diversi canali di approvvigionamento da rivendere al mercato libero conferma la capacità competitiva della società rispetto agli altri operatori.

50. Con riguardo alle allocazioni di energia estera dai "canali dedicati", occorre infine precisare che, sulla base dei dati 2002, la disponibilità individuale di energia elettrica da parte dei gestori locali risulta comunque vincolata dalla capacità installata e dalle quote loro attribuite: complessivamente i 6 gestori svizzeri hanno allocato circa 6,5 TWh; dalla frontiera francese sono stati immessi circa 1,2 TWh (vendite *spot*); il gestore sloveno ha allocato poco più di 2 TWh, mentre il gestore austriaco meno di 1 TWh.

### 3. La domanda e la struttura dell'offerta nel mercato rilevante

51. I consumi finali di energia elettrica dei clienti idonei sono passati da 75 TWh nel 2001 a 95 TWh nel 2002. Una parte consistente di clienti idonei ha accresciuto, nel corso del biennio 2001-2002, l'acquisto diretto di energia elettrica dall'estero e dalle aste CIP6, grazie alle menzionate disposizioni regolatorie. Nello stesso periodo, l'incidenza delle vendite intermedie rispetto al ricorso diretto da parte dei clienti idonei finali alle fonti di approvvigionamento è, infatti, diminuita (cfr. tavola 3).

**Tavola 3: Ripartizione della domanda di energia elettrica anni 2001-2002 (TWh)**

	2001	%	2002	%
FABBISOGNO	75,0	100%	95,0	100%
VENDITE INTERMEDIATE <sup>(1)</sup>	63,7	85%	78,6	83%
<i>di cui a clienti finali</i>	61,0	81%	74,9	79%
<i>di cui a clienti finali consorziati</i>	2,6	3%	3,4	4%
VENDITE DIRETTE <sup>(2)</sup>	11,3	15%	16,4	17%
<i>di cui clienti idonei interrompibili estero</i>	1,1	1%	5,2	5%
<i>di cui clienti idonei interrompibili CIP6</i>	8,0	11%	10,0	11%
<i>di cui altri clienti idonei finali (solo import)</i>	2,2	3%	1,2	1%

<sup>(1)</sup> Il dato si riferisce alle vendite realizzate da grossisti, consorzi di imprese e distributori a clienti idonei finali a consorzi al netto delle cessioni effettuate alle società appartenenti al medesimo gruppo societario e degli agli scambi realizzati all'ingrosso tra grossisti, consorzi di imprese o distributori.

<sup>(2)</sup> Il dato si riferisce agli acquisti diretti realizzati dai clienti idonei finali interrompibili e non che hanno partecipato in maniera autonoma all'assegnazione di capacità di interconnessione con l'estero e alle aste di energia elettrica CIP6. La partecipazione alle aste CIP6 da parte dei clienti idonei finali è limitata alle aste dedicate ai clienti idonei interrompibili.

Fonte: elaborazioni interne su dati AEEG

**52.** Per vendite intermedie si intendono le vendite di energia elettrica realizzate da clienti idonei attivi nella rivendita (grossisti, consorzi e, in misura molto marginale, distributori) ai consumatori idonei finali. Le vendite intermedie sono calcolate al netto delle vendite all'ingrosso realizzate tra concorrenti intermediari<sup>41</sup> e delle vendite a clienti idonei appartenenti ai medesimi gruppi societari<sup>42</sup>. Le vendite intermedie sono state realizzate per la quasi totalità da grossisti (92% nel 2001 e 96% nel 2002).

**53.** Le vendite dirette a clienti idonei finali comprendono: *i*) l'energia elettrica CIP6 direttamente assegnata ai clienti idonei finali *interrompibili*<sup>43</sup> e *ii*) l'energia elettrica estera acquisita dai clienti idonei interrompibili a completamento delle bande di interconnessione loro dedicate e, in misura minore, *iii*) l'energia estera acquisita dai clienti idonei finali energivori a completamento delle bande di interconnessione allocate dal GRTN. Il minor fabbisogno di energia elettrica di modulazione di origine nazionale rispetto ai più importanti prelievi in banda costante ha reso tali clienti più indipendenti nella ricerca delle fonti a copertura del loro fabbisogno residuo di energia.

**54.** Dalla tavola 3 si evince che, tra il 2001 e il 2002, l'incidenza delle vendite dirette sulla domanda totale del mercato liberalizzato è cresciuta (passano dal 15% al 17%). Questo fenomeno è da ricollegarsi, in primo luogo, all'aumento della disponibilità di energia "dedicata" per legge ai clienti idonei finali *interrompibili*. Per contro, nello stesso periodo, sono diminuiti gli acquisti diretti di energia elettrica estera di clienti idonei finali non *interrompibili*. Come visto sopra, nel 2002, sono mutate le regole di allocazione della capacità di interconnessione: la dimensione minima di acquisto è aumentata, favorendo, per le assegnazioni di quell'anno, la partecipazione in forma aggregata della domanda. A ciò si aggiunga che la politica commerciale dei grossisti, tra cui ENEL Energia, ha contribuito a disincentivare il ricorso diretto a questa fonte da parte dei clienti idonei finali, attraverso l'imposizione di esclusive sull'acquisto dell'energia estera.

**55.** La struttura dell'offerta del mercato libero si configurava, nel 2001, disomogenea e in continua evoluzione<sup>44</sup>. Erano iscritti alle liste di idoneità, per la rivendita di energia elettrica ai clienti idonei finali, una pluralità di operatori (134 in numero). Tuttavia, a fronte di questa marcata numerosità, circa il 50%, tra grossisti, consorzi e distributori, non ha svolto alcuna attività di compravendita di energia elettrica nel mercato libero in quel periodo. Analoghe considerazioni possono essere svolte per il 2002<sup>45</sup>.

**56.** Un cospicuo numero di grossisti idonei svolgeva un ruolo del tutto peculiare nel mercato libero: essi, infatti, operavano esclusivamente come intermediari nella compravendita all'ingrosso a favore di altri clienti idonei grossisti, non disponendo né di strutture tecniche né di strutture commerciali adeguate per intraprendere una vera e propria attività di commercializzazione con clienti idonei finali<sup>46</sup>. Tra alcuni di questi grossisti/distributori autorizzati vi erano legami societari di controllo o di tipo personale, stante la partecipazione dei medesimi soggetti ai consigli di amministrazione di diverse società<sup>47</sup>, legami che ne inficiavano la natura di effettivi concorrenti. Inoltre, è stato importante il peso delle vendite intragruppo: alcuni dei principali fornitori, concorrenti di ENEL nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei finali, tra cui, ad esempio, EDISON ed ENIPOWER, hanno effettuato la

---

<sup>41</sup> [L'AEEG stima che le vendite tra grossisti ammontino a 5 TWh circa, nel 2001, e a 18 TWh circa nel 2002.]

<sup>42</sup> [L'AEEG stima che le cessioni intragruppo siano passate da 3 TWh circa nel 2001 a 8 TWh circa nel 2002. Le cessioni delle società consortili a propri associati non sono considerate vendite intragruppo, ma sono computate tra le vendite a clienti idonei finali ai fini della determinazione dei consumi totali del mercato libero.]

<sup>43</sup> [Negli anni 2001 e 2002 nessun cliente idoneo finale ha partecipato in maniera autonoma all'assegnazione tramite aste dell'energia elettrica CIP 6 non interrompibile.]

<sup>44</sup> [Anche il GRTN ha osservato come l'assetto di mercato a fine 2001 non fosse ancora stabile. Cfr. Relazione sulle attività del GRTN aprile 2001-marzo 2002, p.251.]

<sup>45</sup> [Su 212 iscritti solo 99 erano attivi. Si vedano, ad esempio, le società EDS, Consulting 2001 e FME che, benché autorizzate, non hanno svolto né attività di vendita di energia elettrica ai clienti idonei finali né di compravendita all'ingrosso di energia elettrica per il mercato libero nel 2002 (documenti istruttori 639, 640 e 641).]

<sup>46</sup> [Ad esempio, le società di intermediazione SUNWORK, TGE e CROSS sono state costituite nel 2001 ma hanno cominciato ad operare nel 2002 esclusivamente per conto di clienti idonei contrattualizzati da ENEL Energia. Nessuno di questi soggetti è intervenuto nel processo di assegnazione della capacità di importazione per l'anno 2003.]

<sup>47</sup> [Tale fenomeno riguarda, in particolare, le società grossiste o di intermediazione con sede nella provincia di Brescia. Dalle visure camerali risulta, ad esempio, che medesime persone fisiche rivestono cariche negli organi di controllo societari nelle seguenti società: SUNWORK, G&G, NET e Cross, ovvero altri in TGE, EDS e Consulting 2001. Inoltre, è possibile rilevare partecipazioni incrociate tra Tecnoassist, Lumenergia, Lumenge e Assoenergia ovvero tra Tecnoassist, Tecnoenergia, Simposio e Consulting 2001. Anche nella recente sentenza n.699/02 e n.700/02 del TAR della Lombardia, del 18 marzo 2003, sono documentati alcuni di questi legami.]

maggior parte delle vendite di energia elettrica a clienti idonei appartenenti al medesimo gruppo societario<sup>48</sup>. Queste vendite rappresentano, di fatto, un mercato *captive*.

**57.** Anche tra i consorzi di imprese, la maggior parte ha svolto attività di rivendita di energia elettrica quasi esclusivamente a favore dei propri consorziati<sup>49</sup> (si tratta dei cosiddetti consorzi di acquisto). Inoltre, si consideri che molti consorzi si sono approvvigionati in maniera consistente dai principali grossisti attivi nel mercato liberalizzato, tra cui ENEL Energia.

**58.** Nel 2001, l'indice di concentrazione delle prime quattro imprese (CR4) è stato del 67% (l'indice sale a poco più dell'80% per i primi 10 fornitori); nel 2002, il CR4 è stato del 60% (75% per i primi 10 fornitori). Considerando che nel 2001 e nel 2002 operavano rispettivamente 68 e 99 tra grossisti e consorzi di imprese, risulta evidente la posizione del tutto marginale della maggior parte degli intermediari attivi nel mercato liberalizzato.

**59.** ENEL, tramite ENEL Energia, ha venduto energia elettrica ai clienti idonei in Italia per 27 TWh circa, nel 2001, e 30,3 TWh circa, nel 2002. Tali vendite hanno rappresentato quote di mercato sulla domanda totale rispettivamente del 37% e del 32% circa. La seconda impresa presente nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei, EDISON, con una quote di mercato del 15% circa, ha venduto, invece, circa 11 TWh nel 2001 e 15 TWh circa nel 2002. Le vendite di ENEL Energia sono state più che doppie di quelle del suo principale concorrente.

**60.** La posizione di mercato di ENEL Energia calcolata sulle sole vendite intermedie è stata nel biennio 2001–2002 rispettivamente il 42% e il 38% circa<sup>50</sup>. Questo indicatore raffigura la posizione di mercato di ENEL Energia sulla parte di mercato nella quale si confrontavano i grossisti di energia per la rivendita.

**61.** Il gruppo ENEL, nel suo complesso, ha venduto ulteriori quantitativi di energia elettrica all'ingrosso, tramite la controllata ENEL Produzione, nel biennio 2001–2002. Le vendite a grossisti terzi, concorrenti di ENEL Energia, sono passate da 0,2 TWh del 2001 ad un 1 TWh circa nel 2002. ENEL Produzione ha contribuito, nel corso del 2002, in maniera significativa all'immissione in rete di energia per lo scambio con 3,8 TWh circa. Di questi, poco più di 1 TWh sono stati prelevati da ENEL Energia al prezzo regolato (PGn).

## V. LA CONDOTTA COMMERCIALE DI ENEL, TRAMITE ENEL ENERGIA

### ***1. Il ruolo della holding nella definizione delle linee d'azione delle società controllate***

**62.** Ai sensi dell'articolo 13 del D.Lgs. n. 79/99, ENEL è attiva, a partire dall'ultimo trimestre del 1999, per il tramite di società separate, nei mercati della generazione, della trasmissione, della distribuzione e della vendita di energia elettrica (al mercato liberalizzato dei clienti idonei e al mercato regolamentato dei clienti vincolati). ENEL assume le funzioni di indirizzo strategico e di coordinamento dell'assetto industriale e delle attività esercitate dalle società da essa controllate.

**63.** La *holding* risulta presente nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei attraverso ENEL Energia<sup>51</sup>, ENEL Trade<sup>52</sup> ed anche tramite ENEL Produzione<sup>53</sup>. In particolare, ENEL Produzione e ENEL Trade operano nell'area *Approvvigionamenti*, mentre ENEL Energia e ENEL Distribuzione nell'area *Mercato* (cfr. *supra*, capitolo *Il Fatto*, §II Le Parti).

**64.** Oltre alla complessiva organizzazione societaria del gruppo, ENEL definisce nei piani industriali, annuali e pluriennali, l'ambito di operatività delle società da essa controllate e interamente partecipate. Nel settembre 2000, la capogruppo ENEL ha inviato una comunicazione agli Amministratori Delegati delle società controllate avente ad oggetto "*Materie ed iniziative di competenza delle società controllate da sottoporre all'esame del Consiglio di Amministrazione della Holding*", tra cui figurano: i) la redazione dei bilanci di esercizio; ii) la stesura dei piani pluriennali; iii) la stesura dei *budget*; iv) la previsione di accordi strategici di straordinaria rilevanza.

---

<sup>48</sup> [Le cessioni intragruppo di EDISON e di DALMINE rappresentano rispettivamente il 12% circa e più del 60% delle vendite di energia elettrica effettuate nel 2001.]

<sup>49</sup> [Nel 2001, i consorzi di imprese hanno registrato un incremento più consistente nella domanda di energia elettrica rispetto agli altri clienti idonei. L'espansione di questa categoria di clienti idonei riflette essenzialmente una dinamica di aggregazione promossa dalle disposizioni normative in termini di soglie di idoneità (non tanto da una scelta dei clienti finali di aggregarsi volontariamente). Relazione annuale AEEG. ]

<sup>50</sup> [Nel 2002, ENEL Energia ha venduto all'estero energia elettrica a clienti idonei finali e interrompibili per meno di 0,2 TWh.]

<sup>51</sup> [Per la vendita di energia elettrica ai clienti idonei con consumi inferiori ai 100 GWh/a. ]

<sup>52</sup> [Dal 1 gennaio 2003, per la vendita di energia elettrica ai clienti idonei grossisti, distributori e clienti finali con consumi superiori ai 100 GWh/a, a seguito del conferimento del suddetto ramo d'azienda da parte di ENEL Energia.]

<sup>53</sup> [Per la vendita all'ingrosso di energia elettrica a clienti idonei grossisti. ]

**65.** Sin dalla costituzione delle società separate, ENEL ha svolto un ruolo cruciale nella definizione delle linee guida per la predisposizione dei piani industriali e dei *budget* delle società appartenenti al gruppo. In particolare, dalla documentazione acquisita agli atti, emerge come ENEL abbia orientato l'attività operativa delle proprie controllate secondo una strategia unitaria, che prevedeva, tra l'altro, la stretta cooperazione tra le diverse società appartenenti al gruppo e la successiva verifica del loro operato.

**66.** Nelle Linee guida relative al *Piano Industriale 2002-2006*, predisposte da ENEL nel febbraio 2001, la *holding* indica agli Amministratori Delegati delle società controllate l'obiettivo di “*sviluppare iniziative volte alla fidelizzazione del cliente*”. In particolare, con riguardo all'attività di generazione, ENEL ha definito i piani di azione di ENEL Produzione, che dovranno essere tesi a “*limitare l'ingresso di nuova capacità produttiva e non deteriorare la redditività riconosciuta*. [Inoltre, per] *assicurare il presidio della grande clientela, particolarmente sensibile al prezzo di offerta dell'energia elettrica, ENEL Produzione [...] dovrà consolidare il rapporto con ENEL Trade nell'ottica di aggredire il segmento di mercato con offerte particolarmente competitive. Ciò garantirà un vantaggio competitivo che permetterà all'azienda di consolidare la leadership nel trading grandi clienti*” (documento istruttorio 372).

**67.** Con riferimento all'attività di vendita di energia elettrica ai clienti idonei, il piano di azione indicato da ENEL ad ENEL Energia, prevede “– [il] *consolidamento del rapporto con ENEL Produzione nell'ottica di sviluppare canali preferenziali di approvvigionamento (contratti bilaterali)*; – [la] *personalizzazione dei contratti assicurando un'offerta flessibile, integrata, differenziata per modalità di prelievo e struttura di prezzo*; – [il] *graduale ampliamento dei servizi nell'ambito del core business che si aggiungeranno all'attuale sistema di offerta multiutility (elettricità e gas) e di servizi di valore aggiunto (data management, energy management e servizi di gestione impianti)*”. ENEL ha indicato, inoltre, che “*La società dovrà essere in grado di cogliere opportunità nei mercati esteri con attività di trading, individuando le aree particolarmente attrattive per profittabilità e barriere all'entrata*” (documento istruttorio 141).

**68.** Dalle linee guida per lo svolgimento del Consiglio di Amministrazione di ENEL Energia, del 4 marzo 2002, acquisite presso la *holding*, si evince che l'attività svolta da ENEL Energia, nell'ultimo trimestre del 2001, si è concentrata sulla: “*rinegoziazione dei contratti con alcune tipologie di clienti finali e [lo] sviluppo delle vendite verso tipologie di clientela caratterizzata da più elevati margini di redditività; [il] miglioramento del sourcing di energia, mediante diversificazione delle fonti di approvvigionamento nazionale e [il] raggiungimento dei massimi consentiti di capacità di interconnessione con l'estero per l'import di energia; [l']avvio attività di trading sui mercati internazionali [...]*” (documento istruttorio 372). L'attività commerciale di ENEL Energia risulta, pertanto, in linea con le indicazioni fornite dalla capogruppo ENEL e descritte sopra.

**69.** Nelle Linee guida al piano industriale 2003-2007, predisposte da ENEL per le controllate ed inviate, a fine febbraio 2002, agli Amministratori Delegati delle società del gruppo, la *holding* definisce i compiti strategici delle proprie controllate nel mercato della generazione e della vendita ai clienti idonei, ed evidenzia il vantaggio dell'integrazione verticale ottenuto attraverso il coordinamento delle società operative del gruppo. Le indicazioni ivi fornite testimoniano, allora, da un lato, una linea di continuità con “*le azioni già efficacemente avviate*” negli anni passati da ENEL Energia, e, dall'altro, confermano come la capogruppo conosceva e condivideva l'azione commerciale, in particolare, della controllata (documento istruttorio 347).

**70.** Nel Piano Industriale 2003-2007, ENEL individua, per ENEL Energia, l'obiettivo di “*sfruttare la maggiore disponibilità di energia con il pool obbligatorio e la possibilità di riacquistare i clienti che oggi acquistano direttamente energia da import e CIP6 per aumentare la quota di mercato; Fornire contratti «taylor made» [...] o pacchetti standardizzati per segmenti di clientela omogenei*” (documento istruttorio 368).

**71.** Il vantaggio competitivo dell'appartenenza ad un gruppo verticalmente integrato è ricondotto alla disponibilità di capacità di generazione, alla forza commerciale del gruppo derivante dalla radicata presenza territoriale di ENEL ed alla notorietà del marchio aziendale presso i consumatori finali. A titolo di esempio, si citano alcune considerazioni riprese dalle Linee guida ai piani industriali del 2002-2006 e 2003-2007, redatti dalla capogruppo ENEL.

**72.** Nel Piano Industriale 2002-2006, approvato nel luglio 2001, ENEL distingue all'interno dei propri concorrenti tra operatori nazionali (EDISON, ACEA, AEM e ENI) ed operatori stranieri (RWE, EDF, ATEL, EON, ENRON e PREUSSEN)<sup>54</sup>. Tra gli elementi tenuti in considerazione da ENEL per caratterizzare la posizione competitiva dei potenziali concorrenti a valle vi sono: *i*) la disponibilità di energia elettrica di origine estera (economicamente più

---

<sup>54</sup> *[Questi operatori stranieri operano generalmente come fornitori di energia elettrica al confine a clienti idonei grossisti nazionali che provvedono all'importazione dell'energia in Italia e alla sua commercializzazione. Solo alcuni di essi sono attivi direttamente nella vendita di energia elettrica a clienti idonei in Italia (EDF e EON). ]*

vantaggiosa), di cui disporrebbero in quantità adeguate solo gli operatori esteri RWE, EDF, ATEL, EON, PREUSSEN e, parzialmente, ENRON; ii) l'appartenenza ad un gruppo integrato verticalmente, che caratterizzerebbe in misura discreta gli operatori italiani, tra cui EDISON, ACEA, AEM<sup>55</sup>; e iii) la capacità commerciale, ritenuta adeguata per ENI, EDISON, ENRON e PREUSSEN, e minore per altri operatori. In generale, ENEL percepisce di detenere, rispetto ai propri concorrenti esteri e nazionali, una posizione di superiorità sia nella generazione che nella vendita. A giudizio di ENEL, operatori quali RWE, EdF e Atel dispongono di “scarsa” generazione e “scarsa” penetrazione nel mercato della vendita; mentre EDISON, AEM e ACEA dispongono di una capacità competitiva sufficientemente elevata in entrambi i mercati (documento istruttorio 344).

**73.** Nelle Linee guida al piano industriale 2003-2007, la *holding* riconosce ancora più esplicitamente il vantaggio concorrenziale derivante dall'integrazione verticale e dalla posizione di preminenza del gruppo in tutte le fasi della filiera elettrica. ENEL dichiara, infatti, che “[s]fruttando il proprio vantaggio competitivo nel mercato nazionale dell'energia elettrica, la propria presenza di rilievo estesa a tutte le fasi della catena del valore e orizzontalmente nelle attività contigue, nonché la sua significativa base clienti e le proprie infrastrutture, il Gruppo dovrà consolidare il proprio posizionamento strategico sul mercato nazionale dell'energia elettrica e proseguire nella strategia di diversificazione e internazionalizzazione” (documento istruttorio 347).

**74.** Con riferimento agli indirizzi operativi per le controllate, ENEL precisa che l'attività nel mercato della generazione dovrà mirare a “completare il percorso di riposizionamento strategico [attraverso] l'ottimizzazione del parco e dei processi manutentivi, la creazione di un portafoglio centrali il più possibile eterogeneo e flessibile dal lato delle fonti e il perseguimento di una strategia mirata di pricing in grado di sfruttare il proprio vantaggio competitivo [...] sarà obiettivo del Piano 2003-2007 quello di mantenere una quota di mercato nazionale della produzione di energia elettrica non inferiore al 30% [...] ENEL Produzione sarà chiamata ad affiancare al piano di efficientamento, iniziative volte a valorizzare l'energia prodotta attraverso una efficace politica di pricing che assicuri, in stretta integrazione con ENEL Trade, il presidio della grande clientela” (documento istruttorio 347).

**75.** ENEL Energia, per parte sua, “dovrà raggiungere e mantenere [nel mercato elettrico liberalizzato] una quota non inferiore al 45% [...]. La società dovrà sfruttare l'efficacia della struttura commerciale, la forza del brand, l'affidabilità del servizio offerto e il fatto di appartenere a un Gruppo integrato perseguendo nelle efficaci azioni già avviate, quali: – l'adozione di una strategia di approvvigionamento ottimale, congiuntamente ad ENEL Produzione, che concili le esigenze di mantenere quote di mercato e di massimizzare i margini del Gruppo;– lo sviluppo di offerte personalizzate per tipologia di cliente, modulabili nelle modalità di prelievo e nella struttura dei prezzi ed integrate con altri prodotti (servizi e commodity)[...]. La società dovrà operare in sinergia con altre società del gruppo, in particolare con ENEL Distribuzione, nell'approvvigionamento di energia per tutti i clienti liberi serviti dal gruppo, compresi i mass market [...]. La società [...] potrà fare leva sul vantaggio competitivo, in termini di approvvigionamento e di offerta multiutility<sup>56</sup>, legato al fatto di appartenere a un grande Gruppo [...]”(sottolineatura aggiunta, documento istruttorio 347).

**76.** Nello stesso documento, viene chiarito, con riferimento all'area *Mercato*, a cui appartengono entrambe le società ENEL Energia e ENEL Distribuzione, che “ENEL Distribuzione nel segmento mass market ed ENEL Trade in quello dei grandi clienti sono chiamate a perseguire una strategia di retention e di valorizzare la base clienti. Per raggiungere tale obiettivo, le società dovranno presidiare alcuni fattori chiave, quali la qualità del servizio, la competitività dei prezzi, nonché la capacità di innovazione e di anticipazione di nuovi bisogni del mercato attraverso lo sviluppo di un [...] ampio portafoglio prodotti. L'obiettivo è di limitare il churn rate [misura la perdita dei clienti a favore di altro fornitore] della clientela verso i nuovi operatori che stanno basando la propria [offerta] principalmente sul fattore prezzo”<sup>57</sup> (documento istruttorio 347).

---

<sup>55</sup> [In una tavola riportata nell'estratto del Piano Industriale 2002-2007 di ENEL Energia (documento istruttorio 140), il fattore competitivo indicato nell'appartenenza al gruppo verticalmente integrato è sostituito dalla valutazione della “capacità di modulazione” rispetto alla quale ENEL Energia individua nelle società EDISON, SONDEL, ATEL e, in misura minore VERBUND e EDF, gli attori maggiormente competitivi.]

<sup>56</sup> [La strategia multiutility si limita alle sinergie elettricità e gas naturale o energia elettrica e di servizi di valore aggiunto (data management, energy management e servizi di gestione impianti). ]

<sup>57</sup> [In particolare, ENEL fissa gli obiettivi specifici di ENEL Distribuzione tra cui si legge “la definizione di una completa offerta di piani tariffari in grado di soddisfare e fidelizzare i diversi segmenti della clientela [...] e lo sviluppo di competenze nell'approvvigionamento di energia elettrica per far fronte al mercato con forniture competitive, sfruttando le sinergie con ENEL Trade e ENEL Produzione”.]

**77.** Analoghe indicazioni sono contenute nella presentazione al CdA di ENEL delle linee guida al citato Piano Industriale 2003-2007. In particolare, le azioni commerciali da intraprendere vertono sul “*Presidio passaggio della clientela dal mercato vincolato al libero (retention rate sup.re 80%); [... e sull’] azione integrata e coordinata da parte di tutte le società del gruppo [...]*”(documento istruttorio 346). Circa il 30% dei clienti contrattualizzati da ENEL Energia nel 2002 apparteneva, l’anno precedente, alla categoria dei clienti vincolati. ENEL Energia ha potuto beneficiare di un incontestabile vantaggio informativo rispetto ai propri concorrenti con riguardo alle quantità consumate e ai relativi profili di consumo dei clienti vincolati suscettibili di acquisire il riconoscimento di idoneità nel breve termine, grazie al fatto che ENEL Distribuzione continua a servire la quasi totalità dei clienti finali in regime amministrato.

**78.** In aggiunta alle considerazioni della capogruppo sopra riportate, circa il vantaggio di ENEL Energia dato dall’appartenenza ad un gruppo verticalmente integrato, si osserva che, nel corso dell’assemblea del CdA di ENEL del 18 febbraio 2002, viene discusso il posizionamento competitivo di ENEL Energia nel mercato nazionale della vendita ai clienti idonei. Al riguardo, la riduzione della quota di mercato registrata da ENEL Energia nel corso dell’ultimo biennio è imputata non tanto all’insorgere di una concorrenza particolarmente accesa nel mercato liberalizzato, quanto, in sostanza, alle condizioni e ai vincoli imposti dal regolatore all’accesso alle fonti di approvvigionamento. Nel verbale del CdA si argomenta, infatti, che “*ENEL Trade è leader del mercato con una quota del 37%, in discesa rispetto al 2000 (48%), a causa della limitazione di accesso all’import, della disponibilità di CIP6 anche per i clienti finali e dell’aumento dell’energia elettrica acquistata da ENEL Produzione*”<sup>58</sup> (documento istruttorio 368).

**79.** Sebbene gli acquisti di energia elettrica di origine nazionale non siano considerati competitivi come le importazioni e, in misura minore, gli acquisti di energia elettrica CIP6, il vantaggio in termini di disponibilità di consistenti “volumi” di energia elettrica nazionale non è messo in discussione neanche dalle dismissioni di capacità di ENEL. Nel citato Piano Industriale 2002-2006, ENEL commenta il “*rischio di ulteriori cessioni [di capacità di generazione] per l’incumbent*” nei seguenti termini: “*l’elevato gap tra costi di produzione tra impianti dismessi e new entrant assicura un comportamento non aggressivo da parte dell’acquirente*” (documento istruttorio 344). Ciò implica che, al di là dell’energia elettrica immessa dall’estero o acquistata alle aste CIP6, i concorrenti di ENEL Energia non dispongono di altre fonti di approvvigionamento concorrenziali, tranne le quote, piuttosto marginali, di energia elettrica venduta da generatori indipendenti (tra cui, solo dal 2002 e in misura marginale, da una delle tre GENCO) sul mercato liberalizzato.

**80.** Un ulteriore elemento che caratterizza il ruolo di ENEL si rinviene nella presenza nel CdA di ENEL Energia, nel 2001, di quattro membri, tutti designati da ENEL. In particolare, il Presidente di ENEL Energia svolgeva anche la carica di Amministratore Delegato di ENEL Produzione e di Consigliere di Amministrazione in altre società del gruppo, mentre due Consiglieri di Amministrazione rivestivano funzioni dirigenziali nella *holding* (ENEL): uno era Direttore dell’area Amministrazione Finanza e Controllo, e l’altro svolgeva la funzione di Direttore Pianificazione e Controllo (cfr. documenti istruttori 896 e 902). Questi stessi consiglieri erano, inoltre, membri di Consigli di Amministrazione di numerose altre società appartenenti al gruppo ENEL, tra cui ENEL Distribuzione e ENEL Produzione<sup>59</sup>. Nel 2002, sono confermati, fino ad approvazione del bilancio, gli stessi consiglieri in carica nel 2001. Inoltre, prima della costituzione di società separate, ai sensi del D.Lgs. n. 79/99, l’Amministratore Delegato di ENEL Energia in carica fino al tutto il 2002, svolgeva la funzione di responsabile dell’area commerciale vendita ai clienti idonei, in seno alla capogruppo ENEL, area che sarebbe divenuta dopo la separazione societaria l’attuale ENEL Energia.

**81.** Dalla documentazione acquisita agli atti, risulta chiaramente che ENEL era a conoscenza della sottoscrizione dei contratti *standard* di fornitura per l’anno 2002. Da un lato, infatti, la stipula di contratti di fornitura di particolare entità doveva essere sottoposta al CdA di ENEL Energia. Documentazione relativa ad alcuni contratti di fornitura di energia elettrica per l’anno 2002 stipulati con grandi clienti idonei è stata, infatti, rivenuta presso la sede legale di ENEL

---

<sup>58</sup> [ENEL Energia fa riferimento, da un lato, alle regole di allocazione della capacità di importazione elaborate dall’AEEG che prevedono l’applicazione di tetti individuali all’assegnazione di capacità (pro-rata) e, dall’altro, alle regole di assegnazione dell’energia elettrica CIP 6 che disciplinano i) la possibilità di cessione dell’energia elettrica messa in asta direttamente ai clienti idonei finali e ii) cessioni di energia elettrica dedicate a clienti idonei con caratteristiche di interrompibilità.]

<sup>59</sup> [L’Amministratore Delegato di ENEL Energia ha tutti i poteri per l’amministrazione della società, ad eccezione di quelli riservati allo stesso CdA dalla legge, dallo statuto e dalla deliberazione del CdA del 6 aprile 2001. In particolare, quest’ultimo ha il potere di “approvazione di contratti, anche derivati o a termine, inerenti l’acquisto, la vendita, il trading o la somministrazione di energia elettrica e di altri prodotti energetici e di servizi connessi, nonché per la copertura dei relativi rischi finanziari, di importo unitario superiore a 100 miliardi di lire [...]” (documento istruttorio 364).]



(documenti istruttori 366, 365 e 372). Dalle regole di *corporate governance*, si evince, inoltre, che ENEL approva i *budget* annuali e pluriennali delle società del gruppo. Nel *budget* per l'anno 2002, datato 17 dicembre 2001, ENEL Energia indica di “aver avviato una campagna vendite in anticipo rispetto alla concorrenza [i] primi contratti [sono stati] firmati” (documenti istruttori 173 e 1338). La stessa *holding* ha confermato, in sede di audizione, di essere venuta a conoscenza, a fine 2001, degli schemi contrattuali *standard* offerti dalla controllata per il 2002.

**82.** Alla luce delle suddette considerazioni, ENEL mantiene un ruolo essenziale di coordinamento e di indirizzo dell'attività strategica delle proprie controllate e, quindi, di ENEL Energia, che rappresentava, all'epoca dei fatti contestati e oggetto della presente istruttoria, il principale strumento operativo della capogruppo per la vendita di energia elettrica ai clienti idonei. Pertanto, nel prosieguo si farà riferimento ad ENEL Energia nel senso appena indicato.

## **2. L'attività di compravendita di energia elettrica della società operativa ENEL Energia**

**83.** Tra gli obiettivi di politica commerciale dettati dalla capogruppo ENEL alla società operativa ENEL Energia, vi erano quelli di “riacquistare i clienti che oggi acquistano direttamente energia da import e CIP6 per aumentare la quota di mercato; di assicurare il presidio della grande clientela, particolarmente sensibile al prezzo di offerta dell'energia elettrica [in particolare quella di base]; di migliora[re i]l *sourcing* di energia”.

**84.** Le indicazioni fornite da ENEL per perseguire tali obiettivi erano chiare: in merito alla attività di fornitura di energia elettrica, ENEL Energia avrebbe dovuto “personalizzare i contratti assicurando un'offerta flessibile, integrata, differenziata per modalità di prelievo e struttura di prezzo, ovvero fornire contratti «*taylor made*» [...] o pacchetti standardizzati per segmenti di clientela omogenei”; con riguardo all'approvvigionamento, la controllata doveva consolidare il rapporto commerciale con “ENEL Produzione [...] nell'ottica di aggredire il segmento di mercato con offerte particolarmente competitive ed, inoltre, diversificare le fonti di approvvigionamento nazionale per raggiungere i massimi consentiti di capacità di interconnessione con l'estero per l'import di energia [ed] avviare attività di trading sui mercati internazionali [...]”.

**85.** Queste indicazioni sono state tradotte da ENEL Energia negli obiettivi del *budget* annuale per il 2002 e rese operative attraverso l'offerta commerciale per il 2002. Dal *budget* annuale per il 2002, così come indicato dalla capogruppo, si evince che per ENEL Energia l'acquisizione di clienti “regolari” (con alti consumi in banda costante) e dei consorzi costituiva priorità alta e medio alta, in quanto essi presentavano un profilo di consumo compatibile con acquisti in banda; i clienti “irregolari”, ossia quelli che consumavano energia di base in piccole quantità, avevano priorità bassa (documenti istruttori 173 e 1338).

**86.** L'offerta commerciale di ENEL Energia per il 2002 si presentava molto articolata, lo schema contrattuale *standard* era stato, infatti, proposto indistintamente a clienti idonei finali, consorzi di imprese e società grossiste, sebbene la stessa società fosse consapevole delle diverse caratteristiche di consumo delle tipologie di clienti serviti. ENEL Energia ha, poi, “personalizzato” la proposta commerciale in sede di contrattazione, abrogando o modificando le clausole contrattuali inserite nello schema *standard*.

### **a) La politica di approvvigionamento di energia elettrica di ENEL Energia**

**87.** ENEL ha giustificato la predisposizione delle clausole contrattuali contestate (esclusive e divieti) sulla base di un presunto rischio volume in cui sarebbe incorsa in ragione della modalità di approvvigionamento caratterizzata - a detta della società - da vincoli di acquisto *take or pay*. Dall'analisi dell'attività di approvvigionamento di ENEL Energia per il 2002 si evince che la società ha diversificato le fonti di acquisto in termini sia della provenienza geografica dell'energia sia della tipologia e delle scadenze temporali dei contratti di acquisto sottoscritti (cfr. tavola 4).

**Tavola 4: Incidenza delle fonti di approvvigionamento di ENEL Energia sugli acquisti totali (anno 2001, 2002; TWh)**

	Anno 2001		Anno 2002	
	TWh	%	TWh	%
ACQUISTI ALL'ESTERO <sup>(1)</sup>	3,4	12,0%	3,1	9,9%
ACQUISTI IN ITALIA <sup>(2)</sup>	7,9	28,3%	14,8	47,1%
- di cui acquisti intragruppo	5,9	21%	11,8	37,6%
ENERGIA CIP6	16,6	59,7%	13,5	43,0%

TOTALE <sup>(3)</sup>	27,9	100,0%	31,4	100,0%
-----------------------	------	--------	------	--------

<sup>(1)</sup> Le principali controparti commerciali sono state nel 2001: [omissis] e [omissis] ([omissis]%) mentre nel 2002 [omissis] e [omissis] ([omissis]%). Il dato relativo al 2002 indica solo gli acquisti di energia elettrica estera destinati in Italia. ENEL Energia ha realizzato vendite di energia estero su estero per circa [omissis] TWh, pari al [omissis]% degli approvvigionamenti totali.

<sup>(2)</sup> Le principali controparti sono state nel 2001, ENEL Produzione e GEVAL (75%); mentre nel 2002, ENEL Produzione e ENEL Green Power (80%).

<sup>(3)</sup> L'ammontare totale di energia elettrica di cui ENEL Energia si è approvvigionata è superiore, sia nel 2001 che nel 2002, alle vendite in quanto è comprensivo delle perdite di rete.

Fonte: elaborazioni interne su dati ENEL Energia (documenti istruttori 700, 810 e 1292).

**88.** Gli acquisti di energia elettrica estera sono caratterizzati da durate contrattuali e scadenze diversificate: oltre due terzi è stata acquisita da ENEL Energia in forza di contratti biennali; poco meno di un quinto con contratti annuali, sottoscritti dopo l'inizio dell'anno 2002; e, infine, l'8% circa con contratti infrannuali, la maggior parte dei quali di durata mensile<sup>60</sup>.

**89.** In particolare, i principali fornitori di energia elettrica estera sono stati, nel 2002, [omissis] ed [omissis]. Dal primo, ENEL Energia ha ritirato circa [omissis] TWh<sup>61</sup> sulla base di accordi commerciali, di durata pluriennale e infrannuale<sup>62</sup>. Da [omissis], ENEL Energia ha ritirato circa [omissis]TWh<sup>63</sup>, scadenzati, a seconda delle necessità, in contratti di durata annuale, semestrale o anche trimestrale. ENEL Energia ha dichiarato, in proposito, che “nel 2002, abbiamo partecipato a due aste per l'energia di EDF, un'energia di banda. Tale capacità non è sufficiente per il 2002 e contiamo di acquistarne ancora in nuove gare in Francia e Svizzera” (documento istruttorio 20)<sup>64</sup>.

**90.** L'allocazione di energia elettrica CIP6 per il 2002 si è conclusa nel corso del primo trimestre dello stesso anno. A differenza del 2001, l'allocazione si è svolta in una unica sessione annuale. Ciò detto, sebbene gli acquisti di energia elettrica CIP6 siano caratterizzati dall'impegno dell'aggiudicatario a ritirare le quantità assegnate ai prezzi di aggiudicazione, essi presentano un elemento di aleatorietà *ex ante*, insito nella stessa modalità di assegnazione<sup>65</sup>. Per il 2002, ENEL Energia si è aggiudicata quasi il 50% dell'energia CIP6 non interrompibile messa all'asta.

**91.** La maggior parte dell'energia elettrica nazionale a disposizione di ENEL Energia proviene da acquisti intragruppo (12 TWh circa). La restante quota è stata acquistata da altri produttori nazionali (circa 1 TWh), oppure direttamente dalla rete (poco più di 1 TWh) o, ancora, da grossisti nazionali o clienti idonei finali (meno di 2 TWh). Tutti gli acquisti di energia elettrica nazionale sono stati contrattati nel corso del 2002 ed hanno durata infrannuale. Anche gli acquisti da ENEL Produzione presentano, seppure meno del 2001, una certa flessibilità nel ritiro (flessibilità del +/-10% sulla potenza contrattata mensilmente).

**92.** A differenza di quanto accaduto nel 2001, ENEL Energia ha deciso di non partecipare direttamente al processo di assegnazione della capacità di interconnessione sulle frontiere estere per l'anno 2002<sup>66</sup>. Poiché le nuove regole di

<sup>60</sup> [Gli acquisti con contratti biennali rappresentano il 10% degli acquisti totali di ENEL Energia per l'anno 2002; gli acquisti tramite contratti annuali il 2% degli acquisti totali; e gli acquisti tramite contratti infrannuali (massimo 10 mesi e minimo 6 giorni) l'1% degli acquisti totali; documento istruttorio 810.]

<sup>61</sup> [L'ammontare di energia elettrica ritirata da [omissis], nel 2001, era di [omissis]TWh circa.]

<sup>62</sup> [In particolare, a fine 1999, ENEL ha sottoscritto un contratto di acquisto con [omissis] valido dal 1/1/2000 al 31/12/2002; nel 2002, ENEL Energia ha sottoscritto un ulteriore contratto di acquisto con [omissis] valido per i mesi da aprile a dicembre 2002.]

<sup>63</sup> [Che rappresentano il [omissis]% dell'energia elettrica estera ed il 5(10% degli acquisti complessivi di energia in quell'anno.)

<sup>64</sup> [Si rammenta che tali aste sono la conseguenza degli impegni assunti da EDF, nei confronti della Commissione, in occasione dell'autorizzazione dell'operazione di concentrazione M.1853, Edf/EnBw. Secondo la Commissione l'obiettivo di queste aste era quello di facilitare ad operatori concorrenti di EDF l'accesso al mercato francese disponendo di energia elettrica a prezzi competitivi. L'utilizzo di questa energia elettrica per l'importazione in paesi limitrofi non rappresenta pertanto il motivo principale di questa misura. Complessivamente, EDF ha messo a disposizione 6.000 MW di generazione localizzati nel territorio francese; di questi 5.000 MW sono allocati tramite aste nella forma di virtual power plants ed i restanti 1.000 MW in aste nella forma di contratti back to back relativi a precedenti accordi di compravendita di energia elettrica incentivata sottoscritti dalla stessa EDF con generatori indipendenti di minori dimensioni. ]

<sup>65</sup> [Solo al momento dell'esito della procedura, l'acquirente sarà, infatti, in grado di conoscere l'ammontare di energia di cui disporrà ed il relativo prezzo di acquisto. L'esito dell'asta dipende da una serie di variabili tra cui: il numero di partecipanti e le relative strategie di offerta. E' chiaro che al diminuire della pressione competitiva (ossia al decrescere del numero dei partecipanti) aumenta la probabilità che l'operatore si aggiudichi i quantitativi richiesti al prezzo offerto (minore pressione sui prezzi).]

<sup>66</sup> [ENEL ha commentato la scelta di ENEL Energia di non partecipare al processo di assegnazione di capacità di interconnessione per l'anno 2002 nei seguenti termini: “la circostanza che ENEL Trade si fosse già approvvigionata di energia elettrica all'estero

allocazione della capacità di importazione per il 2002 hanno di fatto privilegiato la presentazione di richieste di capacità in maniera aggregata, per garantirsi, comunque, la possibilità di immettere in Italia energia elettrica estera, ENEL Energia ha intrapreso un'intensa attività di compravendita alla frontiera con clienti idonei finali, con società di intermediazione appositamente individuate (TGE, SUNWORK e CROSS) o con altri grossisti, per un ammontare di 3,1 TWh<sup>67</sup> circa.

93. Le società di intermediazione TGE, SUNWORK e CROSS hanno svolto, per conto dei clienti idonei finali contrattualizzati da ENEL Energia, questa funzione di aggregazione. Le lettere spedite da ENEL Energia ai clienti idonei, in data 17 dicembre 2002, erano proprio finalizzate ad indirizzare verso queste società la maggior parte delle domande provenienti dai clienti idonei che ENEL Energia avrebbe servito<sup>68</sup>.

94. La consegna ai punti di prelievo contrattualizzati da ENEL Energia in Italia è avvenuta nelle seguenti modalità:

i) direttamente tramite ENEL Energia, che ha sottoscritto un contratto di riacquisto dell'energia elettrica venduta dalla stessa società direttamente al confine con le citate società di intermediazione<sup>69</sup>;

ii) indirettamente tramite altre società grossiste o consorzi di imprese, sottoscrittori di un contratto di fornitura con ENEL Energia, per la rivendita ai clienti idonei finali<sup>70</sup>.

95. ENEL Energia ha precisato che i "contratt[i] di fornitura stipulat[i] con i grossisti acquirenti sopra citati] preved[ono] che ENEL Trade fornisca al grossista l'energia elettrica necessaria a soddisfare l'intero fabbisogno che verrà prelevato presso più punti di consegna dell'energia, di pertinenza di più clienti idonei finali ovvero di imprese facenti parte di uno o più consorzi" (documento istruttorio 752). L'energia elettrica entra nella disponibilità del grossista solo virtualmente in quanto il passaggio di proprietà da ENEL Energia al grossista avviene al punto di consegna contestualmente al trasferimento di proprietà tra il grossista e il cliente idoneo finale. Queste cessioni non si differenziano, quanto a modalità, termini e condizioni economiche, dalle vendite concordate tra ENEL Energia ed i consorzi di imprese. ENEL Energia ha chiarito che "i grossisti acquirenti hanno operato sostanzialmente come "aggregatori" [della domanda] di clienti idonei (consorzi o clienti finali); di conseguenza ENEL Trade ha consegnato loro l'energia a completamento dei diagrammi di prelievo dei singoli clienti, presso i rispettivi siti" (documento istruttorio 700).

96. E' chiaro, quindi, che molte società grossiste attive sul mercato nazionale liberalizzato sono, innanzitutto, clienti di ENEL Energia i quali svolgono, più che una vera e propria attività di vendita di energia elettrica in concorrenza, una mera attività di intermediazione<sup>71</sup> e rivendita a clienti finali di ENEL Energia.

#### **b) La fornitura di energia elettrica al mercato libero da parte di ENEL Energia**

97. La schema di contratto *standard* proposto da ENEL Energia per la fornitura di energia elettrica per l'anno 2002 ai clienti idonei (finali, grossisti e consorzi) disciplinava le modalità e condizioni economiche di vendita dell'energia elettrica. In particolare, la proposta commerciale di ENEL Energia prevedeva la copertura dell'intero fabbisogno

---

*con contratti take or pay e che avesse assunto impegni contrattuali con i propri clienti idonei, rendeva necessario, alla luce delle mutate condizioni di accesso all'energia di importazione, trovare una soluzione che consentisse alla stessa ENEL Trade di immettere in Italia l'energia elettrica acquistata all'estero, in modo da garantire a tutti i clienti idonei la fornitura di energia elettrica alle condizioni contrattuali pattuite. ENEL ritiene che tale condotta non possa ritenersi lesiva della concorrenza" (documento istruttorio 714).]*

<sup>67</sup> [Più del 75% dell'energia elettrica ceduta alla frontiera ([omissis]TWh) è stata acquisita da grossisti o società di intermediazione (tra cui CROSS, SUNWORK, TGE e altri otto grossisti [omissis]). La restante quota è suddivisa tra sei clienti idonei finali interrompibili ([omissis] che hanno destinato l'energia elettrica acquistata al rifornimento di siti produttivi appartenenti ai rispettivi gruppi societari; per circa [omissis]TWh) e cinque consorzi di imprese (tra cui [omissis], attivi nel bresciano, [omissis], che hanno destinato l'energia elettrica acquistata da ENEL Energia all'approvvigionamento di clienti idonei, nella generalità di casi, già contrattualizzati da ENEL Energia; per i restanti [omissis] TWh).]

<sup>68</sup> [Le tre società di intermediazione CROSS, SUNWORK e TGE sono risultate congiuntamente assegnatarie del 18% circa della capacità di interconnessione totale allocata nel 2002. Gli altri operatori grossisti non hanno raggiunto né individualmente, né collettivamente tali posizioni.]

<sup>69</sup> [Una quota rilevante è stata riacquistata da SUNWORK, TGE e CROSS (per complessivi [omissis] TWh). Il restante 15% circa di tali acquisti è avvenuto dal grossista [omissis], (per [omissis]TWh), dal cliente idoneo finale [omissis] (per [omissis]TWh) e il consorzio di imprese [omissis] (per [omissis]circa TWh).]

<sup>70</sup> [Si tratta degli operatori [omissis] (tra cui anche consorzi di imprese), tutti operatori attivi nel bresciano che hanno sottoscritto un contratto di fornitura con ENEL Energia in deroga al contratto standard.]

<sup>71</sup> [Al riguardo, alcune società grossiste attive nella provincia di Brescia hanno dichiarato di essere state costituite con lo scopo sociale di svolgere attività di consulenza di carattere organizzativo-aziendale per le imprese grandi consumatrici di energia elettrica e di aver intrapreso una attività di compravendita di energia elettrica solo a partire dal 2002 (documenti istruttori 695, 660 e 701). Altre hanno esplicitamente ricondotto la propria attività nel mercato elettrico alla sola cessione di bande o quote di bande di capacità di interconnessione con l'estero ai clienti idonei (documenti istruttori 659).]

programmato del cliente idoneo attraverso: i) l'offerta di una quota di energia elettrica di origine estera, a completamento della capacità di interconnessione allocata al cliente idoneo tramite il GRN; e ii) l'offerta di energia di origine nazionale per la parte residuale del fabbisogno del cliente. L'offerta di ENEL Energia era garantita da un diritto di esclusiva sull'energia estera, da una serie di divieti ad acquistare energia elettrica nazionale, da maggiorazioni di prezzo e da un diritto di prelazione (articoli 6 e 11).

**98.** Il contratto *standard* per il 2002 aveva durata annuale, ma prevedeva un automatico rinnovo di pari durata. Il contratto di fornitura avrebbe dovuto cessare di produrre effetti in occasione dell'entrata in funzione della borsa elettrica<sup>72</sup>. In ogni caso, era disposto che le parti avrebbero potuto concordare, previa rinegoziazione, di mantenere, anche successivamente all'avvio della borsa elettrica, e compatibilmente con le disposizioni di cui dell'articolo 6 del D.Lgs. n. 79/99, la contrattazione bilaterale.

**99.** Nel corso delle ispezioni sono state rinvenute evidenze che documentano l'erogazione, da parte di ENEL Energia, di *bonus* di fine anno (sconti finanziari) ai clienti idonei già riforniti nel 2001, a condizione che questi ultimi rinnovassero il contratto con la stessa società per l'anno successivo.

#### *i) I contratti di fornitura di energia elettrica per l'anno 2002*

Le condizioni di prezzo offerte

**100.** Dalle disposizioni contrattuali si rileva che ENEL Energia ha fissato, per l'energia elettrica nazionale, prezzi unitari distinti per fascia oraria<sup>73</sup> e, per l'energia elettrica di origine estera a completamento delle bande di capacità acquisite dal cliente, un prezzo unitario<sup>74</sup>. I prezzi per fascia variano da cliente a cliente in relazione a caratteristiche di natura quantitativa, tra cui il profilo di consumo e l'ammontare di energia programmata, e qualitativa, tra cui la tipologia di cliente idoneo servito – finale, consorzio o grossista – e la sua contendibilità.

**101.** ENEL Energia ha, inoltre, stabilito di applicare maggiorazioni ai prezzi unitari per fascia indicati in contratto nel caso in cui il cliente avesse ridotto il ritiro di energia elettrica da ENEL Energia in ragione di acquisti di energia in banda costante da fonti alternative, ovvero dall'estero o tramite aste CIP6 *interrompibile*.

**102.** L'adozione di prezzi unitari dell'energia elettrica per fascia ricalca la struttura tariffaria adottata nel mercato vincolato, in cui il prezzo unitario dell'energia elettrica è maggiore nelle ore più pregiate (progressivamente decrescente tra le fasce F1–F3) rispetto ai consumi nelle cosiddette ore vuote (fascia F4)<sup>75</sup>. I corrispettivi unitari per fascia dovrebbero seguire l'effettivo costo di approvvigionamento dell'energia elettrica prelevata nelle diverse ore della giornata<sup>76</sup>.

**103.** ENEL Energia ha specificato che i contratti per l'anno 2002 presentano prezzi relativamente più convenienti per ritiri di energia elettrica nelle ore privilegiate (F1, F2 e F3), rispetto a quelli nelle "ore vuote"<sup>77</sup>. Secondo ENEL

---

<sup>72</sup> [Cfr. art. 5, comma 2, D. Lgs. n. 79/99.]

<sup>73</sup> [Il Provvedimento CIP del 19/12/1990 n.45 definisce quattro fasce di prelievo dell'energia elettrica da F1 a F4. Le fasce sono distinte a seconda della modalità di consegna dell'energia (media o alta tensione) e del periodo di prelievo (orario, giorno e mese di riferimento). Le fasce da F1 a F3 corrispondono a periodi di altissima, alta e media richiesta di energia sia nell'arco della giornata sia nell'arco dell'anno. La fascia F4 è associata a periodi di bassa richiesta (ad esempio le ore notturne, i weekend e tradizionalmente il mese di agosto).]

<sup>74</sup> [Il prezzo variava a seconda della modalità di ritiro dell'energia stessa: maggiore in caso di ritiri in media tensione rispetto ai ritiri in alta tensione.]

<sup>75</sup> [L'adozione di una struttura di prezzi di fornitura a fasce facilita il confronto tra le offerte del mercato libero e le tariffe sul vincolato. Al riguardo, sono stati acquisiti una serie di fax inviati da ENEL Energia a potenziali clienti idonei in cui si evidenzia come "la proposta [di fornitura formulata, presenta ad] una prima analisi [uno] sconto medio, rispetto alle tariffe a mercato vincolato attese per il 2002, [...] superiore al [omissis]%" (documenti istruttori 313 e 320).]

<sup>76</sup> [ENEL Energia ha dichiarato che "la formulazione di un prezzo differenziato per fascia oraria, in alternativa ad un prezzo unitario medio, consente una più adeguata valorizzazione economica di tutta l'energia venduta in relazione ai quantitativi di elettricità effettivamente ceduti nelle diverse fasce orarie" (documento istruttorio 752, punto 5).]

<sup>77</sup> [Nella risposta alla richiesta di informazioni del 3 ottobre 2002 (documento istruttorio 810), ENEL Energia ha dichiarato di aver applicato ai propri clienti prezzi medi di vendita dell'energia elettrica nazionale pari a: [omissis]euro/MWh ([omissis]L/kWh in F1); [omissis] euro/MWh ([omissis]L/kWh in F2); [omissis]euro/MWh ([omissis]L/kWh in F3); e [omissis]euro/MWh ([omissis]L/kWh in F4). Il prezzo medio di vendita dell'energia elettrica nazionale, sia in media che in alta tensione, si aggira sui [omissis]euro/MWh ([omissis]L/kWh). In taluni contratti stipulati con clienti idonei che non disponevano di strumentazione elettronica per misurare puntualmente i propri consumi, in generale clienti forniti nel mercato vincolato nel corso del 2001, le condizioni economiche sono state stabilite sulla base di un prelievo di consumo tipo, ossia un prelievo che riflette le caratteristiche di consumo del settore

Energia, tale struttura di prezzo avrebbe consentito ai clienti finali di grandi dimensioni, che si rifornivano da ENEL Energia di energia nazionale a completamento degli acquisti di energia in banda dall'importazione o tramite aste CIP6, di beneficiare dei prezzi competitivi dell'energia "privilegiata". Parimenti, i clienti con consumi più variabili, che presentano costi medi di approvvigionamento più elevati, "non [potendo] usufruire di elevati quantitativi di energia estera o di specifiche fonti di approvvigionamento loro riservate", sarebbero stati avvantaggiati dai prezzi offerti di ENEL Energia.

**104.** E' chiaro che il cliente idoneo si sarebbe avvantaggiato della convenienza di prezzo sull'energia nazionale, così come indicato da ENEL Energia, solo nel caso in cui avesse accettato l'offerta integrale da parte di ENEL Energia. Infatti, come visto, lo schema *standard* di contratto prevedeva nel caso di forniture parziali, l'applicazione di prezzi unitari di fornitura sull'energia elettrica maggiorati.

**105.** Dalla documentazione acquisita agli atti, si desume come ENEL Energia abbia parametrato i prezzi di vendita dell'energia elettrica per il 2002 ad "un costo medio di sourcing pressoché analogo al CIP6"<sup>78</sup>. La conseguenza di ciò è che un eventuale aumento dell'onerosità dell'asta CIP6 o degli approvvigionamenti di energia elettrica nazionale avrebbe potuto riflettersi in un peggioramento delle condizioni di prezzo offerte dalla società ai propri clienti idonei rispetto alle tariffe del mercato vincolato<sup>79</sup>.

**106.** In una lettera inviata da ENEL Energia ai propri clienti idonei la società spiega che "le maggiorazioni di prezzo – come desumibile anche dalla loro progressività in relazione al decrescere della quota di energia fornita direttamente da ENEL Trade – non hanno in nessun caso natura di penale; esse infatti compensano esclusivamente, predeterminandoli i maggiori costi che l'approvvigionamento di energia di produzione nazionale residua (cosiddetta energia di modulazione) obiettivamente comporta per l'originario unico fornitore in relazione alla nuova e differente variabilità ed imprevedibilità del profili di prelievo rispetto al sopravvenire di una fornitura in banda" (punto d) "Energia di importazione" delle lettere inviate)<sup>80</sup>. Sulla base della spiegazione fornita da ENEL Energia ai propri clienti idonei, le maggiorazioni di prezzo previste nello schema di contratto standard avevano la funzione di compensare gli eventuali maggiori costi di approvvigionamento dell'energia elettrica nazionale (di modulazione) in ragione di acquisti da altre fonti di energia elettrica estera di base da parte del cliente.

Le clausole contrattuali: l'articolo 6 del contratto standard<sup>81</sup>

---

*merceologico di appartenenza di quei clienti idonei. Il contratto prevede altresì l'ipotesi di rinegoziare le condizioni economiche di fornitura qualora l'incidenza del consumo per fascia si discosti del [omissis]% circa rispetto a quello pattuito (documento istruttorio 553, allegato 4). ]*

<sup>78</sup> *[ENEL Energia ha previsto all'art. 4, comma 2, lettera B, del contratto standard, la variazione dei corrispettivi dell'energia elettrica fornita nel caso in cui i prezzi di base d'asta CIP6 vengano modificati ovvero qualora l'onere d'asta CIP6 sostenuto da ENEL Energia risulti superiore ad un dato ammontare. Con le lettere inviate ai clienti idonei, nel febbraio/marzo 2002, aventi ad oggetto "Contratto di fornitura di energia elettrica per l'anno 2002 - Effetti dei provvedimenti per la disciplina del mercato libero", ENEL Energia informa i propri clienti dell'incremento dei corrispettivi pattuiti a fronte dei maggiori oneri d'asta sostenuti dalla società (cfr. documenti istruttori 71, da 179 a 186, 192, 197, 199, 200, 202, 204, da 222 a 229, da 231 a 254, da 256 a 259, 263, 335).]*

<sup>79</sup> *[In merito a quest'ultimo punto, in una e-mail interna, datata 6 marzo 2002, il Responsabile dell'Area commerciale NAM (National Account Manager è l'area commerciale con sede a Roma, destinata alla commercializzazione di energia elettrica a clienti idonei di grandi dimensioni su tutto il territorio nazionale) informa gli altri dirigenti commerciali locali di ENEL Energia della decisione del vertice di "sospendere le vendite ulteriori 2002 in quanto il prezzo di vendita, per quanto possa essere elevato, non copre il prezzo di acquisto. Infatti, ancorché il contratto con [ENEL] Produzione ancora non sia stato definito, è ormai accertato che il ns prezzo marginale di acquisto è pari al PGn" (documento istruttorio 153). Nella realtà, ENEL Energia ha continuato a sottoscrivere contratti di fornitura di energia elettrica anche successivamente alla data di tale e-mail. Nel fascicolo istruttorio vi sono evidenze di contratti di fornitura sottoscritti anche nell'ultimo semestre del 2002 (documenti istruttori 690, all.1 e 700, all.7). Si veda, anche, una lettera indirizzata a ENEL Energia dalla società [omissis] in cui quest'ultima osserva che le previsioni indicate da ENEL Energia di incremento, nel 2002, delle tariffe per le forniture vincolate rispetto alle quotazioni del 2001 e di risparmio sui costi di trasporto per i clienti idonei non si sono avverate e ciò ha comportato che, "[a parità d]i prelievi effettuati nel 2001, il nuovo quadro tariffario delle forniture vincolate mette in evidenza un costo, rispetto ad un'analogo fornitura a mercato libero, inferiore di "una lira" per ogni kWh" con un aggravio della condizioni economiche sopportate dalla società scrivente (documento istruttorio 300).]*

<sup>80</sup> *[Cfr. documenti istruttori già citati 71, da 179 a 186, 192, 197, 199, 200, 202, 204, da 222 a 229, da 231 a 254, da 256 a 259, 263, 335.]*

<sup>81</sup> *[Vi sono evidenze documentali agli atti da cui emerge che ENEL Energia aveva cominciato a predisporre sin dal mese di giugno del 2001 schemi contrattuali per la regolazione delle forniture di energia elettrica per il 2002, in particolare con clienti idonei appartenenti a consorzi di imprese (documenti istruttori 77 e 78).]*

**107.** Il contratto *standard* di fornitura per l'anno 2002 è caratterizzato da una serie di divieti e di “*facoltà*” indicate al cliente idoneo per disciplinare l'approvvigionamento di energia. Come si vedrà in seguito, la concreta applicazione delle previsioni contrattuali ha assunto carattere discrezionale a seconda della tipologia di cliente servito<sup>82</sup>.

**108.** In particolare, il contratto di fornitura *standard* prevede i seguenti diritti di esclusiva:

– l'articolo 6.1, lettera A, impone ai clienti idonei un'esclusiva di acquisto da ENEL Energia dell'energia elettrica di origine estera, sottesa alla capacità di importazione assegnata al cliente dal GRTN (energia elettrica non interrompibile); in alternativa, l'articolo 6.1, lettera B, impone ai clienti idonei la cessione a titolo gratuito, a favore di ENEL Energia, della capacità di interconnessione assegnata dal GRTN, e la fornitura in esclusiva dell'energia elettrica prelevata fino a concorrenza dell'energia elettrica sottesa alla suddetta capacità<sup>83</sup>;

– l'articolo 6.2, lettera C, impone ai clienti idonei, da un lato, l'obbligo di astensione dalla partecipazione alle aste per l'energia CIP6 non interrompibile e, dall'altro, il divieto di acquistare quote di energia elettrica nazionale da altri fornitori.

**109.** In questi ultimi casi (articolo 6.2.C), più che di una vera e propria clausola di esclusiva si tratta di una esclusiva di fatto, derivante dall'imposizione dell'esplicito divieto di partecipare alle aste di allocazione dell'energia elettrica CIP6 non interrompibile o di acquistare quote di energia a copertura del proprio fabbisogno da operatori terzi.

**110.** ENEL Energia stabilisce, agli articoli 6.1, lettera D, e 6.2, lettere A e B, in maniera residuale, le possibilità di deroga al diritto di esclusiva di cui sopra.

**111.** L'articolo 6.1.D dispone una “*facoltà*” accordata al cliente idoneo di ricorrere ad acquisti di energia elettrica di importazione, a completamento delle bande di capacità assegnate dal GRTN, da operatori diversi da ENEL Energia “*Qualora ENEL non fosse in grado, per qualsivoglia motivo, di fornire franco confine l'energia sottesa alla capacità di interconnessione assegnata al Cliente*”. In tal caso, tuttavia, ENEL Energia avrebbe applicato maggiorazioni di prezzo sull'energia elettrica residuale fornita dalla società, così come definite all'articolo 6.2.A.

**112.** L'articolo 6.2.A disciplina le condizioni economiche che derivano dall'esercizio della “*facoltà*” accordata al cliente idoneo di “*acquistare da altro fornitore bande di capacità di interconnessione complete di energia, con esclusione del caso in cui ricorra l'ipotesi di cui al precedente punto 6.1.A*”. La suddetta “*facoltà*” è subordinata, da un lato, alla necessità che il cliente idoneo comprovi l'indubbia provenienza estera dell'energia elettrica e, dall'altro, alla corresponsione di maggiorazioni di prezzo sull'energia elettrica residuale fornita da ENEL Energia. ENEL Energia circoscrive l'applicazione di detta clausola agli acquisti di energia elettrica estera dai cosiddetti “*canali privilegiati*”<sup>84</sup>, o ai casi in cui ricorre l'ipotesi di cui all'articolo 6.1.D.

**113.** Le medesime maggiorazioni di prezzo, in aggiunta alle ipotesi di cui agli articoli 6.1.D e 6.2.A, sono anche applicate in caso di acquisti di energia elettrica con caratteristiche di *interrompibilità*: articolo 6.1.B (sia estera che CIP6).

---

<sup>82</sup> [Nel corso dell'attività ispettiva sono stati rivenuti due contratti di fornitura di energia elettrica sottoscritti tra ENEL Energia e due clienti idonei (documenti istruttori 177 e 325). Il contratto stipulato con [omissis], valido dal 1 maggio 2001 al 30 aprile 2002, rinnovabile, prevedeva all'art. 8 “*Condizioni particolari valide dal 1 gennaio 2001*”, in base alle quali “*Qualora il cliente consegua comprovata disponibilità di energia di importazione e/o acquisisca direttamente una parte della sola capacità di energia di produzione nazionale [CIP6] a partire dal 1.1.2001 o da data successiva, in quantità tali da non soddisfare interamente il suo fabbisogno, ENEL si impegna a fornire l'energia necessaria a coprire il fabbisogno residuo [...] i corrispettivi unitari di energia per singolo cliente, da applicare a tutta l'energia fornita, verranno maggiorati [su ogni fascia di [omissis]]L/kWh, a fronte di diminuzioni oltre il 60% della fornitura assicurata da ENEL*”. Il contratto con [omissis], valido dal 1 luglio 2001 al 30 giugno 2002, disciplinava all'art.8 le “*Condizioni particolari valide dal 1 Gennaio 2002*” disponendo che “*qualora il Cliente consegua comprovate disponibilità di energia di importazione, a partire dal 1.1.2002 o da data successiva, in quantità tali da non soddisfare interamente il suo fabbisogno, ENEL si impegna a fornire al Cliente stesso l'energia necessaria a coprire il fabbisogno residuo. [Con riferimento all'energia elettrica residualmente fornita da ENEL] in conseguenza della diminuzione dei quantitativi di energia forniti da ENEL su base annua rispetto a quello complessivo [stabilito tra le parti,] i corrispettivi [così come definiti da contratto] da applicare a tutta l'energia fornita, verranno maggiorati su ogni fascia*”. Le maggiorazioni previste erano le meno stringenti di quelle riportate nel contratto *standard* sia in termini di entità sia di scaglioni di consumi a cui si riferivano. Dalla documentazione successivamente inviata da ENEL Energia è stato verificato che, [omissis] ha proceduto alla sottoscrizione di una nuova proposta commerciale per l'anno 2002, che presenta le stesse clausole contrattuali dello schema di contratto *standard*.]

<sup>83</sup> [Tale disposizione contrattuale non ha trovato concreta applicazione in quanto l'AEEG ha introdotto nelle regole di allocazione della capacità di interconnessione per il 2002 il divieto di cessione diretta tra gli operatori delle bande di capacità. A differenza di quanto accaduto nel 2001, in cui ENEL Energia aveva acquistato a titolo oneroso bande di interconnessione assegnate direttamente ai clienti idonei finali, con questa previsione ENEL Energia si sarebbe garantita il diritto di transito sulle bande di capacità gratuitamente (ad esempio documenti istruttori 303 e 304).]

<sup>84</sup> [Si tratta, come già specificato, delle quote di capacità di interconnessione messe a diretta disposizione dei clienti idonei dai gestori delle reti di interconnessione confinanti e non soggette alla regolamentazione dell'AEEG.]

**114.** Con riguardo all'applicazione di maggiorazioni di prezzo, si osserva in primo luogo che all'articolo 4 ("Fornitura di energia elettrica e potenza") del contratto *standard* di fornitura di energia elettrica per l'anno 2002, ENEL Energia si riserva la possibilità di rinegoziare le condizioni tecnico economiche della fornitura qualora il cliente idoneo prelevi energia elettrica in misura diversa (minore o maggiore) da quella programmata in sede di sottoscrizione del contratto, indipendentemente dalle cause che hanno generato la variazione dei consumi. In particolare, le ipotesi di revisione riguardano i casi in cui: *i*) l'ammontare di energia elettrica effettivamente prelevata dal cliente idoneo, nel corso di almeno due mesi consecutivi, si discosti di una percentuale superiore al 20%<sup>85</sup> da quella programmata in sede di sottoscrizione del contratto; e *ii*) il cliente idoneo prelevi, in un solo mese e per una sola fascia di consumo, meno del 60% di quanto pattuito.

**115.** Come accennato nel paragrafo precedente, le maggiorazioni di prezzo venivano applicate, secondo il disposto dell'articolo 6 del contratto *standard*, nel caso in cui il cliente idoneo avesse prelevato energia elettrica da ENEL Energia in misura minore rispetto al fabbisogno totale programmato, in conseguenza dell'acquisto di una quota di energia elettrica in banda da specifiche fonti alternative: "canali privilegiati" o energia CIP6 *interrompibile*. L'entità delle maggiorazioni di prezzo era crescente al decrescere della percentuale di energia elettrica fornita, ogni mese, da ENEL Energia<sup>86</sup> a completamento del fabbisogno totale del cliente idoneo. Le maggiorazioni di prezzo erano applicate su tutta la quota di energia residua garantita da ENEL Energia<sup>87</sup>, ed avevano l'effetto di incrementare il prezzo unitario di acquisto dell'energia elettrica nazionale rifornita da ENEL Energia.

**116.** Nel corso dell'attività ispettiva è stata acquisita una e-mail interna ad ENEL Energia avente ad oggetto "*Limiti convenienza modulazione/estero*" (documento istruttorio 328). Nella tavola allegata alla e-mail, ENEL Energia valuta, per un cliente idoneo *tipo* con un profilo di consumo sostanzialmente piatto (quindi un cliente energivoro di grandi dimensioni), i prezzi dell'energia elettrica di provenienza estera che avrebbero garantito: *i*) di compensare le maggiorazioni di prezzo applicate al diminuire della quota di energia elettrica prelevata da ENEL Energia e *ii*) di ottenere una progressiva riduzione del prezzo medio di fornitura (sconti da 1 a 7 Lire/kWh).

**117.** Nell'esempio, il cliente idoneo *tipo* consuma energia elettrica per 8.760 ore all'anno con un prelievo ripartito tra fasce nella seguente proporzione: 6% in F1, 20% in F2, 15% in F3 e 60% in F4. Il prezzo medio di fornitura determinato nell'ipotesi in cui prelevi il 100% del proprio fabbisogno da ENEL Energia è pari, stante le condizioni economiche simulate dalla società, a [omissis] Lire/kWh ([omissis]euro/MWh). Al decrescere dei quantitativi di energia elettrica forniti da ENEL Energia, il prezzo medio della fornitura aumenta (il prezzo medio aumenta del 3% quando l'incidenza della fornitura di ENEL Energia passa dal 100% al 30%; cfr. tavola 5).

**Tavola 5: Prezzo medio di fornitura dell'energia elettrica al decrescere della quota garantita da ENEL Energia**

Incidenza fornitura di ENEL Energia	100%	90%	80%	70%	60%	50%	40%	30%
Prezzo (Lire/kWh)	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]
Prezzo (euro/MWh)	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]

<sup>85</sup> [In alcuni casi è stato pattuito una percentuale del 30% (cfr. uno per tutti documento istruttorio 553).]

<sup>86</sup> [L'entità della maggiorazioni non cresce in maniera lineare.]

<sup>87</sup> [Nel caso, tuttavia, il cliente idoneo si rifornisca congiuntamente di energia elettrica dall'estero e tramite aste CIP 6 le maggiorazioni di prezzo non si cumulano, ma sono calcolate in maniera separata. Nel documento istruttorio 149, si esemplifica la situazione in cui il cliente idoneo abbia previsto di approvvigionarsi per il 50% del proprio fabbisogno totale mensile di energia elettrica, con caratteristiche di interrompibilità, tramite aste CIP/6 e di un ulteriore 9% di energia elettrica di provenienza estera da altro fornitore. Nel mese di riferimento, ENEL Energia dovrebbe quindi coprire il 41% del fabbisogno totale di energia elettrica prelevata dal cliente (100%-50%-9%). Le maggiorazioni di prezzo da applicare sull'energia elettrica residualmente fornita da ENEL Energia saranno determinate sulla base dell'articolo 6.2.A come segue: *i*) una maggiorazione di [omissis]euro/MWh relativa agli acquisti di energia elettrica CIP 6 (corrispondente ad una percentuale di fornitura garantita da ENEL Energia maggiore del 30% e fino al 50%) e *ii*) una maggiorazione di 0,78 euro/MWh relativa agli acquisti di energia elettrica estera (corrispondente ad una percentuale di fornitura garantita da ENEL Energia maggiore del 90%). Complessivamente, quindi, il cliente idoneo vedrà incrementati i prezzi della fornitura, per fascia oraria, di [omissis]euro/MWh da corrispondere su tutta l'energia elettrica residua fornita da ENEL Energia. In una lettera di ENEL Energia al consorzio API Energia, del 24 dicembre 2001, ad integrazione della corrispondenza intercorsa tra le parti in sede di rinnovo del contratto di fornitura di energia elettrica, la società chiarisce le modalità di applicazione delle maggiorazioni di prezzo: "Confermiamo che le maggiorazioni previste all'art.6.2 si applicano, ogni mese, in funzione dell'incidenza percentuale dell'energia complessivamente fornita da ENEL rispetto al totale dell'energia effettivamente prelevata con riferimento al singolo sito interessato" (documento istruttorio 283).]

Fonte: elaborazione interna su dati ENEL Energia (documento istruttorio 328)

**118.** Dalla tavola elaborata da ENEL Energia (tavola 6) emerge chiaramente come il cliente idoneo *tipo* abbia un reale vantaggio di costo nell'acquisto di energia elettrica in co-fornitura, stante le maggiorazioni di prezzo previste, solo quando l'approvvigionamento da terzi è rilevante rispetto al proprio fabbisogno. Per acquisti da terzi relativamente bassi (10% o 20% del fabbisogno) il prezzo dell'energia elettrica estera, necessario a garantire risparmi di costo sufficientemente importanti (6–7 Lire/kWh), deve essere particolarmente competitivo (23,4 Lire/kWh–63,9 Lire/kWh). In ogni caso, al diminuire degli acquisti da ENEL Energia, il vantaggio in termini di riduzione del prezzo medio della fornitura appare modesto, pari all'1% circa.

**Tavola 6: Documento ENEL Energia su “Limiti convenienza modulazione/estero” (prezzi in lire kWh)**

Prezzi modulazioni e (L/kWh)	Maggiorazioni (L/kWh)	Energia ENEL Trade (%)	Prezzo a cui acquisire energia estera per compensare le maggiorazioni, in ragione della riduzione attesa della fornitura							
[omissis]	[omissis]	90%	93,4	83,4	73,4	63,4	53,4	43,4	33,4	23,4
[omissis]	[omissis]	80%	98,9	93,9	88,9	83,9	78,9	73,9	68,9	63,9
[omissis]	[omissis]	70%	101,1	97,7	94,4	91,1	87,7	84,4	81,1	77,7
[omissis]	[omissis]	60%	102,4	99,9	97,4	94,9	92,4	89,9	87,4	84,9
[omissis]	[omissis]	50%	102,9	100,9	98,9	96,9	94,9	92,9	90,9	88,9
	[omissis]	40%	102,9	101,2	99,6	97,9	96,2	94,6	92,9	91,2
	[omissis]	30%	103,0	101,6	100,2	98,8	97,3	95,9	94,5	93,0
Riduzione attesa rispetto al prezzo base tutto modulazione (L/kWh)			=	-1	-2	-3	-4	-5	-6	-7
Nuovo prezzo medio fornitura atteso (L/kWh)			[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]

Fonte: documento istruttorio 328

Le clausole contrattuali: la “clausola di prelazione” (articolo 11)

**119.** Il *contratto standard* prevede all'articolo 11, lettera A, che il cliente idoneo contrattualizzato in Italia, ed appartenente ad un gruppo societario con sede anche in altri paesi europei, si impegni “qualora [una o più società del gruppo] intenda [...] stipulare o rinnovare, in relazione a siti ubicati in Francia, Germania, Spagna, Gran Bretagna, Austria, Belgio, Olanda e Svizzera, contratti di fornitura di energia elettrica, a chiedere tempestivamente anche a ENEL una proposta contrattuale comunicando ad ENEL stessa le condizioni tecnico economiche e contrattuali ritenute rilevanti (struttura di prezzo, profili di carico, scadenza dell'offerta, eventuali altre condizioni e termini contrattuali decisivi per la scelta del fornitore), al fine di consentire ad ENEL stessa di formulare una proposta”.

A parità di offerta eventualmente ricevuta ENEL Energia sarà preferita (lettera B).

Inoltre, la clausola stabilisce, alla lettera C, che il cliente idoneo dovrà preferire ENEL Energia nell'ipotesi voglia intraprendere “operazioni inerenti acquisti e vendite di energia diverse dalla eventuale stipula dei contratti di cui sopra”.

ii) L'esito dell'attività di contrattazione per l'anno 2002 e le previsioni in deroga rispetto alle clausole del contratto standard

**120.** Nel corso del 2002, ENEL Energia ha sottoscritto contratti di fornitura di energia elettrica con più di 450 clienti idonei (per un totale di più di 5.000 siti produttivi)<sup>88</sup>, appartenenti alla categoria di clienti idonei finali (anche

<sup>88</sup> [L'insieme dei clienti contrattualizzati da ENEL Energia presenta un profilo di consumo sostanzialmente piatto: il consumatore medio, infatti, impiega il 47% di energia elettrica nelle ore piene mentre il restante 53% nelle ore vuote. In particolare, il cliente medio di ENEL Energia consuma l'8% dei consumi complessivi nella fascia F1; il 25% in F2; il 14% in F3 e il 53% in F4. L'incidenza dei consumi per fascia cambia sensibilmente tra le diverse categorie di clienti idonei. Il consumatore medio di EDISON



sottoforma di gruppi societari, multisiti nazionali o imprese societarie), consorzi di imprese e grossisti. La società gode di un vantaggio dimensionale rispetto ai propri concorrenti; il suo “parco clienti” è, infatti, quasi due volte superiore a quello di EDISON, diretto concorrente a valle<sup>89</sup>. Complessivamente le vendite di ENEL Energia sono ammontate, nel 2002, a circa 30,3 TWh.

**121.** Tra i clienti contrattualizzati da ENEL Energia, la quasi totalità (più di 420, per un totale di più di 5.000 siti) ha sottoscritto un contratto di fornitura entro la fine del 2001 sulla base dello schema di contratto *standard* oggetto del presente procedimento. Una parte limitata dei clienti idonei contrattualizzati (meno di 40 in numero per meno di 200 siti) ha stipulato, invece, un contratto di fornitura nel corso dell’anno 2002, secondo uno schema che non presenta le clausole oggetto del presente procedimento istruttorio<sup>90</sup> e quindi non è oggetto di valutazione.

**122.** Nel prosieguo si porterà attenzione, quindi, esclusivamente ai contratti di fornitura sottoscritti prima del 2002, in quanto solo questi schemi contrattuali presentano le clausole oggetto di contestazione. L’insieme dei [omissis] clienti contrattualizzati in base allo schema *standard* ha consumato circa 44 TWh di energia elettrica nel 2002, di cui 29,9 forniti da ENEL Energia. Pertanto, complessivamente i clienti contrattualizzati hanno acquistato da ENEL Energia il 70% circa del loro fabbisogno e da fonti alternative il 30%. Dalla composizione del parco clienti servito (tavola 7) si evince che ENEL Energia si sia posta come interlocutore preferenziale del gruppo ENEL nella vendita di energia elettrica a tutte le categorie di clienti idonei, tra cui anche operatori grossisti e altri intermediari diretti concorrenti della stessa società a valle. Inoltre, come si evince dalla tavola seguente, l’incidenza delle vendite di ENEL Energia sul fabbisogno totale del cliente varia in relazione alla tipologia di cliente idoneo servito. Ciò conferma come i clienti idonei finali, tra cui anche i gruppi societari, siano proprio i principali beneficiari dell’accesso diretto alle fonti di approvvigionamento loro dedicate (CIP6 ed estero).

**Tavola 7: Clienti idonei di ENEL Energia contrattualizzati a fine 2001 e volumi forniti nel 2002 (TWh)**

	% in termini di numero clienti	% in termini di volumi venduti da ENEL	Incidenza vendite ENEL su consumi totali per categoria
CLIENTI IDONEI FINALI <sup>(1)</sup>	70%	66%	60%
CONSORZIO	28%	30%	88%
GROSSISTI	2%	4%	61%
<b>TOTALE (in cifra e volume)</b>	<b>Più di 420</b>	<b>29,89 TWh</b>	<b>43,99 TWh</b>

<sup>(1)</sup> Anche nella forma di gruppi societari, multisiti e imprese societarie.

Fonte: elaborazione interna su dati ENEL Energia

**123.** Alcuni clienti idonei hanno potuto beneficiare, sin dalla stipula del contratto di fornitura, di modifiche alle disposizioni contrattuali, in particolare, con riguardo all’articolo 6 del contratto *standard*, essi hanno potuto sottoscrivere contratti in cui era previsto:

– un diritto di esclusiva a favore di ENEL Energia solo su una quota della fornitura di energia elettrica a completamento della capacità di interconnessione assegnata dal GRTN (articolo 6, comma 1, lettera A). In questo caso rientrano le importazioni di energia elettrica estera effettuate tramite le società di intermediazione SUNWORK, CROSS e TGE<sup>91</sup> o

*consuma invece il 51% di energia elettrica nelle ore piene ed il 49% nelle ore vuote. Un cliente idoneo “energivoro” consuma in media il 41% del proprio fabbisogno nelle ore piene ed il restante 59% nelle ore vuote.]*

<sup>89</sup> [EDISON stimava, a metà 2002, di contrattualizzare a fine 2002 circa [omissis] siti produttivi. La maggior parte dei clienti di EDISON sono rappresentati da consorzi con composizione dei siti variabile da [omissis] unità, in base alla loro dimensione, i cui consumi sono poco costanti e meno prevedibili. In media, la potenza dei clienti di EDISON oscilla tra [omissis] MW e [omissis] MW e si concentra nella fasce orarie di punta [omissis] e [omissis] (documento istruttorio 636).]

<sup>90</sup> [Trattasi ad esempio di clienti idonei finali i cui contratti di fornitura venivano a scadenza in corso d’anno o altre vendite effettuate da ENEL Energia spot a grossisti o consorzi di impresa.]

<sup>91</sup> [Cfr. documenti istruttori 105 e 206 da cui si rinvengono esempi della previsione di una esclusiva parziale sull’energia elettrica estera (del 30% o del 70%). Per la quota eccedente il cliente idoneo avrebbe avuto la facoltà di rifornirsi da un altro operatore; in questo caso, ENEL Energia si riservava un diritto di prelazione a parità di offerta (last call), sulla restante quota di fornitura pari al

gli acquisti di energia elettrica da parte di clienti energivori di grandi dimensioni o altri grossisti legati ad ENEL Energia.

– la completa eliminazione delle maggiorazioni di prezzo o una loro articolazione meno penalizzante. Rientrano tra i casi di disapplicazione totale delle maggiorazioni le cessioni di energia tramite le società di intermediazione SUNWORK, CROSS e TGE. L'applicazione di maggiorazioni di prezzo meno stringenti ha riguardato, ad esempio, clienti idonei *interrompibili*<sup>92</sup>.

**124.** ENEL Energia non ha, invece, modificato in nessun caso la disposizione contrattuale che prevedeva il divieto per il cliente idoneo di partecipare alle aste di energia CIP 6 non *interrompibile* (articolo 6.2.B) e di acquisire energia elettrica in Italia da altre fonti (articolo 6.2.C).

**125.** Le deroghe contrattuali all'articolo 6 del contratto *standard* rappresentano, in termini di volumi contrattualizzati da ENEL Energia, circa il 46% delle vendite realizzate da ENEL Energia a fine 2001 (29,9 TWh), ossia circa 14 TWh. In conclusione, ENEL Energia ha sottoscritto contratti di fornitura che contengono le previsioni contestate con clienti idonei che rappresentano in volume circa 16 TWh (tavola 8).

*Tavola 8: Clienti idonei di ENEL Energia contrattualizzati a fine 2001 e volumi forniti nel 2002 (TWh)*

	Incidenza dei volumi contrattualizzati da ENEL senza modiche	Incidenza dei volumi contrattualizzati da ENEL con modiche all'articolo 6
CLIENTI FINALI	20%	19%
GRUPPO	15%	11%
CONSORZIO	18%	12%
GROSSISTI	1%	3%
TOTALE	54%	46%
TOTALE (in volume)	16,19 TWh	13,70 TWh

Fonte: elaborazione interna su dati ENEL Energia

**126.** ENEL Energia ha, tra l'altro, accordato la cancellazione dell'articolo 11 del contratto *standard*. Per molti clienti idonei, la soppressione dell'articolo 11 rispondeva alla circostanza che essi non disponevano in generale di filiali all'estero (per esempio nel caso di consorzi di imprese), o che non avrebbero comunque potuto influenzare le scelte di approvvigionamento di società controllanti o controllate. L'eliminazione dell'articolo 11 è avvenuta, per alcuni clienti idonei, nell'ambito di una revisione complessiva delle clausole contrattuali; per altri (la maggioranza) essa è stata l'unica modifica contrattuale apportata allo schema *standard*.

*iii) I bonus di fine d'anno*

**127.** Nel mese di ottobre 2001, ossia in coincidenza con la fase di avvio delle contrattazioni per il rinnovo o la sottoscrizione dei contratti di fornitura di energia elettrica per l'anno 2002, ENEL Energia ha predisposto uno schema di lettera avente ad oggetto il "*Riconoscimento e [l'] erogazione del bonus inerente i consumi di energia elettrica dell'anno 2001*". Nella lettera è spiegato che il *bonus* consiste in uno "*speciale sconto*" corrisposto ad integrazione delle condizioni economiche previste nel contratto di fornitura sottoscritto nel 2001 e determinato da ENEL Energia in funzione dei quantitativi di energia elettrica effettivamente consumati dal cliente idoneo, nel corso dell'anno, rispetto al

---

70%/30%. In ogni caso, qualora il cliente idoneo avesse preferito riformarsi da un altro soggetto, si sarebbe visto applicare le maggiorazioni di prezzo di cui all'art. 6.2 del contratto *standard*. ]

<sup>92</sup> [ENEL Energia applicava ai clienti idonei *interrompibili* una maggiorazione di prezzo unitaria (pari a [omissis]euro/MWh) sull'energia elettrica residua solo nel caso in cui, a seguito dell'acquisizione diretta da parte del cliente di energia estera o CIP6 *interrompibile*, l'ammontare di energia elettrica che il cliente ritirava da ENEL Energia fosse scesa al di sotto di una soglia minima pari al 60% del fabbisogno totale mensile. La maggiorazione in questo caso era unica e non differenziata in relazione all'incidenza della quota di fornitura garantita ad ENEL Energia, come invece era previsto nel contratto *standard*. Questa previsione è formulata come una sorta di impegno *take or pay*. (per esempio, documento istruttorio 115). Esempi di diversa formulazione delle maggiorazioni di prezzo garantiscono al cliente idonei la possibilità di ritirare energia elettrica da terzi per quote maggiori senza incorrere in stringenti penalizzazioni di prezzo (cfr. documenti istruttori 20, 332, 553 e 669).]

“contratto in oggetto ed all’andamento dei relativi prelievi” (documenti istruttori 154 e 327, si vedano inoltre 189, da 210 a 213, 217, 218, 264, da 267 a 269, 274, da 277 a 282, 284, da 287 a 297).

**128.** Tuttavia, una e-mail interna ad ENEL Energia, che accompagna lo schema di lettera descritto sopra, chiarisce l’ambito di applicazione del *bonus*. Questo dovrà essere corrisposto esclusivamente a quei clienti idonei che “rinnovano il contratto di fornitura di energia elettrica per l’anno 2002” (documenti istruttori 154 e 327).

**129.** Ad esempio, nella lettera indirizzata ad un cliente idoneo, avente ad oggetto “offerta di energia elettrica a mercato libero per l’anno 2002”, ENEL Energia conferma alla società che “con la sottoscrizione del contratto, Vi sarà applicato un premio pari a [omissis] euro e contestualmente non Vi saranno addebitati i costi relativi ai superi di trasporto per i mesi di Ottobre, Novembre, Dicembre ‘01” (documento istruttorio 273). Dello stesso tenore è la lettera inviata da ENEL Energia ad un altro cliente idoneo, in cui si legge “In relazione alla positiva conclusione dell’accordo per l’anno 2002 [...] riconosceremo sui corrispettivi delle forniture dell’energia nei mesi di ottobre, novembre e dicembre [2001] una riduzione di [omissis] L/kWh ed una ulteriore riduzione sui corrispettivi di perdite di trasporto di [...]” (documento istruttorio 271).

iv) Sulle co-forniture

**130.** Come detto nel paragrafo precedente (§ II.2.ii), una parte dei clienti idonei di ENEL Energia ha potuto acquisire energia elettrica da altre fonti, a seguito di modifiche alle clausole dell’articolo 6 del contratto *standard*, introdotte in sede negoziale. Più in dettaglio, nella tavola che segue (tavola 9) sono rappresentate le vendite di energia elettrica realizzate da ENEL Energia, a fine 2002, distinte in relazione all’incidenza della fornitura della società sul fabbisogno totale dei clienti contrattualizzati. Nel 2002, ENEL Energia ha realizzato oltre il 50% delle vendite a clienti idonei che si rifornivano dalla società per il 98%–100% del loro fabbisogno complessivo; la percentuale sale ad oltre il 60% se si considerano le vendite realizzate da ENEL Energia a clienti idonei che hanno ricorso alla società per più del 97% del loro fabbisogno nello stesso periodo.

**Tavola 9: Vendite ENEL Energia (anno 2002)**

Incidenza della fornitura di ENEL Energia sul fabbisogno totale dei clienti	Volumi venduti da ENEL (TWh)	% su vendite di ENEL
Fornitura ENEL del 100%	5,1	17%
Fornitura ENEL tra 99,5%–100%	3,8	13%
Fornitura ENEL tra 99%–99,5%	6,6	22%
Fornitura ENEL tra 98%–99%	2,7	9%
Fornitura ENEL tra 97%–98%	0,4	1%
Fornitura ENEL tra 90%–97%	1,4	5%
Fornitura ENEL tra 80%–90%	2,3	8%
Fornitura ENEL tra 70%–80%	3,3	11%
Fornitura ENEL tra 50%–70%	1,5	5%
Fornitura ENEL inferiore al 50%	2,7	9%
<b>TOTALE</b>	<b>29,9</b>	<b>100%</b>

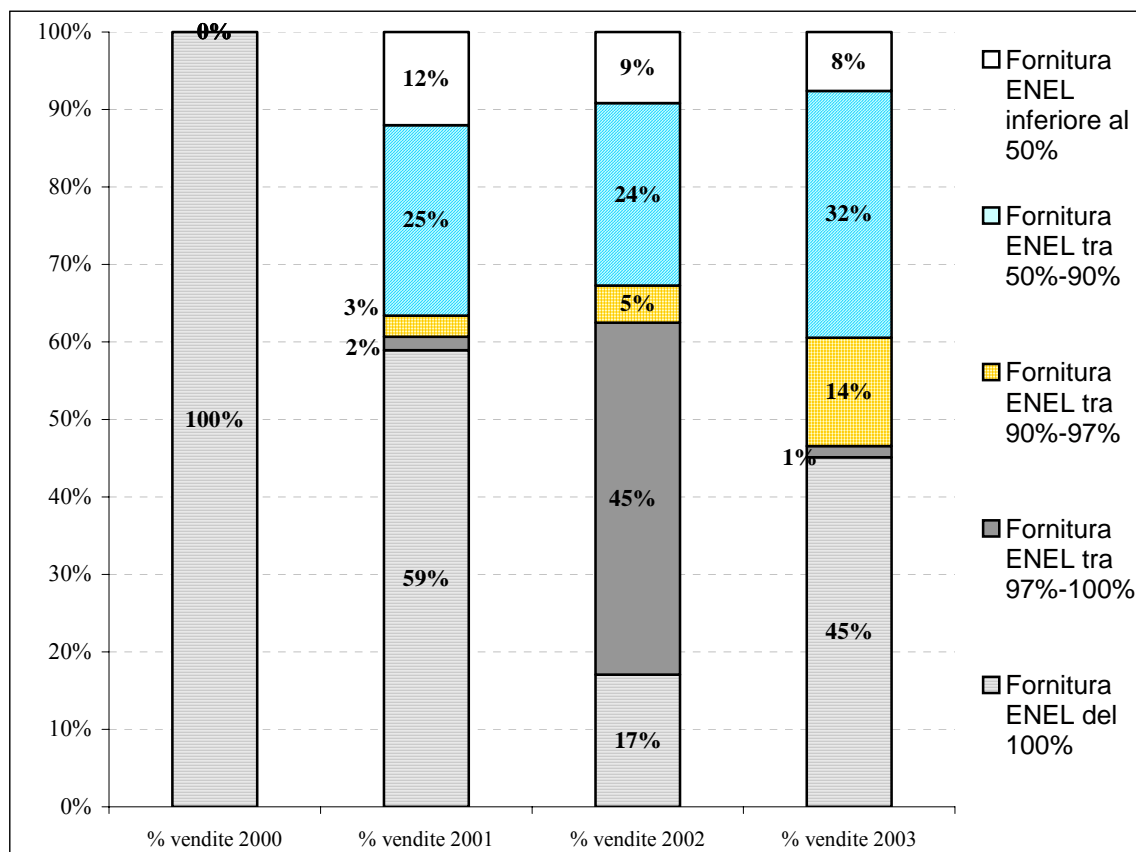
Fonte: elaborazioni dati ENEL Energia (documenti istruttori 553 e 1292)

**131.** Prelievi di energia da parte dei clienti per percentuali marginali rispetto al fabbisogno degli stessi clienti, soddisfatto principalmente da ENEL Energia (come nella tavola sopra, nel caso di quote inferiori al 2%), più che vere e proprie co-forniture, caratterizzate da stabilità e continuità, sembrano rispondere ad esigenze di bilanciamento degli squilibri tra immissioni e prelievi o tra programmi di ritiro, effettuati in sede contrattuale, ed i ritiri che sono stati realizzati effettivamente a consuntivo.

**132.** Di seguito sono rappresentate, sulla base dei dati agli atti, le vendite di ENEL Energia tra il 2000 e il 2003 distinte per incidenza della fornitura della società sul fabbisogno totale dei clienti contrattualizzati (Figura 1). I dati del 2003 si riferiscono a proiezioni di vendite da parte della sola ENEL Energia a clienti idonei con consumi inferiori a 100 GWh/a;

sono escluse dall'analisi le vendite a clienti idonei con consumi superiori a 100 GWh/a realizzate dalla consociata ENEL Trade, attiva nel mercato rilevante dal 1° gennaio 2003, in quanto non si hanno, agli atti, dati di dettaglio circa l'incidenza della fornitura di ENEL Trade sul consumo del cliente. Sul punto si osserva, tuttavia, che ENEL Trade vende energia elettrica a grandi clienti idonei o grossisti, i quali, per definizione, dispongono di maggiori opportunità di approvvigionamento in co-fornitura, stanti, tra l'altro, le disposizioni legislative e regolatorie che garantiscono loro un accesso prioritario all'energia estera e CIP6 con caratteristiche di *interrompibilità*.

**Figura 1: Confronto delle vendite di ENEL Energia nel triennio 2000–2003 per incidenza**



Fonte:

elaborazione interna su dati ENEL Energia (documento istruttorio 1292)

**133.** Un'analisi circa le modalità di vendita di ENEL Energia nel triennio 2000–2003 non può prescindere da un'attenta considerazione degli effetti delle disposizioni regolamentari, introdotte progressivamente nel triennio in esame, sulla capacità dei clienti idonei di disporre di fonti di approvvigionamento e sulla politica commerciale di ENEL Energia. In particolare, come detto, all'inizio del 2001 sono state esperite, per la prima volta, aste per l'allocatione dell'energia CIP6 e, in via sperimentale, dalla fine del 2001 sono stati disposti accessi dedicati all'energia estera. Nel 2002, sono state introdotte nuove regole di bilanciamento e scambio che hanno agevolato il ricorso *ex post* all'energia nazionale. ENEL opera nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei, dal 2003, attraverso diverse controllate.

**134.** Ciò detto, è interessante notare come l'incidenza delle vendite di ENEL Energia a clienti idonei che si riforniscono di energia dalla società per una quota compresa tra il 50–97% del loro fabbisogno sia passata dal 28% nel 2001 al 46% del 2003. Inoltre, in termini di volumi di energia venduti, dai dati agli atti del fascicolo istruttorio e dalla tavola 9, risulta che, nel 2002, le vendite integrali (a copertura del 100% del fabbisogno) sono state di 5,1 TWh contro i 4,7 TWh stimati da ENEL Energia per il 2003.

**135.** D'altronde, dalla tavola seguente (tavola 10), in cui è riportata la composizione del portafoglio clienti di ENEL Energia, si evince come, nel 2002, la quota di energia elettrica venduta a clienti idonei interrompibili e a grossisti sia aumentata rispetto agli anni precedenti. Si rammenta che i dati relativi al 2003 riportati in questa tavola sono esclusivamente riferiti alle vendite di ENEL Energia al netto delle vendite realizzate nello stesso periodo dalla consociata ENEL Trade, che opera nel mercato rilevante rifornendo clienti idonei di grandi dimensioni (tra cui gli interrompibili) e grossisti.

**Tavola 10: Composizione del portafoglio clienti di ENEL Energia su vendite totali della società (anni 2000–2003)**

	2000	2001	2002	2003
CLIENTE FINALE	86,4%	71,9%	42,1%	56,6%
CLIENTE FINALE Interrompibile	0,0%	0,0%	23,8%	13,6%
CONSORZIO	13,6%	26,8%	29,8%	27,5%
GROSSISTA	0,0%	0,6%	3,6%	0,4%
Consumatore Estero (Repubblica di San Marino)	0,0%	0,8%	0,7%	2,0%
	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fonte: elaborazione interna su dati ENEL Energia (documenti istruttori 553 e 1292)

136. Un'ultima osservazione attiene al fatto che i dati del 2003, al fascicolo istruttorio, riguardano proiezioni di ENEL Energia sulle sue vendite a fine anno. Al riguardo è utile osservare come, nell'aprile 2002, ENEL Energia stimava di realizzare il 45% delle sue vendite ai clienti idonei contrattualizzati che si sarebbero riforniti al 100% dalla società; la percentuale saliva del 52% prendendo in considerazione anche i clienti che la società stimava avrebbero acquisito, dalla stessa, più dell'80% del fabbisogno (documento istruttorio 553). Queste proiezioni coincidono con i dati del 2003, così come si evince dalla figura 1, al punto precedente.

### III. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI E DEGLI ALTRI SOGGETTI

#### VI. LA POSIZIONE DI ENEL E DI ENEL ENERGIA

137. Le argomentazioni di ENEL ed ENEL Energia, svolte nelle memorie agli atti e nel corso delle audizioni, si sono concentrate su: *i*) l'estraneità di ENEL rispetto alla condotta commerciale della controllata ENEL Energia; *ii*) l'inesistenza di una posizione dominante di ENEL Energia e l'irrilevanza del vantaggio competitivo derivante dall'appartenenza ad un gruppo verticalmente integrato; *iii*) la legittimità dell'operato di ENEL Energia; e *iv*) l'assenza dei requisiti di gravità della presunta infrazione<sup>93</sup>.

#### 1. Imputabilità ad ENEL della condotta di ENEL Energia

138. Richiamando la giurisprudenza comunitaria in materia di imputabilità delle disposizioni della normativa *antitrust* alla capogruppo dei comportamenti delle società controllate<sup>94</sup>, e descrivendo le regole di *corporate governance* che disciplinano i rapporti fra la capogruppo e le sue controllate<sup>95</sup>, ENEL ha sostenuto di non poter essere ritenuta responsabile della condotta di ENEL Energia, affermando di non avere svolto alcuna attività di orientamento né di coordinamento operativo in relazione alle scelte commerciali della controllata e alle clausole contrattuali presenti nei contratti di fornitura per l'anno 2002 offerti dalla stessa ENEL Energia.

<sup>93</sup> [Cfr. documenti istruttori 712, 714, 849, 862, 863, 1175, 1278, 1282, 1332, 1333, 1334 e 1338.]

<sup>94</sup> [ENEL ha argomentato, in proposito, come la responsabilità degli illeciti concorrenziali realizzati da una società controllata non possa essere imputata alla società holding sulla base di una mera relazione di controllo in quanto è, invece, necessario dimostrare un suo diretto coinvolgimento nella pratica contestata.]

<sup>95</sup> [Secondo le previsioni del proprio Statuto e dell'art. 13, comma 1, del D. Lgs. n. 79/99, ENEL svolge "funzioni di indirizzo strategico e coordinamento dell'assetto industriale delle attività esercitate dalle società da essa controllate". In particolare, un primo livello di interrelazione tra la capogruppo e le società controllate riguarda il preventivo benessere del Consiglio di Amministrazione di ENEL limitatamente alle seguenti materie: *i*) il bilancio di esercizio e tutte le materie di competenza dell'assemblea dei soci; *ii*) i piani strategici, industriali e finanziari; *iii*) i budget annuali e i piani pluriennali (che riportano in forma aggregata anche i budget annuali e i piani pluriennali delle società del gruppo); *iv*) gli accordi di strategici di straordinaria rilevanza che determinano innovazioni nell'indirizzo strategico o eventuali riflessi sull'andamento del titolo ENEL; e *v*) le operazioni aventi un significativo rilievo economico, patrimoniale, finanziario [...] relative a società del gruppo. Inoltre, è prevista l'emanazione, da parte della capogruppo, di apposite "linee guida" contenenti indicazioni generali di politica industriale e obiettivi strategici che le società controllate devono perseguire nella definizione dei propri budget e piani pluriennali. Ulteriori interrelazioni tra capogruppo e controllate riguardavano un'attività di verifica periodica (c.d. Business Review) di ENEL sull'andamento gestionale delle singole società rispetto agli obiettivi fissati nei rispettivi piani e budget, eventuali rapporti funzionali tra le singole strutture di ogni società e le corrispondenti strutture della holding per la definizione di problematiche specifiche nonché infine l'inserimento di manager della capogruppo nei Consigli di Amministrazione delle controllate.]

**139.** ENEL ha sostenuto che le clausole contrattuali in esame non sono state sottoposte alla sua attenzione in quanto: *i*) non rientravano in nessuna delle materie, neppure tra le operazioni finanziarie di rilevante entità, per le quali era previsto l'obbligo di valutazione preventiva dell'organo amministrativo di ENEL; *ii*) le indicazioni presenti nelle "Linee Guida" emanate da ENEL (ampiamente descritte supra, capitolo *Le Risultanze Istruttorie* § II.1) avevano carattere generale e indicavano obiettivi generici inidonei a comprimere l'autonomia commerciale delle società controllate. Tali indicazioni erano tese a valorizzare le normali leve competitive delle controllate<sup>96</sup>; *iii*) non rientravano in nessuna attività di verifica periodica esercitata da ENEL sull'andamento gestionale delle singole controllate; *iv*) non sono state sottoposte al preventivo esame del Consiglio di Amministrazione di ENEL Energia, nel quale erano presenti alcuni dipendenti della capogruppo, con funzioni dirigenziali, che, peraltro, rivestivano la carica di consiglieri in ENEL Energia a titolo personale e non quali rappresentanti della *holding*.

**140.** In conclusione, ENEL ha affermato che ENEL Energia ha operato in piena autonomia giuridica, economica e gestionale, e ha altresì sostenuto di essere venuta a conoscenza delle clausole contestate solo a fine dicembre 2001.

**141.** La capogruppo non ritiene che assuma autonomo rilievo la contestata inerzia di ENEL nell'impedire la prosecuzione del comportamento ritenuto illecito. ENEL sostiene, infatti, che debba essere dimostrato un coinvolgimento attivo della *holding* ai fini dell'imputabilità ad essa della condotta censurata. La società ha poi sottolineato la circostanza che alcune delle clausole oggetto di esame erano comunque state modificate da ENEL Energia poco dopo l'avvenuta conoscenza di esse da parte della capogruppo.

## **2. Assenza di posizione dominante di ENEL Energia e del vantaggio dell'integrazione verticale**

**142.** Le parti hanno dichiarato che ENEL Energia ha operato, per la campagna commerciale del 2002, nella consapevolezza di non avere la "speciale responsabilità" dell'operatore dominante, confortate anche dalla sentenza del TAR del Lazio del 14 novembre 2001<sup>97</sup>.

**143.** In ogni caso, entrambe le società hanno indicato come ENEL Energia non si sia trovata, nel biennio 2001–2002, in una situazione tale da attuare, per un periodo di tempo sufficientemente lungo, una politica commerciale indipendente dalla concorrenza, in ragione dei seguenti elementi: *i*) ENEL Energia non deteneva alcuna posizione dominante nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei finali, in quanto la sua quota di mercato è stata contenuta, decrescente, soggetta all'erosione dei concorrenti nel periodo 2001–2003 ed instabile (la quota è passata dal 37% del 2001 al 10% del 2003) a fronte di un costante aumento della dimensione del mercato<sup>98</sup>; *ii*) al fine del calcolo della quota di mercato di ENEL Energia devono essere comprese anche le vendite ai clienti interrompibili, corrispondenti ai loro acquisti all'estero<sup>99</sup>; *iii*) il contesto concorrenziale era caratterizzato dalla presenza di una molteplicità di fornitori attivi a valle, con quote di mercato crescenti (in particolare nel 2003) e dal forte tasso di rotazione nel portafoglio clienti di ENEL Energia<sup>100</sup>; *iv*) ENEL Energia non deteneva una posizione unica nell'articolazione delle proprie fonti di approvvigionamento, in quanto la maggior parte dei suoi concorrenti disponeva di energia di modulazione ed era in grado di offrire l'intera gamma di elettricità necessaria a coprire la domanda dei clienti finali, potendo replicare la strategia commerciale di ENEL Energia.

**144.** Le Parti hanno, inoltre, sottolineato che la posizione di ENEL Energia non era rafforzata dall'appartenenza ad un gruppo verticalmente integrato. ENEL Energia non occupava, infatti, una posizione di vantaggio nell'offerta di energia di modulazione in ragione del fatto che: *i*) l'energia nazionale costituisce una delle fonti di approvvigionamento disponibili per il mercato libero e del tutto intercambiabile con le altre (CIP 6 ed energia elettrica di importazione); *ii*) ENEL Produzione non ha una posizione dominante nella fornitura di energia elettrica nazionale per il mercato libero: la

---

<sup>96</sup> [Ad esempio la fidelizzazione del cliente, la razionalizzazione dei costi, il consolidamento della leadership nell'ambito della grande clientela business, la personalizzazione dei contratti, il miglioramento dei livelli di efficienza, la diversificazione delle fonti di approvvigionamento ecc..]

<sup>97</sup> [La sentenza del TAR riguarda l'annullamento del provvedimento dell'Autorità relativo al caso C4438, ENEL-France Telecom/New Wind, a seguito dell'accoglimento del ricorso presentato da ENEL. ]

<sup>98</sup> [Il processo sarebbe agevolato dall'assenza di barriere all'ingresso nella vendita di energia elettrica ai clienti idonei in Italia e dai modesti costi di switch per i clienti.]

<sup>99</sup> [La domanda espressa dai clienti interrompibili costituiva infatti una componente della domanda complessiva di energia del mercato libero e determinava una pressione concorrenziale sulle fonti di approvvigionamento (quando erano in competizione con ENEL Energia in qualità di clienti grossisti).]

<sup>100</sup> [Nel 2002 un numero di clienti corrispondenti ad oltre 5 TWh ha deciso di non rinnovare il contratto con ENEL Energia a fronte, tuttavia, della sottoscrizione di contratti con nuovi clienti idonei per un ammontare superiore, equivalente a circa [omissis] TWh.]

società ha contribuito in modo residuale alla copertura del fabbisogno del mercato libero nel biennio 2001–2002; *iii*) la disponibilità di energia di modulazione non era una prerogativa esclusiva del gruppo ENEL e, quindi, la maggior parte dei grossisti godeva di un'ampia disponibilità di energia anche da altri canali; *iv*) ENEL Energia non ha beneficiato di condizioni preferenziali nell'approvvigionamento di energia elettrica generata da ENEL Produzione e, in particolare, di energia di modulazione (gli acquisti intragruppo di ENEL Energia hanno rappresentato una quota modesta dell'approvvigionamento della società); ENEL Produzione ha, infatti, applicato condizioni di vendita uniformi a tutti i grossisti, senza discriminazioni, e offerto per il 2002 energia elettrica in banda; *v*) il vantaggio competitivo per gli operatori attivi nel mercato libero era costituito dalla disponibilità di accesso all'energia elettrica di importazione più che a quella nazionale<sup>101</sup>.

**145.** In conclusione, le Parti hanno sostenuto che ENEL Energia non godesse di vantaggi non replicabili dai concorrenti, derivanti dall'integrazione verticale (in particolare dall'articolazione delle fonti di approvvigionamento<sup>102</sup>, dalla notorietà del marchio, conoscenza del mercato e della clientela vincolata, radicamento locale e *know-how* organizzativo e gestionale) e dalla composizione del parco clienti.

### **3. Legittimità della condotta commerciale di ENEL Energia**

**146.** In merito al presunto carattere restrittivo delle clausole contestate, ENEL ha, in primo luogo, rilevato la necessità di valutarle alla luce delle specifiche caratteristiche del settore elettrico, tenuto conto, in particolare, della natura non immagazzinabile dell'elettricità e della presenza di contratti di approvvigionamento di energia elettrica contenenti clausole del tipo *take or pay*, oltre che della prassi commerciale a valle connotata da una diffusa utilizzazione di vincoli di esclusiva sulle forniture, volti a consentire al fornitore una più razionale programmazione delle fonti di approvvigionamento e una riduzione del margine di rischio volume.

**147.** Le clausole contrattuali oggetto di contestazione sono state adottate, ad avviso di ENEL Energia, per far fronte all'incertezza del contesto regolatorio in materia di assegnazione dell'energia estera e CIP6. In merito, ENEL ha puntualizzato che i contratti di fornitura oggetto del presente procedimento *“sono stati sottoscritti a partire da settembre 2001 ed evidentemente sono stati preparati con ancora maggiore anticipo. In tale momento ENEL Trade [ora ENEL Energia], in assenza di regole certe, ha ipotizzato che le condizioni di vendita di energia elettrica di importazione e CIP6 fossero analoghe a quelle adottate dal regolatore nell'anno precedente. Il rischio volume in un contesto di approvvigionamento mensile per il cliente idoneo di energia elettrica estera o CIP6 appariva quindi elevato”*.

**148.** Secondo ENEL Energia, il contratto di fornitura standard costituiva solo “un punto di partenza per le contrattazioni individuali” ed, inoltre i) era caratterizzato da “un'estrema flessibilità per il cliente non prevedendo alcuna clausola di tipo *take-or-pay* o di esclusiva sull'intero fabbisogno di energia elettrica del cliente”; ii) era articolato in maniera da contemplare ogni possibile evenienza, in quanto, al momento della sottoscrizione dei contratti di fornitura per il 2002, ENEL Energia “non era in grado di prevedere [...] quale sarebbe stata, mese per mese e su base annua, la quantità di energia estera e da aste CIP 6, che sarebbe stata resa disponibile [...] nel 2002”; iii) garantiva, per scelta commerciale, al cliente idoneo l'intera copertura del proprio fabbisogno programmato e gli consentiva, comunque, di cogliere tutte le opportunità sul mercato per inserire bande di energia a prezzi competitivi anche in corso di fornitura.

**149.** Le Parti hanno sostenuto che l'insieme delle disposizioni, di cui all'articolo 6 del contratto *standard*, rispondeva a specifiche funzioni economiche fungendo sia da strumento di gestione del rischio volume sia da garanzia per il cliente di beneficiare di eventuali opportunità di approvvigionamento più vantaggiose. Le clausole non avevano pertanto alcun effetto fidelizzante dei clienti o escludente della concorrenza. ENEL Energia ha sottolineato l'importanza del fenomeno delle co-forniture e circoscritto l'effettiva portata dei vincoli di esclusiva che, a suo avviso, riguardavano la sola energia estera di importazione mediante capacità assegnata dal GRTN (articolo 6.1.A) ed alcune delle fonti di approvvigionamento di energia nazionale eventualmente commercializzata da altri operatori (CIP 6 non interrompibile ed altra energia di produzione nazionale, articolo 6.2 commi B e C).

---

<sup>101</sup> [I produttori/grossisti di origine estera attivi in Italia avrebbero, secondo ENEL, fruito di un “vantaggio competitivo notevole, non duplicabile da parte di ENEL Trade, che consiste nella disponibilità diretta di una parte dell'energia di importazione (per quella parte della capacità di trasporto disponibile che è sottratta alla competenza del regolatore italiano)”].

<sup>102</sup> [Infatti, secondo ENEL Energia, una strategia di approvvigionamento diversificata, quale il mix fra energia d'importazione, CIP 6 ed energia di produzione nazionale, ha rappresentato, per il maggior costo dell'energia nazionale, lo strumento tipico di azione dei grossisti nazionali che non disponevano di canali privilegiati di approvvigionamento di energia estera a basso costo. La strategia attuata da ENEL Energia costituiva peraltro, ad avviso della società, il frutto della forte pressione concorrenziale esercitata dagli altri operatori fin dal 1999.]

**150.** Con riguardo alle maggiorazioni di prezzo, ENEL Energia ha indicato che le maggiorazioni non si applicavano nell'ipotesi in cui il cliente avesse, sin dalla fase di sottoscrizione del contratto, comunicato ad ENEL Energia che si sarebbe avvalso di co-forniture. Sulla metodologia utilizzata per determinare le maggiorazioni di prezzo, ENEL Energia ha precisato che:

- le maggiorazioni sono state definite in maniera uniforme perché funzione dei volumi totalmente approvvigionati da ENEL Trade e non dei volumi consumati complessivamente dal singolo cliente;
- le maggiorazioni sono state commisurate ai volumi di energia elettrica che ENEL Energia ipotizzava di perdere in relazione a quei clienti idonei che concretamente avrebbero potuto cogliere opportunità di approvvigionamento di energia elettrica di provenienza estera tramite canali privilegiati e CIP6 *interrompibile*<sup>103</sup>;
- costituiscono una copertura parziale e una forfetizzazione del rischio volume<sup>104</sup>.

**151.** Le Parti hanno negato l'effetto disincentivante per i clienti, ed in particolare per i clienti di minori dimensioni più sensibili al fabbisogno di energia elettrica di modulazione, ad approvvigionarsi da altri fornitori. A fronte delle maggiorazioni che si presentano di limitata entità, tutti i clienti potevano avvalersi di fonti alternative di approvvigionamento, beneficiando di un risparmio di costo rispetto al prezzo medio praticato da ENEL Energia, dati i minori prezzi dell'energia elettrica estera offerti dalla concorrenza<sup>105</sup>. A conferma di ciò, ENEL Energia ha precisato che nel biennio 2001–2002 è aumentato il volume delle vendite di energia elettrica effettuate in regime di co-fornitura, passando da una quota del 41% all'84% delle sue vendite complessive.

**152.** Infine, sulla natura assertivamente abusiva del *bonus*, ENEL Energia è dell'avviso che un'impresa in posizione dominante abbia facoltà di praticare promozioni commerciali e, che, nel caso di specie, l'erogazione di *bonus* ha rappresentato uno strumento legittimo di incentivazione rivolto alla clientela.

#### **4. Assenza dei requisiti di gravità**

**153.** Anche qualora si ritenga che la pratica commerciale di ENEL Energia configuri una violazione della concorrenza, le Parti sostengono che non ricorrano i presupposti di gravità e durata dell'infrazione ai fini della quantificazione della sanzione. La presunta infrazione ha avuto, a giudizio delle Parti, una durata estremamente contenuta (anno 2002) e, a loro avviso, sussisterebbero comunque valide ragioni per quantificare in misura minima una eventuale sanzione.

**154.** Oltre alle argomentazioni sopra illustrate, inerenti alla mancanza di requisiti oggettivi di gravità dell'abuso (assenza di posizione di mercato di ENEL Energia e inefficacia della portata delle clausole contestate), le Parti hanno ribadito che: *i*) alcuni clienti idonei hanno beneficiato di modifiche al contratto *standard* in sede di negoziazione; *ii*) la durata dell'infrazione sarebbe circoscritta ad una frazione temporale inferiore all'anno, al periodo gennaio-ottobre 2002 e con un impatto limitato sul mercato libero; *iii*) ENEL Energia aveva già rinunciato alle clausole di esclusiva sull'energia elettrica estera importata tramite le bande assegnate dal GRTN prima dell'avvio dell'istruttoria (fine febbraio 2002); *iv*) nel corso dell'istruttoria (metà ottobre 2002), ENEL Energia ha sospeso l'applicazione delle

---

<sup>103</sup> [ENEL Energia ha ribadito di aver effettuato valutazioni sull'impatto economico delle possibili riduzioni dei volumi riforniti, stimando vendite complessive per circa 30 TWh nel 2002. ENEL Energia ha stimato, infatti, che "il costo medio annuo di acquisto del kWh di energia nazionale [fosse] di circa 100 lire [al kWh]", pertanto una contrazione del 10% dei volumi complessivamente venduti avrebbe comportato una perdita totale di ricavi di 300 miliardi di lire circa. Obiettivo di ENEL Energia è stato quello di recuperare, attraverso l'applicazione di maggiorazioni di prezzo, solo una quota della perdita dei ricavi conseguenti alla contrazione dei volumi venduti. Ad esempio, l'entità della maggiorazione di prezzo, relativa a riduzione dei prelievi fino al 10%, fissata in [omissis]euro/MWh (omissis]L/kWh), consente alla società di recuperare circa 40 miliardi di lire corrispondenti a poco meno del 15% dei mancati ricavi (300 miliardi di lire).]

<sup>104</sup> [ENEL Energia ha specificato che le maggiorazioni di prezzo sono espresse in forma non lineare, e che l'entità delle maggiorazioni di prezzo fissate da ENEL Energia assicura, di fatto, alla società una copertura del rischio volume complessivo via via decrescente al decrescere della percentuale di volumi effettivamente riforniti dalla società. Tale scelta è spiegata da ENEL Energia in ragione dell'improbabilità statistica che una riduzione di un x% su un singolo sito corrisponda ad una uguale contrazione dei volumi, generalizzata sul totale dei clienti contrattualizzati. In altri termini, ENEL Energia stimava più probabile una contrazione dell'x% su un singolo sito piuttosto che una contrazione della medesima percentuale su tutti i siti contemporaneamente.]

<sup>105</sup> [Il contratto non presentava, infatti, né obblighi più stringenti quali quelli derivanti, ad esempio, da un contratto di fornitura *take or pay*, da esclusive non derogabili né strutture di prezzo penalizzanti così come proposte dall'AEEG. Inoltre, ad opinione di ENEL Energia, l'offerta da parte dei concorrenti di energia elettrica estera a prezzi più convenienti non può essere imputata alla necessità di compensare le maggiorazioni di prezzo previste ma ENEL Energia. Prezzi più competitivi sono solo la conseguenza dei più bassi costi di approvvigionamento dei competitors e, quindi, misurano la loro capacità competitiva.]



maggiorazioni di prezzo e dell'articolo 11, e ha rinunciato al rinnovo tacito del contratto<sup>106</sup>; v) la società ha mostrato un atteggiamento collaborativo nel corso del procedimento nel fornire le informazioni e i chiarimenti richiesti; vi) non ricorre la circostanza aggravante della recidiva, posto che i comportamenti contestati nel procedimento A263, UNAPACE/ENEL, riguardavano clausole diverse ed estranee rispetto all'oggetto della presente istruttoria; vii) infine, ENEL Energia ha fatto presente che le clausole contestate non sono più presenti nei contratti relativi alla campagna commerciale 2003<sup>107</sup>.

**155.** In particolare, in merito all'effetto della condotta commerciale di ENEL Energia, le Parti hanno evidenziato come il presunto abuso abbia riguardato una parte assai ridotta del mercato rilevante, considerato che solo 299 clienti finali e consorzi di impresa avrebbero "subito" l'effetto legante delle clausole di cui all'articolo 6 del contratto *standard*, corrispondenti a circa 10 TWh di energia elettrica consumata (un terzo dell'energia venduta da ENEL Energia nel 2002 e un decimo delle dimensioni complessive del mercato)<sup>108</sup>. Anche l'erogazione del *bonus* sarebbe connotata da scarsa efficacia, avendo interessato un numero esiguo di clienti con consumi nel 2002 pari a 13,3 TWh (corrispondenti ad una quota inferiore al 15% del mercato dei clienti idonei<sup>109</sup>).

## **VII. LE INFORMAZIONI FORNITE DAGLI ALTRI SOGGETTI**

**156.** Nel corso dell'attività istruttoria sono stati sentiti in audizione i principali operatori concorrenti di ENEL Energia nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei in Italia. Trattasi, in particolare, delle società AEM, DALMINE, EDISON, ENBW, ENERGIA, ENIPOWER, RB.

**157.** Richieste di informazioni sono state inviate ai principali clienti idonei grossisti, anche di origine estera, attivi nel mercato liberalizzato in Italia, a tutti i clienti idonei finali sottoscrittori di un contratto di fornitura di energia elettrica per l'anno 2002 con ENEL Energia e all'Autorità di regolazione di settore.

### **1. I concorrenti di ENEL Energia**

#### **a) Gli svantaggi competitivi degli operatori, diversi da ENEL Energia, attivi nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei in Italia**

**158.** In generale, gli operatori concorrenti di ENEL Energia nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei hanno sottolineato come l'accesso alle fonti di approvvigionamento costituissero, ancora nel 2002, il principale ostacolo allo sviluppo di una concorrenza effettiva. In particolare, gli operatori intermediari non integrati verticalmente in Italia, sono svantaggiati nell'offrire contratti di fornitura integrali ai propri clienti finali, non disponendo né di adeguati volumi di energia elettrica né dell'intera gamma di prodotto necessaria a soddisfare la domanda dei clienti, in particolare, di quelli con profili di consumo più variabili. Data la scarsità delle importazioni e del CIP6, la disponibilità di energia elettrica nazionale, seppure economicamente meno conveniente delle altre due fonti, è essenziale per soddisfare la domanda sul mercato libero<sup>110</sup>.

**159.** Inoltre, l'incertezza nelle regole di assegnazione della capacità di interconnessione con l'estero, delle assegnazioni CIP6 e delle regole di dispacciamento dell'energia elettrica (rese note tra la fine di dicembre 2001 e l'inizio del 2002) ha favorito, nella conclusione dei contratti di fornitura per l'anno 2002, quegli operatori che già negli anni passati avevano accesso a fonti di approvvigionamento certe (energia nazionale)<sup>111</sup>. Gli operatori di minori dimensioni non

---

<sup>106</sup> [In particolare, ENEL Energia ha informato i propri clienti idonei con lettere inviate tra il 22 e il 28 ottobre 2002 (documento istruttoria 868, All.2).]

<sup>107</sup> [In particolare, nel corso dell'istruttoria, ha ENEL Energia ha presentato gli schemi commerciali che avrebbe offerto al mercato libero per il 2003. I due schemi contrattuali da utilizzare come base di negoziazione con i clienti idonei si distinguevano per le seguenti caratteristiche: il primo disponeva la vendita di energia elettrica nazionale (valorizzata per fascia oraria) e la possibilità per il cliente idoneo di richiedere ad ENEL Energia l'energia elettrica di origine estera (ad un prezzo stabilito) necessaria a completare le bande di interconnessione eventualmente acquisite a seguito della partecipazione del cliente al processo di assegnazione indetto dal GRTN per l'anno 2003; il secondo schema contrattuale prevedeva l'offerta della sola energia elettrica nazionale (valorizzata per fascia oraria) a copertura del fabbisogno del cliente idoneo (documento istruttoria 1271).]

<sup>108</sup> [L'impatto delle maggiorazioni di prezzo, sul fatturato realizzato a giugno 2002, risultava modesto [omissis]%.]

<sup>109</sup> [ENEL Energia ha, inoltre, fatto notare come il 25% dei clienti forniti nel 2001 non ha rinnovato il contratto e che il bonus non è stato offerto ai nuovi clienti contrattualizzati.]

<sup>110</sup> [Si vedano, ad esempio, i documenti istruttori 645 e 687.]

<sup>111</sup> [Dai documenti istruttori agli atti, i fornitori attivi nel mercato a valle della vendita di energia elettrica a clienti idonei che hanno indicato di offrire in via preferenziale forniture integrali di energia elettrica sono per lo più operatori nazionali integrati verticalmente nella generazione elettrica (ad esempio EDISON, AEM, ASM Brescia, ENIPOWER), i quali quindi possono disporre

integrati verticalmente potevano presentare concrete offerte commerciali solo a conclusione delle procedure di assegnazione della capacità di interconnessione e dell'energia elettrica CIP 6 (avvenute tra la fine di dicembre 2001 e l'inizio gennaio 2002), in un periodo in cui la maggior parte dei contratti di fornitura era già stato concluso (documento istruttorio 664).

**160.** Date le fonti di approvvigionamento disponibili nel 2001, gli intermediari non verticalmente integrati in Italia dovevano pertanto limitarsi, a differenza di ENEL Energia, a ricercare clienti idonei con profili di consumo più costanti e quindi meno remunerativi<sup>112</sup>, e coprire solo una parte del loro fabbisogno.

**161.** E' opinione diffusa che l'appartenenza di ENEL Energia ad un gruppo verticalmente integrato conferisca alla società un indubbio vantaggio competitivo tale da porre, come dichiara Electra Italia, "*ENEL Trade [...] nella vantaggiosa situazione di poter proporre offerte di fornitura «garantita» ben prima dei concorrenti, che più di ENEL Trade subiscono i ritardi della pubblicazione della normativa che disciplina l'offerta al mercato libero (importazioni e CIP/6) ed i rischi di impresa conseguenti*" (documento istruttorio 663).

**162.** E' chiaro, quindi, che politiche commerciali finalizzate ad imporre restrizioni ai clienti idonei nell'approvvigionamento di energia elettrica di base o nell'intermediazione nella fornitura di energia elettrica dall'estero, impediscono il dispiegarsi di una concreta competizione. Dello stesso avviso è la società ELECTRONE, secondo la quale, poiché "*le esigenze di modulazione proprie alla stragrande maggioranza dei clienti idonei potrebbero essere [...] soddisfatte [con maggiori vantaggi economici] ricorrendo per questa parte [di fornitura] ad un fornitore come ENEL Trade che ha alle spalle un generatore come ENEL Produzione*", la preclusione della fornitura di energia elettrica di base ai clienti idonei contrattualizzati da ENEL Energia costituisce un impedimento all'operatività dei concorrenti (documento istruttorio 646).

**163.** La difficoltà ad operare da parte dei concorrenti di ENEL Energia risiede anche nel fatto che, in genere, i contratti di fornitura vengono stipulati con i clienti idonei prima della fine dell'anno precedente quello di inizio della fornitura ed hanno di regola una durata annuale. Ciò rende molto difficile che un fornitore possa sostituirsi ad un altro in corso d'anno nella fornitura di energia elettrica ad un cliente idoneo<sup>113</sup>. A maggior ragione se le disposizioni contrattuali sono tali da comportare una esclusiva di diritto e di fatto.

#### **b) L'assenza di giustificazioni economiche delle clausole contrattuali proposte da ENEL Energia e il loro impatto sulle condizioni concorrenziali vigenti nel mercato**

**164.** Alcuni operatori ritengono giustificabile, in astratto, l'esigenza di un fornitore di tutelarsi dal rischio commerciale connesso alla circostanza che un cliente finale ritiri un quantitativo di energia elettrica minore rispetto all'ammontare pattuito contrattualmente. Tuttavia, l'impatto concorrenziale della previsione di misure contrattuali a copertura del rischio volume deve essere valutato con riguardo: *i)* alla posizione dell'operatore che ha adottato tali previsioni e *ii)* alla formulazione stessa delle previsioni.

**165.** In merito al primo punto, ENIPOWER ha asserito che l'applicazione delle clausole contestate da parte di ENEL Energia non può comunque essere giustificata in ragione della posizione dominante che riveste nel mercato. Lo stesso operatore sostiene che la diffusa sottoscrizione di tali contratti di fornitura ha avuto quale effetto quello di vincolare una parte consistente del mercato libero ad acquistare l'intera fornitura di energia elettrica dall'operatore dominante, garantendo a quest'ultimo di poter sopperire al fabbisogno dell'intera gamma di energia elettrica dei clienti idonei (documento istruttorio 668)<sup>114</sup>. La disponibilità di un appropriato *mix* di fonti di approvvigionamento (sia di origine estera che nazionale), di un ampio bacino di clienti finali, con profili di consumo complementari, e l'appartenenza ad un gruppo integrato consentono ad un fornitore quale ENEL Energia di ottimizzare la propria posizione commerciale,

---

*di energia elettrica di origine nazionale necessaria a completare il profilo di consumo dei clienti serviti. Si tratta, comunque, di operatori che nel 2001 avevano una modesta posizione di mercato (cfr. documenti istruttori 636, 637, 671, 688).]*

<sup>112</sup> [Cfr. risposta di DYNAMEEETING alla richiesta di informazioni del maggio 2002 (documento istruttorio 651).]

<sup>113</sup> [AEM ha dichiarato, in corso di audizione, che "gli eventuali acquisti di energia elettrica spot in corso d'anno riflettono sopravvenute necessità di energia elettrica di modulazione e di picco" (documento istruttorio 637). ENERGIA aggiunge che "anche se ogni cliente idoneo può risolvere il proprio contratto con sei mesi di anticipo dalla scadenza naturale, resta il fatto che il fornitore sostitutivo avrebbe poi difficoltà ad approvvigionarsi per una arco temporale di non più di 4/5 mesi per soddisfare l'eventuale domanda aggiuntiva di elettricità così formata" (documento istruttorio 652).]

<sup>114</sup> [Nello stesso documento, la società ha, inoltre, indicato come "l'appartenenza di Enel Trade ad un gruppo integrato, dotato in maniera pressoché esclusiva in Italia di capacità di generazione di modulazione e di picco, ha posto [ENEL Energia] in condizione di poter offrire tali contratti".]

anche nel caso di una parziale contrazione dei quantitativi di energia elettrica forniti ai propri clienti finali, senza incorrere in costi aggiuntivi tali da giustificare l'applicazione di maggiorazioni di prezzo<sup>115</sup>.

**166.** In secondo luogo, gli operatori di mercato sono concordi nel ritenere che l'impianto contrattuale sembra, nel suo insieme, idoneo a vincolare il cliente a rifornirsi per l'intero suo fabbisogno dalla società, in quanto l'acquisto di energia elettrica di base da fornitori alternativi è vietata o resa economicamente svantaggiosa<sup>116</sup>.

**167.** La società ENERGIA ha dichiarato che, attraverso lo schema commerciale in esame, “parrebbe piuttosto che Enel Trade abbia voluto ostacolare la concorrenza di fornitori grossisti, in grado di fornire ai clienti idonei nazionali la sola energia di importazione (tipicamente in banda) a prezzi molto competitivi. Per l'energia di modulazione e picco i clienti avrebbero comunque dovuto rifornirsi da altri fornitori nazionali, tra cui Enel Trade rappresenta certamente il principale operatore” (documento istruttorio 652). Un altro concorrente ha aggiunto che, oltre alle difficoltà di approvvigionamento sopra evidenziate, “[...] con la sottoscrizione [dei contratti di fornitura di energia elettrica], il fornitore si assicurava il diritto in esclusiva di fornire energia di importazione tramite [la capacità di] transito eventualmente assegnat[a] al cliente finale dal GRTN, ciò costituiva una preclusione per [l'offerta di energia da parte degli] altri operatori” (documento istruttorio 687). Molti operatori sono concordi nel ritenere che le previsioni contrattuali applicate ai clienti da ENEL Energia abbiano “scoraggiato lo sviluppo di forniture alternative dall'estero”<sup>117</sup>.

**168.** Alcuni operatori hanno sottolineato come la presenza di “penalizzazioni”, indicate nelle clausole di esclusiva sull'energia di importazione e nelle maggiorazioni di prezzo, abbiano consentito ad ENEL Energia di praticare prezzi di vendita dell'energia estera elevati e nel contempo prezzi più convenienti sull'energia nazionale<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> [ENBW spiega che solo nel caso in cui il fornitore, integrato verticalmente, avesse a disposizione una sola centrale di generazione di energia elettrica per soddisfare il fabbisogno dei propri clienti idonei, la perdita di una parte della fornitura potrebbe comportare un costo dovuto al mancato utilizzo della capacità installata. Diversa è la situazione per un operatore integrato verticalmente, come ENEL, con una quota superiore al 50% nel mercato della generazione nazionale e con un consistente bacino di utenza (documento istruttorio 645). DALMINE precisa che “l'appartenenza di Enel Trade al gruppo Enel verticalmente integrato anche nella fase della generazione, rende indifferente per Enel Trade la circostanza che un suo cliente idoneo si rifornisca in parte anche da un terzo operatore. L'eventuale minore offerta di Enel Trade, infatti, può essere compensata sul piano delle quantità in quanto la disponibilità di capacità produttiva del gruppo Enel trova comunque uno sbocco finale tramite la vendita di energia elettrica al GRTN, ad un prezzo pari al PG (documento istruttorio 642). DALMINE ritiene che a parità di consumi una diminuzione dell'ammontare di energia elettrica rifornita in banda dal fornitore originario si traduce nell'aumento della proporzione di energia elettrica modulata sulla quota residuale garantita dallo stesso fornitore. Quindi, se i prezzi di vendita riflettessero effettivamente i costi di approvvigionamento del fornitore, quest'ultimo non dovrebbe sostenere alcun onere aggiuntivo e non dovrebbe neanche imporre peggioramenti nelle condizioni di prezzo, nel caso in cui il cliente idoneo si rifornisca da più fornitori (documento istruttorio 642).]

<sup>116</sup> [La società DYNAMEEETING sostiene che “anche clausole contrattuali particolarmente vincolanti [se inserite in contratti di fornitura che garantiscono comunque il soddisfacimento del fabbisogno totale del cliente vengono, di fatto, percepite dagli stessi clienti] come parte integrante ed imprescindibile dell'unica soluzione di fornitura possibile” (documento istruttorio 664).]

<sup>117</sup> [Cfr. documento istruttorio 663. Si vedano anche le dichiarazioni di ELECTRONE, che indica come “la clausola contrattuale posta da ENEL Trade (art. 6 del Contratto) dissuade il cliente idoneo dal ricercare o accettare migliori condizioni di fornitura per i propri fabbisogni in banda piatta, che possono essere soddisfatti attraverso importazioni” (documento istruttorio 646). EGL commenta che “la previsione di maggiorazioni di prezzo applicate su tutta l'energia elettrica residualmente fornita da ENEL Trade ai propri clienti in caso di co-fornitura con altri grossisti è certamente un ostacolo allo sviluppo di forniture alternative anche dall'estero [...] nel 2002, la possibilità di vendita di sole bande di energia “based load” a clienti non forniti dallo stesso soggetto che fornisce tali quote è drasticamente ridotta, probabilmente proprio a causa di penalizzazioni introdotte dal fornitore dell'energia di modulazione in caso di integrazione con forniture erogate da altri operatori grossisti” (documento istruttorio 675). SUNWORK ha indicato come “l'applicazione di maggiorazioni di prezzo sull'energia nazionale fornita da ENEL Trade costituisca una forte barriera economica cui il Cliente deve, se possibile, contrapporre maggiori convenienze difficilmente disponibili in un mercato, quale quello dell'energia, caratterizzato da scarsa liquidità e ridotto numero di attori in grado di disporre di energia «nazionale»” (documento istruttorio 696). RB osserva che la clausola risulta certamente penalizzante per i clienti idonei di piccole dimensioni e i consorzi di imprese che non disporrebbero, a detta della società, né di potere contrattuale né di capacità tecniche ed economiche adeguate a rifornirsi autonomamente presso diversi fornitori (documento istruttorio 658). La società LUMENERGIA giudica penalizzanti i contratti di fornitura per il 2002 in ragione dell'entità delle maggiorazioni di prezzo applicate e della previsione di diritti di esclusiva, compreso l'obbligo di cessione a titolo gratuito delle bande di capacità (documento istruttorio 750). Infine, AEM ritiene che le maggiorazioni costituiscano barriera all'entrata per gli intermediari (documento istruttorio 635).]

<sup>118</sup> [TRAFIGURA ha sostenuto che le previsioni di cui all'art. 6 del contratto standard hanno consentito ad ENEL Energia di “conseguire un duplice risultato: assicurare la vendita di propria energia di importazione a prezzi decisamente superiori a quelli di mercato [...], garantendo nel contempo, tramite la previsione di penali, la «fedeltà» dei propri clienti” (documento istruttorio 656). Secondo Electra Italia, ENEL Energia ha potuto imporre prezzi elevati sull'energia estera in quanto garantita dalla previsione del diritto di esclusiva contenuta all'art.6, comma 1 del contratto standard (documento istruttorio 663). Secondo Electra Italia la politica commerciale di ENEL ha “di fatto sovvenzionato ENEL Trade [ora ENEL Energia] sull'energia di importazione [...] consentendole di praticare prezzi di modulazione altamente competitivi” (documento istruttorio 663). Secondo ASM Brescia, le

**169.** La società DALMINE sostiene che l'articolo 6, comma 2, lettera A, "introduce una distorsione sul mercato liberalizzato in quanto limita le possibilità per gli operatori terzi di fornire una parte del fabbisogno di energia elettrica a clienti idonei sottoscrittori di detti contratti, che si vedono applicare maggiorazioni ingiustificate sulla restante energia elettrica fornita da Enel Trade, comunque indispensabile a completare il fabbisogno totale. Le maggiorazioni di prezzo aumentano artificialmente il prezzo dell'energia elettrica sul mercato, spiazzando gli altri concorrenti" (verbale di audizione, documento istruttorio 642)<sup>119</sup>. EON ha sottolineato che "l'applicazione di maggiorazioni (progressivamente crescenti) all'energia residualmente fornita a copertura dell'intero fabbisogno del cliente finale costituisce un'importante barriera all'ingresso di nuovi operatori nella fornitura di clienti già contrattualizzati da ENEL Trade. Il cliente finale che voglia inserire delle bande di energia alternativa alla propria fornitura è costretto infatti a richiedere prezzi eccessivamente bassi al fornitore alternativo il quale, o risulta essere escluso dalla possibilità di fornire parzialmente il cliente, oppure vede ridotti al minimo i volumi fornibili" (documento istruttorio 672).

**170.** Una serie di operatori grossisti, in prevalenza di origine estera, hanno esplicitamente dichiarato che l'impianto contrattuale di ENEL Energia ha impedito la conclusione di "più vantaggiosi" contratti di fornitura di energia elettrica di importazione a copertura di una parte del fabbisogno di clienti idonei con cui avevano preso contatti. Oltre alla mancata opportunità di concludere nuovi accordi, gli stessi hanno manifestato l'effettiva perdita di clienti idonei già riforniti insieme ad ENEL Energia l'anno precedente<sup>120</sup>.

**171.** Tra le poche voci discordanti vi sono quelle dei consorzi Assoenergia e Centomilacandele e delle società di intermediazione NET e TGE. Entrambi i consorzi giudicano le condizioni offerte da ENEL Energia adeguate alle esigenze dei clienti idonei finali che rappresentano<sup>121</sup>.

---

*condizioni di prezzo attualmente vigenti nel mercato libero non presentano differenziali significativi rispetto alle tariffe praticate nel mercato vincolato. Pertanto, "qualunque azione che distorca il mercato, anche in misura esigua (0,05/0,1 cents/kWh) può costituire un ostacolo allo sviluppo di forniture alternative" (documento istruttorio 688). Un cliente idoneo ha indicato che ENEL Energia è "caratterizzata da prezzi [...] non molto competitivi e tra i più alti del mercato" (documento istruttorio 1273). Dall'analisi della documentazione acquisita agli atti è emerso che per l'energia elettrica estera venduta a clienti idonei grossisti o grandi consumatori, ai confini con l'Italia, sono stati corrisposti prezzi compresi tra 25(45 euro/MWh. I prezzi praticati da ENEL Energia per le vendite di energia estera al confine vanno da un minimo di [omissis]euro/MWh ad un massimo di [omissis]euro/MWh. Per converso, ENEL Energia ha rivenduto in esclusiva ai propri clienti idonei l'energia di origine estera, di cui si è approvvigionata sulle piazze europee, a prezzi compresi tra 36-40 euro/MWh per forniture in alta tensione e tra 38-42 euro/MWh per forniture in media tensione. Altri operatori hanno dichiarato di aver effettuato vendite di energia estera a clienti idonei nazionali a prezzi inferiori (ad esempio i prezzi praticati da TRAFIGURA variano tra i [omissis]euro/MWh e i [omissis]euro/MWh; documento istruttorio 656).]*

<sup>119</sup> [EDISON ha precisato che "il contratto è formulato in maniera che di fatto limita la possibilità per il cliente idoneo di approvvigionarsi da altre fonti. In tali contesti, la previsione di dette clausole contrattuali costituisce un ostacolo allo sviluppo di una concorrenza effettiva dal lato dell'offerta sul mercato italiano" (verbale di audizione, doc. istruttorio 636).]

<sup>120</sup> [La società TRAFIGURA ha precisato di aver "ricevuto alcune richieste di fornitura di energia elettrica di importazione da parte di alcuni clienti idonei forniti da ENEL Trade Spa: in tutti i casi le trattative non sono giunte a buon fine perché le penali che la società ENEL Trade Spa avrebbe applicato all'energia residualmente fornita, in caso di fornitura di energia di importazione da parte di una società terza [...] hanno indotto i clienti finali a non ritenere conveniente il passaggio ad un fornitore diverso" (documento istruttorio 656). ENBW ha fornito una valutazione quantitativa dello svantaggio economico che subito un cliente idoneo contrattualizzato da ENEL Energia avrebbe dovuto subire nel rifornirsi per un ammontare di energia elettrica di base inferiore al 10% del suo fabbisogno dalla stessa ENBW. Dai dati forniti da ENBW si può concludere che uno sconto del 20-30% circa sul prezzo dell'energia elettrica di importazione, rispetto ai prezzi offerti da ENEL Energia (circa [omissis]Lire/kWh), non sarebbe stato sufficiente a garantire al cliente idoneo un risparmio di costo proprio in ragione dell'effetto penalizzante delle maggiorazioni (documento istruttorio 645).]

<sup>121</sup> [In particolare, Assoenergia commenta come la "clausola [sulle maggiorazioni di prezzo] non rappresenti un ostacolo insormontabile allo sviluppo di forniture alternative. La modalità di applicazione e le maggiorazioni possono considerarsi coerenti sotto gli aspetti contrattuali in quanto il contratto relativo è stato sottoscritto con parecchio anticipo (novembre 2001) rispetto all'assegnazione delle capacità internazionali e CIP 6. Pertanto le suddette condizioni risultano proposte in totale assenza di indicazioni di quantitativi di acquisto e la logica di applicare maggiorazioni in relazione all'acquisto di quantitativi decrescenti è comprensibile" (documento istruttorio 671). Il consorzio Centomilacandele ritiene che il contratto di fornitura standard di ENEL Energia sia "privo di caratterizzazioni negative o positive in quanto i prezzi esposti sono comunque inferiori a quelli praticati nel mercato vincolato senza peraltro riscontrare benefici di particolare entità" (documento istruttorio 699). La società NET, invece, si limita a precisare che il contratto di fornitura proposto da ENEL Energia "impone all'acquirente di valutare se il minor costo offerto dal soggetto estero è tale da compensare un incremento nei costi di fornitura dell'energia nazionale" (documento istruttorio 660). TGE, legata ad ENEL Energia da un accordo di compravendita di energia elettrica e indicata dalla stessa società ai propri clienti idonei quale intermediario nel processo di assegnazione della capacità di importazione, ritiene che "non esistano i presupposti per l'applicazione di tali maggiorazioni [di prezzo] in quanto trattasi di un unico fornitore per l'intera quantità di energia. In tal caso riteniamo un'operazione del tutto normale fornire uno sconto contrattuale, identificabile con l'eliminazione delle maggiorazioni previste dal contratto" (documento istruttorio 708). ]

### c) L'articolo 11 del contratto standard di fornitura per l'anno 2002

172. Alcuni operatori hanno evidenziato che la disposizione risulta poco chiara e non realistica laddove prevede che il cliente idoneo si impegni per proprie controllanti o controllate, con siti di prelievo localizzati in altri stati membri, influenzandone le scelte commerciali in materia di approvvigionamento energetico. Altri hanno osservato come essa abbia una durata superiore al contratto di fornitura di energia elettrica, ovvero sia valida per tre anni.

173. Infine, altri ritengono che la disposizione si applichi ad eventuali operazioni di *trading* di energia elettrica per quei clienti idonei con siti produttivi sia in Italia che all'estero<sup>122</sup>.

#### 2. I clienti idonei finali di ENEL Energia

174. A seguito della indicazione pervenuta a metà ottobre 2002 da parte di ENEL Energia di aver rinunciato ad alcune delle clausole del contratto *standard*, sono state inviate, a tutti i clienti idonei contrattualizzati da ENEL Energia, richieste di informazioni tese ad acquisire: *i*) una valutazione dell'impatto, sulla politica di approvvigionamento dei clienti, della rinuncia o della sospensione dell'efficacia delle clausole contrattuali contenute negli articoli 6.1 (Clausola di esclusiva sulla fornitura di energia estera), 6.2 (Clausola sulle maggiorazioni di prezzo) e 11 (Clausola di prelazione); e *ii*) una opinione sulla portata anticompetitiva delle clausole contrattuali a suo tempo sottoscritte<sup>123</sup>.

175. Sebbene, in generale, la *rinuncia al diritto di esclusiva* sull'energia elettrica di origine estera e la *sospensione dell'efficacia delle maggiorazioni di prezzo* siano state giudicate ininfluenti dal punto di vista pratico, le motivazioni di tale giudizio si distinguono in relazione alle tipologie di clienti idonei serviti. Alcuni clienti idonei con consumi individuali più modesti hanno dichiarato di non aver subito effetti dalla decisione unilaterale in quanto comunque riforniti solo da ENEL Energia. Altri clienti idonei, che sarebbero stati interessati a forniture congiunte, non hanno avuto modo di cogliere, sin dalle fasi di contrattazione, eventuali opportunità di acquisto da fonti diverse da ENEL Energia, anche per la presenza delle clausole contrattuali in esame<sup>124</sup>. Infine, i clienti idonei di grandi dimensioni, grossisti e consorzi, che hanno beneficiato, sin dalla stipula del contratto di fornitura, di variazioni alle previsioni contrattuali *standard*, non si sono ritenuti interessati dalle sopravvenute modifiche unilaterali<sup>125</sup>.

176. Vale la pena osservare che, tra i clienti idonei che hanno dichiarato di non essere stati penalizzati dall'impianto contrattuale offerto da ENEL Energia e di aver potuto beneficiare di forniture alternative ad ENEL Energia, vi sono, in realtà, clienti riforniti di energia elettrica estera dalle società di intermediazione indicate dalla stessa società ENEL Energia, nelle lettere del 17 dicembre del 2001 (SUNWORK, CROSS e TGE)<sup>126</sup>. I giudizi espressi da questi clienti non offrono, quindi, un quadro reale dell'impatto delle disposizioni contrattuali di ENEL Energia, in quanto gli stessi non si sono effettivamente rivolti a fornitori alternativi e concorrenti della società. Parimenti, le indicazioni di assenza di vincoli all'approvvigionamento fornite da clienti, che non hanno mai preso in considerazione di rifornirsi da fonti diverse da ENEL Energia, non possono costituire la prova dell'asserita assenza di un tale effetto.

177. In particolare, in merito alla *rinuncia del diritto di esclusiva* sono state svolte le seguenti considerazioni:

---

<sup>122</sup> [ENERGIA esplicita tale opinione dichiarando che "la ratio di tale previsione, per l'ipotesi di forniture condivise con Enel Trade, a suo giudizio deve essere rintracciata nel tentativo di impedire ai clienti idonei con siti di prelievo localizzati all'estero (in Europa) di fare trading di energia elettrica dall'estero anche per i siti italiani". ]

<sup>123</sup> [Le risposte dei clienti idonei sono contenute nei documenti istruttori da 909 a 911, 912, da 914 a 925, da 927 a 941, da 943 a 957, da 959 a 969, da 971 a 985, da 987 a 1001, da 1003 a 1013, da 1015 a 1043, da 1045 a 1079, da 1081 a 1145, da 1147 a 1234, da 1236 a 1250, da 1253 a 1270, 1273, 1275, 1279, 1280 e 1288.]

<sup>124</sup> [Cfr. Alcuni clienti idonei hanno dichiarato che "l'applicazione di maggiorazioni ci ha fatto escludere l'ipotesi di partecipare alle aste di energia elettrica CIP6 [inoltre si aggiunge che] lo schema contrattuale proposto da ENEL Energia ha avuto l'effetto di rendere più alto il costo complessivo dell'energia elettrica sul mercato italiano, annullando, per buona parte gli effetti economicamente benefici della liberalizzazione. La maggiorazioni di prezzo [...] hanno costituito di fatto una sorta di «tassa» sull'energia elettrica fornita da [altri]" (documenti istruttori 917 e 927). Un altro cliente idoneo ha dichiarato che "il meccanismo previsto dal contratto di fornitura [di ENEL Energia] non sarebbe stato accettato in regime di effettiva libera contrattazione" (documento istruttorio 937). Cfr. per l'effetto penalizzante dell'impianto contrattuale si vedano anche i documenti istruttori 947, 974, 975 (nessuna alternativa ad ENEL Energia), 1011, 1017, 1043, 1046, 1074, 1077 (esempio di cliente che nel 2001 aveva potuto beneficiare di co(forniture), 1114, 1119 (il contratto del 2002 ha presentato una maggior rigidità rispetto a quello proposto e negoziato nel 2001). ]

<sup>125</sup> [Ad esempio, documenti istruttori 933, 935, 955, 957, 991, 992, 1050, 1137 e 1139.]

<sup>126</sup> [Cfr. ad esempio documenti istruttori 1037, 1183, 1184 e 1199. Si vedano anche le lettere datate 17 dicembre 2001 inviate da ENEL Energia ai propri clienti idonei ed aventi ad oggetto l'indicazione da parte di ENEL Energia della disapplicazione delle maggiorazioni di prezzo nel caso di partecipazione all'allocazione della capacità di importazione per l'anno 2002 tramite le società di intermediazione indicate dalla stessa (documento istruttorio 553; stesso contenuto nei documenti istruttori 104, 275 e 276). ]

– nella prassi, la stipula di un contratto di fornitura di energia elettrica avviene alla fine dell'anno precedente l'inizio della sua validità commerciale. A ciò si aggiunga che per la maggior parte dei clienti idonei finali l'ammontare di energia elettrica di origine estera assicurata da ENEL Energia era sufficiente a coprire il fabbisogno di energia in banda costante e su tale fonte vigeva l'esclusiva contrattuale;

– la rinuncia all'obbligo di fornitura esclusiva è stata successiva alla definizione delle regole e alla conclusione del processo di assegnazione della capacità di interconnessione con l'estero e, poiché per l'anno 2002 l'assegnazione è avvenuta su base annuale, questo ha condizionato la possibilità per i clienti idonei di poter ricorrere ad altri fornitori per la copertura anche solo di una parte del loro fabbisogno<sup>127</sup>;

– alcuni clienti hanno sottolineato che le offerte da operatori terzi sono state limitate sia in termini di volumi che di competitività delle condizioni economiche, riducendo significativamente l'ambito delle alternative economicamente convenienti.

**178.** Circa la *sospensione delle maggiorazioni di prezzo*, molti clienti hanno sottolineato che la portata temporale di questa decisione è limitata; ENEL Energia ha, infatti, sospeso l'efficacia delle maggiorazioni di prezzo a valere dal mese di novembre 2002. La rinuncia di ENEL Energia poteva, al più, produrre effetti con riguardo agli acquisti di energia elettrica di origine estera per gli ultimi due mesi dell'anno 2002<sup>128</sup>.

**179.** La circostanza che ENEL Energia fosse considerata un fornitore in grado di garantire ai clienti l'intera gamma di energia elettrica richiesta ha sicuramente influenzato la scelta di alcuni clienti di accettare lo schema contrattuale *standard* così come proposto nell'ultimo trimestre del 2001. Al riguardo, molti clienti hanno confermato la scarsa apertura, dal lato dell'offerta, del mercato rilevante, con la conseguenza che le offerte alternative ad ENEL Energia erano limitate<sup>129</sup>, in particolare, successivamente alla rinuncia alla clausola di esclusiva sull'energia elettrica di origine estera e, a maggior ragione, alla data di sospensione dell'efficacia delle maggiorazioni di prezzo<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> [Cfr. un cliente ha indicato che la proposta di ENEL Energia “ha comportato un aumento dei costi dell'energia in banda assegnata dal GRTN in quanto non ha consentito di mettere in concorrenza l'offerta di ENEL [Energia] con quella di altri fornitori esteri automaticamente esclusi dal vincolo dell'esclusiva” (documento istruttorio 1229). Un altro ha indicato di non aver potuto beneficiare “dell'eliminazione del vincolo di esclusiva [...] in quanto non si sono verificate [...] altre procedure di assegnazione” (documento istruttorio 973).]

<sup>128</sup> [Un cliente idoneo ha specificato che la sospensione delle maggiorazioni di prezzo a fine ottobre 2002 consente “l'acquisizione di sole forniture SPOT negoziabili nel mese di novembre [2002] per i prelievi di dicembre 2002” (documento istruttorio 1171). Un altro cliente ha fatto presente che “le uniche possibilità rimaste a quel punto ad operare sull'estero sarebbero state sullo SPOT mensile del GRTN che però negli ultimi mesi dell'anno raggiunge prezzi molto elevati a causa della necessità [...] di coprire eventuali sbilanciamenti” (documento istruttorio 1172). Molti clienti hanno sottolineato di non aver potuto beneficiare in concreto di questa sospensione. La decisione di ENEL Energia ha invece consentito ai clienti idonei che già acquisivano energia elettrica estera da terzi in regime di applicazione delle maggiorazioni di prezzo di beneficiare economicamente di tale sospensione (cfr. ad esempio, documenti istruttori 1005, 1114, 1176, 1187, 1189 e 1212). Una parte dei clienti idonei ha manifestato disappunto circa l'efficacia della menzionata sospensione solo con riguardo alle forniture alternative acquisite negli ultimi due mesi del 2002, (cfr. documenti istruttori 928, 974, 983, 1017, 1020, 1041, 1043, 1114, 1163, 1168, 1180, 1186 e 1189).]

<sup>129</sup> [In merito alla scarsità di offerte alternative ad ENEL Energia, un cliente ha dichiarato che ENEL Energia “è stata l'unica che, in quel momento ha offerto la disponibilità di contratto di fornitura” (documento istruttorio 909). Un altro ha indicato di aver tentato di sopprimere o modificare alcune delle clausole più penalizzanti inutilmente ma “in mancanza di fornitori alternativi in grado di fornir[e] energia di modulazione” ha comunque accettato il contratto con ENEL Energia (documento istruttorio 974). Da una ulteriore risposta emerge che “fornitori di energia alternativi [...] non erano in grado di assicurarci tutta l'energia necessaria stante anche l'incertezza sulla capacità dell'import” (documento istruttorio 1077). Ancora, un cliente ha affermato che “il contratto proposto da ENEL [Energia per il 2002] non ci ha permesso di cercare alternative di fornitura all'estero. Purtroppo, vista la scarsa apertura dal lato dell'offerta del mercato libero dell'energia, non abbiamo avuto alternative alla proposta di ENEL [Energia]”. Un cliente ha dichiarato di aver richiesto ad ENEL Energia di poter beneficiare, a seguito della rinuncia alla clausola di esclusiva, di parti di bande di energia estera sul punto “ENEL [Energia] ha opposto la presunta incompatibilità [di tale forma di acquisto con la modalità di fornitura di ENEL Energia]” (documento istruttorio 1153). Un altro ha affermato di aver dovuto rinunciare all'offerta di energia elettrica a prezzi competitivi in ragione dei vincoli contrattuali introdotti da ENEL Energia tramite il diritto di esclusiva (documento istruttorio 1203).]

<sup>130</sup> [Sulla difficoltà di trovare forniture alternative in corso d'anno, stante le nuove regole di allocazione delle fonti, si vedano, ad esempio, i documenti istruttori: 920 e 922 ( “mancava un fornitore con disponibilità a prezzi concorrenziali” ); 937 ( “l'intervenuta inapplicabilità del contenuto dell'art. 6 [...] non ci ha di fatto consentito l'accesso ad approvvigionamenti di origine estera [...] all'epoca della comunicazione [di ENEL Energia] risultava già completamente definita l'assegnazione dei diritti di transito [sulla capacità estera] e di fatto reso impossibile l'assunzione di nuovi impegni contrattuali con fornitori di energia di importazione non soggetta alle procedure di riparto” ); 938 ( “non sono pervenute offerte da altri fornitori”); 946 ( “le forniture alternative [...] ricevute non sono stati interessanti”); 956 ( “non abbiamo trovato sul mercato un nuovo fornitore per l'energia estera”); 1043 e 1216 ( “le disponibilità di energia sono ormai sature [a fine ottobre 2002]”; 1053 ( “non ci sembra che in corso d'anno [2002] il GRTN abbia bandito procedure di assegnazioni [ulteriori rispetto a quelle di fine dicembre 2001, e per questo in corso d'anno] non abbiamo ricevuto da fornitori [...] la disponibilità di forniture mensili” ); 1097 ( “non ha potuto beneficiare della rinuncia [...] per

**180.** I consumatori che presentano profili di consumo più variabili ed un più limitato fabbisogno, compresi i consorzi di imprese che aggregano piccoli centri di consumo, hanno mantenuto un rapporto di esclusiva con ENEL Energia, dimostrandosi, di norma, più sensibili a fattori quali la certezza e l'affidabilità della fornitura, il prezzo dell'energia modulata anche in relazione al risparmio di costo conseguito rispetto alle tariffe vigenti nel mercato vincolato. Si tratta in generale di clienti che hanno indicato di non aver beneficiato delle rinunce unilaterali di ENEL Energia in quanto comunque non disponevano di strutture organizzative tali da poter autonomamente rifornirsi dalle fonti di energia estera o CIP6<sup>131</sup>.

**181.** I clienti idonei di medie dimensioni, con profili di consumo che presentano una qualche variabilità, interessati ad acquistare quote di energia elettrica in banda (estera o CIP 6), al fine di ottimizzare il proprio *mix* di approvvigionamento, hanno considerato penalizzanti le clausole contrattuali in quanto idonee a scoraggiare la conclusione di accordi di fornitura con terzi. In particolare, l'applicazione di maggiorazioni avrebbe incrementato il costo medio di fornitura in caso di acquisti da più fornitori rispetto a quello da corrispondere ad ENEL Energia in qualità di fornitore unico<sup>132</sup>.

**182.** I clienti idonei beneficiari sin dalla fase di contrattazione di modifiche sostanziali al contratto di fornitura hanno giudicato accettabili le condizioni di fornitura concordate con ENEL Energia.

### **3. La posizione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas**

**183.** Con lettera del 23 ottobre 2002, l'AEEG ha fornito alcune osservazioni in merito: *i*) alla procedura di assegnazione della capacità di interconnessione, con l'estero per il 2002; *ii*) alla funzione svolta dal "mercato dello scambio", istituito con delibera n. 317/01 (successivamente modificata ed integrata dalle delibere n. 36/02 e n. 81/02), sulla capacità di approvvigionamento e di vendita dei grossisti attivi nel mercato liberalizzato; *iii*) alla giustificazione economica delle disposizioni contenute nello schema contrattuale di ENEL Energia per l'anno 2002; e *iv*) all'impatto sulla concorrenza dell'offerta commerciale di ENEL Energia (documento istruttorio 848).

**184.** L'assegnazione di capacità di interconnessione su base annuale (anziché mediante procedure infrannuali) avrebbe, secondo l'AEEG, il vantaggio di: *i*) aumentare la flessibilità dell'assegnatario di bande di capacità nella definizione delle condizioni contrattuali di fornitura di energia elettrica dall'estero (il cliente idoneo finale può sottoscrivere contratti di durata anche *take or pay* che presentano maggiore convenienza economica), *ii*) ridurre i costi di transazione associati alle procedure di assegnazione e *iii*) essere coerente con la durata, di norma annuale, dei contratti di fornitura di energia elettrica dei clienti idonei finali.

**185.** Secondo l'AEEG, la disciplina del mercato dello scambio ha influenzato l'attività di vendita di energia elettrica sul mercato liberalizzato, consentendo, da un lato, l'accesso al mercato anche a clienti idonei i cui fornitori non erano in grado di approvvigionarsi di energia elettrica in maniera adeguata, per volumi o distribuzione temporale, rispetto alle

---

*manca di energia a prezzo conveniente nel mercato"; 1118 ( "allo stato [ossia al momento della modifica contrattuale di fine ottobre] non ci è più [stato] possibile reperire energia di importazione"; 1122 ( "la decisione di ENEL [...] non ha modificato la ns. politica di approvvigionamento per l'anno 2002 perché, di fatto, non c'è stata disponibilità di forniture alternative da parte di terzi"; 1133 ( "la quasi totalità dei diritti di importazione era già stata assegnata a dicembre 2001 su base annuale [...] il mercato non ha offerto in seguito rilevanti opportunità, in quanto l'energia disponibile era già stata contrattualizzata in massima parte" ( ; 1144 ( "per mancanza di fornitori alternativi non è stato possibile modificare la nostra politica di approvvigionamento per l'anno 2002" ( ; 1150 ( "non si sono presentate opportunità di acquisto in corso d'anno"; 1163 ( "la politica di approvvigionamento si [era a fine ottobre 2002] ormai da tempo conclusa"; ]*

<sup>131</sup> [Cfr. ad esempio documenti istruttori 930, 945. Un ulteriore esempio è costituito da un cliente che ha dichiarato "di non aver mai approfondito l'eventualità di reperire altri fornitori di energia di importazione, in primo luogo perché disincentivati dalle condizioni negoziali imposte da ENEL Trade (sovraprezzi di cui alla clausola 6.2) ed, in secondo luogo, perché la stessa ENEL Trade gestiva di fatto in maniera diretta e pervasiva l'intera materia dell'approvvigionamento di energia di importazione, predisponendo essa stessa la relativa documentazione" (documento istruttorio 1266). Il cliente precisa di aver ricevuto una comunicazione da parte della società SUNWORK circa l'assegnazione della capacità di interconnessione senza esser mai venuto in contatto con detta società.]

<sup>132</sup> [Cfr. oltre ai documenti istruttori già citati (928, 974, 983, 1017, 1020, 1041, 1168, 1162, 1186 e 1189), un cliente idoneo ha indicato come sulla base dei corrispettivi contrattuali per la fornitura completa da parte di ENEL Energia e delle maggiorazioni di prezzo "risulta antieconomico per il Cliente accettare offerte di energia di origine estera da fornitori diversi da ENEL [Energia], laddove il Cliente risultasse assegnatario di una capacità di interconnessione fino a 3 MW" (documento istruttorio 1192). Un altro cliente ha chiarito che "L'applicazione di maggiorazioni di prezzo nel caso in cui fosse stata approvvigionata energia elettrica presso altri fornitori ha reso impossibile questa eventualità in quanto antieconomica. In particolare nel caso di forniture da altri per quantitativi piccoli (es 10%(20% del fabbisogno) poiché in tal caso la penale si applicava a tutta la restante fornitura di ENEL [Energia]" (documento istruttorio 1254). Si vedano, anche, ad esempio, i documenti istruttori 912, 917, 956, 962, 969, 1004, 1010, 1011, 1017, 1043, 1046, 1051, 1065, 1077, 1114, 1119, 1124, 1129, 1140, 1153, 1171, 1186, 1238.]

loro esigenze orarie e, dall'altro, di ridurre il rischio volume dei fornitori. In particolare, il mercato dello scambio avrebbe offerto ai fornitori, che si approvvigionano in maniera prevalente di energia elettrica in "banda piatta", un'opportunità di acquisto di energia elettrica di modulazione indipendente dalle cessioni di produttori nazionali o di altri operatori. L'energia elettrica di modulazione, infatti, è resa disponibile al mercato dal GRTN al prezzo PGn<sup>133</sup>.

**186.** In merito alle clausole contrattuali oggetto del contratto di fornitura *standard* di ENEL Energia, l'AEEG ha espresso le seguenti osservazioni:

– il contratto *standard* prevede già, all'articolo 4, una clausola generale di salvaguardia dall'eventuale rischio volume<sup>134</sup>;

– benché la maggiorazione unitaria, applicata all'energia elettrica residua venduta da ENEL Energia al cliente idoneo, aumenti all'aumentare della quota di energia elettrica acquistata da fonti terze, *“il minore valore unitario attribuito da ENEL Trade all'energia fornita si riduce. Tale andamento sembra difficilmente correlabile al rischio sopportato da ENEL Trade per imprevisti cambiamenti nei volumi forniti (per assurdo si pensi al cliente idoneo che si approvvigiona per il 100% da un nuovo fornitore: in tal caso la maggiorazione è nulla)”*;

– infine, al crescere della quota di energia elettrica acquistata intragruppo da ENEL Energia si riduce l'effetto dell'eventuale rischio volume a livello del gruppo ENEL. Anche se è chiaro che una eventuale co-fornitura si traduce in minori ritiri di energia elettrica intragruppo da parte di ENEL Energia, questo non necessariamente si traduce in minori quantitativi di energia elettrica generati e venduti da ENEL Produzione.

**187.** L'AEEG ritiene che lo schema di maggiorazioni previsto da ENEL Energia non sembra coerente con l'obiettivo di copertura del rischio volume. E' opinione dell'AEEG che tale obiettivo possa essere perseguito con altre modalità che siano determinate in base ai volumi effettivamente sottratti e non facciano, invece, dipendere il computo di oneri aggiuntivi dall'incidenza dei volumi residualmente garantiti al fornitore.

**188.** In generale, l'AEEG ritiene che le disposizioni contrattuali presenti nel contratto *standard* per il 2002 possano costituire un ostacolo allo sviluppo di forniture condivise sia con riferimento agli operatori nazionali che esteri. L'articolo 6 dispone, infatti, diritti di esclusiva sull'energia elettrica di origine sia estera sia nazionale e l'applicazione di maggiorazioni di prezzo nel caso di *“comportamenti «devianti» dei clienti idonei”*, rispetto alle suddette esclusive, puntualmente individuati nel contratto. In particolare, in merito alle maggiorazioni di prezzo, l'AEEG indica che: *“la clausola 6.2 [...] può essere interpretata come una penale, che opera a tutela del diritto di esclusiva generale di ENEL Trade non solo in materia di energia elettrica importata (v. la clausola 6.1) ma anche nelle casistiche relative all'energia nazionale (v. la formulazione dell'articolo 6.2, lettera C [...])”*.

**189.** Con riguardo all'articolo 11, l'AEEG osserva che le disposizioni hanno una durata temporale più ampia rispetto alla naturale scadenza del contratto di fornitura per l'anno 2002<sup>135</sup>.

#### IV. LA VALUTAZIONE GIURIDICA

##### I. LA POSIZIONE DOMINANTE

**190.** Secondo un consolidato orientamento comunitario, la posizione dominante viene definita come una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi e ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. Peraltro, *“siffatta posizione, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone la ditta che la*

---

<sup>133</sup> [D'altra parte, se il fornitore immette in rete energia elettrica per quantitativi maggiori rispetto ai prelievi effettuati dai propri clienti idonei (i.e. nel caso il cliente finale si rivolga ad un terzo per soddisfare una parte del proprio fabbisogno in corso d'anno), egli ha diverse modalità di regolazione dello sbilanciamento della propria posizione commerciale: a) rinviando al bimestre successivo tale regolazione; oppure b) cercando di sottoscrivere contratti di scambio con operatori terzi; ovvero c) cedendo l'energia elettrica in eccesso al GRTN al prezzo delle eccedenze. Tale flessibilità consentirebbe di ridurre l'eventuale rischio volume di un fornitore.]

<sup>134</sup> [Tale previsione garantisce una copertura ad ENEL Energia per eventuali modifiche della redditività del contratto in quanto consente alla società di ricontrattare le condizioni di prezzo per coprire la quota dei costi fissi effettivamente sostenuti in relazione alla contrazione dei volumi consumati dal cliente idoneo.]

<sup>135</sup> [Il contratto “è strutturato in maniera tale da comprendere e descrivere tutti i comportamenti commerciali del cliente e vincolare, con il patto di prelazione, quelle modalità operative che possono [sottrarre il cliente idoneo] alla sfera di influenza di ENEL Trade, in modo che questa possa, sia nel corso del contratto che dopo, esercitare un “dominio” sul cliente” (documento istruttorio 848).]



*detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza*<sup>136</sup>.

**191.** Nonostante la quota di mercato possa essere considerata l'indicatore più diretto per la qualificazione della posizione dominante, l'accertamento della dominanza non può ignorare la valutazione di una combinazione di molteplici fattori che consentono più correttamente di individuare quelle situazioni in cui un'impresa è in condizione di esercitare un potere di mercato, così come indicato dalla giurisprudenza comunitaria<sup>137</sup> e nazionale. Nel caso di specie, rilevano in particolare il grado di concentrazione del mercato, l'asimmetria dimensionale di ENEL rispetto ai concorrenti, la forza attrattiva della società nel mercato e la circostanza che ENEL Energia faccia parte del principale gruppo societario, integrato in tutti gli stadi della filiera elettrica, con una posizione di rilievo, in particolare, nella generazione elettrica nazionale<sup>138</sup>. D'altronde, la significatività della quota di mercato non rappresenta un criterio assoluto poiché *"la sua importanza varia da mercato a mercato a seconda della struttura dei medesimi"* e dal rapporto con le quote di mercato detenute dai concorrenti<sup>139</sup>.

**192.** Ai fini dell'accertamento della dominanza di ENEL, tramite ENEL Energia, nel mercato rilevante, occorre, pertanto, valutare se la società era in grado di esercitare un potere di mercato al momento in cui ha predisposto e stipulato i contratti di fornitura con i clienti idonei per l'anno 2002, vale a dire nell'anno 2001.

**193.** Nel 2001, ENEL Energia deteneva nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei una quota di mercato significativa sia in assoluto sia in relazione a quella dei concorrenti. Nel mercato operavano circa 68 operatori tra grossisti, consorzi e distributori, molti dei quali caratterizzati da legami di tipo personale e societario, o da una vocazione alla vendita di energia intragruppo. La maggior parte di questi operatori non era integrata verticalmente nell'attività di generazione nazionale e, quindi, svolgeva quasi esclusivamente attività di compravendita di energia elettrica estera, nonché a partire dal 2001, anche di energia elettrica CIP6. La numerosità dei grossisti intermediari attivi nel mercato rilevante è coincisa con una frammentazione delle quote di mercato tra questi operatori, che hanno assunto, quindi, posizioni del tutto marginali (cfr. anche *supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie*, §I.3). Nel 2001, la struttura del mercato rilevante era, infatti, caratterizzata da un oligopolio asimmetrico con un elevato grado di concentrazione, a favore di ENEL, e con una forte dispersione delle quote di mercato delle altre imprese marginali.

**194.** L'85% della domanda totale del mercato libero è stata soddisfatta, nel 2001, tramite vendite intermedie da grossisti (la quota è scesa all'83% nel 2002). La quota individuale di ENEL Energia sui consumi finali del mercato libero era, nel 2001, del 37% circa; la quota si attestava intorno al 42% considerando solo le vendite intermedie, ossia le vendite al netto degli acquisti di energia elettrica realizzati direttamente dai clienti idonei energivori all'estero o alle aste CIP6. L'indice di concentrazione CR4 si attestava al 65%<sup>140</sup>; l'incidenza della quota di mercato di ENEL sulla somma delle quote di mercato delle prime quattro imprese (indice di "dominanza"), è stata di poco inferiore al 60%; il rapporto fra la quota di ENEL, tramite ENEL Energia, e di EDISON, secondo operatore del mercato, è più del doppio (2,4 punti). Analoghe considerazioni possono essere svolte sulle condizioni strutturali del mercato rilevante e sulla posizione di mercato di ENEL Energia che, anche nel 2002, ha continuato a detenere una posizione di mercato più che doppia rispetto al suo diretto concorrente.

**195.** Nel caso di specie, la posizione di mercato di ENEL Energia, nel 2001, riflette, da un lato, il quadro regolatorio che ha influenzato, in questi ultimi anni, le dinamiche competitive nel mercato rilevante e, dall'altro, l'adeguamento strategico del gruppo alle regole di volta in volta adottate. Al riguardo, si osserva che l'andamento della quota di mercato di ENEL, tramite le sue controllate nel mercato rilevante, in un periodo successivo a quello in cui si è

---

<sup>136</sup> [Gfr. sentenza della Corte di Giustizia del 14 febbraio 1978, C(27/76), *United Brands v. Commissione*, in *Raccolta 1978*, p. 207; sentenza della Corte di Giustizia del 13 febbraio 1979, C(85/76), *Hoffmann – La Roche v. Commissione*, in *Raccolta 1979*, da p. 461 a p. 520.]

<sup>137</sup> [Cfr. Tribunale di primo grado 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93, T-28/93, *Compagnie Maritimes Belges Transports e altri v. Commissione*, in *Raccolta 1996*, p. II-1201, punto 76 della motivazione.]

<sup>138</sup> [Il Consiglio di Stato, nella sentenza resa il 1° ottobre 2002 (caso *Enel/France Telecom/New Wind*, n. 5156/2002), ha confermato la coerenza e l'attendibilità logica dell'analisi effettuata dall'Autorità in relazione all'accertamento della posizione dominante di ENEL nel mercato della vendita ai clienti idonei, nel 2001, sulla base di una serie articolata di elementi, anche in ragione della specificità del settore elettrico.]

<sup>139</sup> [Cfr. Consiglio di Stato, n. 5156/2002, *Enel/France Telecom/New Wind*, alla nota precedente.]

<sup>140</sup> [L'indice che sale all'80% circa se si considerano i primi 10 operatori.]

manifestata la condotta contestata, è stato ancor più influenzato, per quanto detto sopra, da fattori esogeni oltre che dall'adattamento di ENEL alle misure regolatorie<sup>141</sup>.

**196.** Il mercato rilevante è stato caratterizzato da una serie di interventi legislativi e regolatori che, fin dal 2001, hanno reso disponibili ad una pluralità di clienti idonei fonti di energia elettrica più competitive (importazioni, energia elettrica CIP6 e mercato dello scambio) per alleviare il persistente *gap* tra la domanda dei clienti idonei potenziali e quella dei clienti idonei effettivi, che rifletteva, ancora nel 2001, una scarsità di energia dal lato dell'offerta a condizioni tali da promuovere un effettivo confronto competitivo nella rivendita di energia. Alcune delle misure contenute D.Lgs. n. 79/99 di liberalizzazione non erano, nel 2001, e non sono, tuttora, operative<sup>142</sup>. Per tale motivo, soprattutto negli anni successivi al 2001, sono stati adottati ulteriori e incisivi interventi in tal senso (cfr. *supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie*, § I.1).

**197.** I principali beneficiari delle menzionate misure procompetitive sono stati i clienti idonei finali grandi consumatori di energia (cosiddetti *interrompibili*), i quali hanno potuto accedere, sin dall'inizio del 2001, in via prioritaria e diretta, ovvero senza intermediazione da parte di operatori grossisti, all'energia elettrica CIP6 allocata tramite aste a prezzi agevolati, e, in via sperimentale per gli ultimi tre mesi del 2001, ad una quota della capacità di importazione con l'estero su base triennale<sup>143</sup> (cfr. *supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie* § I.1).

**198.** A partire dal 2001, quindi, il mercato rilevante si componeva di clienti idonei finali che potevano beneficiare di un accesso diretto alle fonti di energia elettrica per soddisfare una parte rilevante del loro fabbisogno, e di clienti idonei finali che, invece, soddisfacevano il loro fabbisogno energetico esclusivamente tramite uno o più operatori grossisti. Questi clienti sono consumatori finali che presentano, al diminuire delle soglie di idoneità, volumi di consumi individuali più ridotti, una maggiore variabilità nei prelievi, una più spiccata preferenza per la certezza e la continuità della fornitura, nonché una particolare sensibilità al prezzo dell'energia elettrica modulata necessaria al completamento del fabbisogno di energia di base (che risulta più limitato in proporzione al fabbisogno totale)<sup>144</sup>.

**199.** A loro volta, a fine 2001, i grossisti intermediari dei clienti finali operavano nella rivendita di energia elettrica potendo, sotto determinate condizioni, ricorrere ad acquisti di energia elettrica tramite: produttori nazionali, aste CIP6 o altri grossisti, attivi in Italia e di diversa nazionalità, che acquisivano l'energia necessaria alla rivendita dalle menzionate fonti nazionali o dall'estero. Le importazioni e le aste CIP6 costituivano, nel 2001, le fonti di approvvigionamento più accessibili, proprio grazie alle misure regolatorie introdotte, e più competitive<sup>145</sup>. Tuttavia, si osserva che le regole di allocazione della capacità di interconnessione e dell'energia elettrica CIP6 sono state definite a fine dicembre 2001, ossia in un periodo successivo alla usuale fase di negoziazione dei contratti di fornitura. La produzione nazionale era, a fine 2001, ancora fortemente concentrata e caratterizzata dalla presenza di operatori, diversi da ENEL, connotati da una

---

<sup>141</sup> [Si vedano le argomentazioni riportate in *supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie* § I.2. Secondo il consolidato orientamento comunitario e nazionale, "la riduzione di quote di mercato, tuttora rilevanti [in particolare se confrontate con le quote degli altri concorrenti] non può costituire, di per sé, la prova dell'insussistenza di una posizione dominante": sentenza del Tribunale di primo grado 8 ottobre 1996, cause riunite T(24/93, T(25/93, T(26/93 e T(28/93, *Compagnie Maritimes Belges Transports v Commissione cit.. D'altronde, la posizione di mercato di ENEL Energia mostra una flessione decisamente più contenuta se calcolata sulle vendite a clienti idonei intermediati, essendosi attestata tra il 42% e il 38% circa nel biennio 2001/2002. Infine, si precisa che a fine giugno 2003 ENEL Produzione aveva sottoscritto un contratto di fornitura solo con la consociata ENEL Trade, attiva nella compravendita di energia elettrica per l'intero gruppo, mentre aveva già immesso in rete per lo scambio circa 2 TWh di energia elettrica (documento istruttorio 1293).]*

<sup>142</sup> [Ad esempio, rileva la circostanza che la cessione ad operatori terzi di una quota della capacità di generazione di ENEL, così come sancito nell'art. 8 del D.Lgs. n. 79/99 si sia conclusa solo nel 2003, e la quasi totalità dell'energia elettrica prodotta da detti impianti continua ad essere destinata al soddisfacimento del fabbisogno del mercato vincolato senza, quindi, aver potuto incidere da subito sull'offerta di energia da fonti indipendenti.]

<sup>143</sup> [L'incidenza delle cosiddette vendite dirette, ossia degli acquisti dei clienti idonei interrompibili realizzati in autonomia tramite fonti "dedicate", ha rappresentato rispettivamente il 12% della domanda libera nel 2001 e il 16% della domanda libera nel 2002.]

<sup>144</sup> [I clienti intermediati per le caratteristiche tecniche e dimensionali del loro profilo di consumo, sono limitati nel ricorso individuale alle aste di energia elettrica CIP6, i cui requisiti di partecipazione hanno, invece, favorito l'assegnazione di energia ai clienti idonei (anche grossisti e consorzi) rappresentativi di una domanda più consistente. La dimensione minima di acquisto è stabilita in 10 MW. I risultati delle aste per il 2001, come per gli anni successivi, hanno confermato che l'energia elettrica è stata aggiudicata in prevalenza ad operatori intermediari grossisti o consorzi di imprese. A ciò si aggiunga che l'energia elettrica estera, immessa in banda costante, non consente a tali clienti, di minori dimensioni, di approvvigionarsi esclusivamente e direttamente da tale fonte per soddisfare il loro fabbisogno integrale di energia.]

<sup>145</sup> [Nel 2001, la copertura del fabbisogno del mercato rilevante è stata soddisfatta per l'81% da importazioni (36%) e da energia elettrica CIP6 (45%), mentre la restante quota del 19% circa proveniva da energia nazionale da fonti tradizionali. Nel 2002, l'energia elettrica di origine estera ha contribuito al soddisfacimento della domanda del mercato rilevante per il 30%, l'energia elettrica CIP6 per il 41% e l'energia di origine nazionale da fonti tradizionali per il restante 29%.]

forte asimmetria dimensionale nella dotazione di capacità di generazione e con una spiccata vocazione all'autoconsumo. Individualmente, questi operatori hanno potuto offrire un limitato ammontare di energia elettrica al mercato libero<sup>146</sup>. Tuttavia, l'importanza della disponibilità di energia elettrica nazionale cresce con il progressivo ingresso nel mercato rilevante di nuovi clienti idonei. Al riguardo, si rammenta che dal 1° gennaio 2002 potevano fare ingresso nuovi clienti idonei con consumi individuali superiori a 9 GWh. L'incidenza dell'energia elettrica nazionale sul fabbisogno del mercato libero è aumentata nel 2002, e svolgerà un ruolo sempre più rilevante nel mercato libero, in quanto sia le importazioni che l'energia CIP6 sono fonti scarse, nel breve-medio termine, per i vincoli derivanti dalla capacità installata. Questo spiega, tra l'altro, la dimensione tuttora nazionale del mercato rilevante. In tale contesto, l'intervento del regolatore ha consentito, soprattutto dal 2001, l'ingresso di nuovi operatori concorrenti e l'ampliamento delle fonti di energia disponibili per il mercato libero: ciò ha certamente inciso sulla quota di ENEL sull'insieme dei consumi dei clienti idonei che, tuttavia, si è pur sempre attestata nel 2001 ad un livello significativo, di poco inferiore al 40%.

**200.** Vanno considerati, inoltre, gli ulteriori fattori che concorrono a determinare la posizione dominante di ENEL: in primo luogo l'appartenenza ad un gruppo verticalmente integrato. ENEL poteva beneficiare, nel 2001, di un indubbio vantaggio competitivo nella disponibilità di una consistente quota di energia elettrica da offrire ai clienti idonei nel mercato rilevante per la rivendita del 2002 e, in particolare, di una importante quota di capacità di generazione da allocare per la copertura del fabbisogno dell'energia di modulazione nazionale a completamento del fabbisogno di base. ENEL Energia disponeva, infatti, del 53% dell'energia elettrica nazionale a copertura del fabbisogno della domanda libera, di cui una parte significativa da acquisti intragruppo, del 65% dell'energia elettrica CIP6 e del 13% circa dell'energia di origine estera (nel 2002, ENEL Energia ha registrato analoghe quote di energia a sua disposizione per la rivendita). La capacità competitiva nell'approvvigionamento dell'intera gamma di energia elettrica per il mercato rilevante è misurabile, anche, dall'incremento registrato da ENEL nell'offerta di energia all'ingrosso tra il 2001-2002. ENEL ha, infatti, aumentato le vendite di energia elettrica nazionale per il 2002 del 45%, a vantaggio quasi esclusivo della controllata ENEL Energia. Gli altri generatori nazionali non hanno mostrato incrementi nell'offerta di energia elettrica nazionale all'ingrosso tra il 2001-2002, che siano paragonabili a quelli di ENEL (*supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie* § I.2, tavole 1 e 2).

**201.** A ciò si aggiunga che ENEL Energia si è posta, a fine trimestre 2001, per le forniture di energia dell'anno solare successivo, come l'interlocutore preferenziale, appartenente al gruppo ENEL, nella stipulazione di contratti di fornitura per il mercato libero, anche per operatori concorrenti della stessa società a valle (sul totale delle vendite di ENEL Energia, le offerte ai grossisti sono passate tra il 2001 e il 2002 da meno dell'1% a circa il 4%). Nel biennio 2001-2002, ENEL Produzione ha, infatti, venduto direttamente ad operatori terzi concorrenti di ENEL Energia una quota modesta di energia elettrica di origine nazionale. Tra l'altro, per le forniture dell'anno 2002, la società di generazione ha presentato offerte contrattuali solo dopo il primo trimestre dello stesso anno, a condizioni economiche che alcuni concorrenti di ENEL Energia hanno ritenuto non idonee a promuovere una concreta concorrenza di prezzo sul mercato della vendita ai clienti idonei<sup>147</sup>.

**202.** Alcuni concorrenti di ENEL Energia si trovavano, quindi, nella condizione di essere anche clienti della stessa società, per l'energia elettrica nazionale di modulazione, di cui avrebbero necessitato per completare il profilo di consumo dei clienti che potevano rifornire invece in autonomia, con energia di base, tramite importazioni ed energia CIP6. ENEL Energia poteva, quindi, essere sufficientemente certa di non incorrere in concorrenti aggressivi nell'offerta di forniture integrali alternative alle sue e, in particolare, nell'offerta di energia nazionale di modulazione a completamento del fabbisogno di base dei clienti. La capogruppo ENEL ha affermato che l'esistenza di un elevato *gap* tra i costi di produzione degli impianti di generazione dismessi (Genco) ed i propri avrebbe assicurato “*un comportamento non aggressivo da parte dell'acquirente*”<sup>148</sup>. Anche alcuni clienti idonei contrattualizzati da ENEL Energia hanno sottolineato che al momento della stipula dei contratti, le offerte alternative ad ENEL Energia erano limitate (cfr. *Argomentazioni delle Parti e degli altri soggetti*, § II.2).

**203.** Alla luce di queste considerazioni, appare evidente come la maggior parte dei concorrenti di ENEL Energia e, in particolare, gli operatori non integrati verticalmente nella generazione nazionale, fosse, a fine 2001, concretamente

---

<sup>146</sup> [La prima delle Genco cedute, Endesa Italia, ha cominciato a contribuire, in misura modesta, alla vendite di energia elettrica nel mercato libero solo nel corso del 2002 (cfr. *supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie* I.2). ]

<sup>147</sup> [Cfr. *supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie* § I.1.b; documento istruttorio 636.]

<sup>148</sup> [Cfr. *supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie* § II.1 e documento istruttorio 344.]

svantaggiata nell'acquisizione di fonti di approvvigionamento paragonabili, per entità, convenienza e consistenza, a quelle di ENEL Energia per la rivendita di energia ai clienti idonei finali<sup>149</sup>.

**204.** Tutti questi elementi, insieme alla circostanza che ENEL rappresentava ancora, a fine 2001, un gruppo fortemente radicato sul territorio e con un marchio affermato, hanno contribuito a distinguere la posizione commerciale di ENEL, tramite ENEL Energia, nella vendita ai clienti idonei, a fine 2001, rispetto alla maggior parte dei concorrenti attivi a valle ed, in particolare, rispetto a quelli non integrati verticalmente nella generazione nazionale. Nel luglio 2001, la capogruppo ENEL qualificava il vantaggio competitivo che la controllata deteneva nel mercato rilevante proprio in ragione di una posizione privilegiata nella generazione nazionale e nel mercato della vendita che, invece, concorrenti di origine estera, quali ad esempio, RWE, EdF e ATEL, non potevano vantare (Piano Industriale 2002–2006, *supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie* § II.1)<sup>150</sup>. ENEL Energia era percepita dai clienti come un fornitore connotato da elevata affidabilità, in particolare nell'offerta dell'energia nazionale di modulazione. La stessa ENEL ha affermato che ENEL Energia era “*il più importante ed affidabile trader operante sul mercato nazionale, oltre a rappresentare la più sicura garanzia per la certa ed integrale fornitura dell'energia reperibile sul mercato nazionale, a completamento di quella estera eventualmente acquistata*”<sup>151</sup>.

**205.** Un ulteriore elemento che qualifica la posizione dominante di ENEL attiene alla capacità di ENEL di servire un ampio “portafoglio clienti”, sia in termini assoluti che relativi, con diversi profili di consumo tra loro complementari. ENEL Energia ha servito, nel 2002, più di 450 clienti idonei per un totale di quasi 5.400 siti produttivi approvvigionati, due volte superiore al numero di clienti forniti dal suo diretto concorrente (la società EDISON), con un profilo di consumo aggregato relativamente costante. Ciò ha conferito ad ENEL Energia un vantaggio competitivo sia in termini di minore variabilità del programma di carico del suo intero parco clienti, che si traduce in un minore rischio commerciale, sia di maggiori opportunità di servire clienti con consumi variabili più remunerativi.

**206.** Per tutti questi fattori, ENEL Energia ha potuto esercitare un potere di mercato nei confronti, in particolare, dei clienti idonei più sensibili all'acquisto di energia elettrica di modulazione a completamento del fabbisogno di energia di base, ritirabile anche tramite importazioni ed energia elettrica CIP6. La politica commerciale di ENEL Energia era, infatti, tesa a rafforzare la sua posizione di mercato, ostacolando i concorrenti a valle maggiormente competitivi sulle offerte di energia elettrica di base (importazioni e CIP6), a rifornire anche solo quote del fabbisogno di energia di una parte dei clienti idonei. ENEL Energia ha predisposto e offerto, a partire dall'ottobre del 2001, ossia “*in anticipo rispetto alla concorrenza*”<sup>152</sup>, contratti di fornitura di energia per il 2002, volti a garantire alla società la copertura integrale del fabbisogno energetico dei clienti idonei attraverso diritti di esclusive, divieti e penalizzazioni per il ricorso alle fonti di energia elettrica estera e CIP6.

**207.** Alla luce di queste considerazioni, ENEL Energia, al momento dell'adozione della condotta commerciale contestata, ovvero nel 2001, deteneva una posizione dominante, in quanto era in grado di esercitare un potere di mercato, frapponendo ostacoli allo sviluppo della concorrenza in una parte del mercato rilevante grazie alla significatività, in termini assoluti e relativi, della sua quota di mercato, all'appartenenza ad un gruppo verticalmente integrato e all'impareggiabile vantaggio competitivo nell'offerta di forniture integrali di energia elettrica ai clienti idonei.

## II. L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

**208.** Secondo i consolidati principi della giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia di concorrenza, l'impresa in posizione dominante ha una “speciale responsabilità” in ragione della quale ad essa è fatto divieto di porre in essere qualsiasi comportamento atto a ridurre la concorrenza o ad ostacolarne lo sviluppo nei mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto<sup>153</sup>. Sebbene l'esistenza di una posizione dominante non privi l'impresa che la detiene del diritto di tutelare i propri interessi commerciali e della facoltà di

---

<sup>149</sup> [A ciò si aggiunga che l'allocatione della capacità di importazione e dell'energia CIP6 per le forniture dell'anno 2002 è avvenuta tra la fine dell'anno 2001 e l'inizio dello stesso anno 2002.]

<sup>150</sup> [Cfr. documento istruttorio 344.]

<sup>151</sup> [Cfr. lettera di ENEL Energia a un cliente idoneo del 17 dicembre 2001, descritta *supra*, capitolo *La denuncia*.]

<sup>152</sup> [Cfr. documenti istruttori 173 e 1338.]

<sup>153</sup> [Cfr., tra le altre, sentenza della Corte di Giustizia 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffman-La Roche*, in *Raccolta*, 1979, p. 461; sentenza della Corte di Giustizia 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96C e C-396/96C, *Compagnie Marittime Belge Transports SA e Dafra Lines v. Commissione*, punto 85, in *Raccolta* 2000, p. I(01365); decisione della Commissione 14 luglio 1999, *Virgin/British Airways*, in *GUCE* 2000, L30/1 del 4 febbraio 2000.]

compiere gli atti che ritenga opportuni per la protezione di tali interessi, un comportamento che abbia lo scopo di rafforzare la sua posizione dominante con condotte abusive non può ritenersi legittimo<sup>154</sup>. Pertanto, comportamenti commerciali che possono essere legittimi, e costituire un aspetto normale dell'attività commerciale se posti in essere da un'impresa che non detiene una posizione dominante, possono rappresentare, invece, abusi qualora siano praticati da un'impresa in tale posizione.

**209.** All'epoca dei fatti contestati e oggetto della presente istruttoria, ENEL Energia era lo strumento operativo della capogruppo per la vendita di energia elettrica ai clienti idonei. La valutazione della condotta commerciale di ENEL Energia, ed in particolare della portata delle disposizioni del contratto *standard*, consente di cogliere a pieno la realizzazione degli obiettivi strategici di ENEL Energia come indicatole dalla capogruppo, ovvero la *fidelizzazione della clientela*, il *presidio della grande clientela* ed il recupero dei *clienti idonei* che si approvvigionavano progressivamente e *direttamente di energia da import e CIP6*.

**210.** Il contratto *standard* presentava, infatti, una serie di disposizioni piuttosto articolate che, nel loro insieme, erano idonee a costituire, da un lato, vincoli assoluti alla libertà di scelta dei clienti idonei di rifornirsi proprio da quelle fonti alternative considerate dalla società come maggiormente concorrenziali (clausole di esclusiva sull'energia di origine estera, divieti alla partecipazione alle aste CIP6 non interrompibili e divieti di fornitura da altri operatori); dall'altro, "*facoltà*" di acquisto da specifici canali (canali privilegiati e "*CIP6 interrompibile*"), subordinate all'applicazione di maggiorazioni di prezzo, chiaramente rivolte a clienti idonei energivori o altri clienti di grandi dimensioni (grossisti o consorzi rappresentativi di importanti volumi).

**211.** Nell'ultimo trimestre del 2001, ENEL Energia ha proposto a tutti i suoi clienti idonei la sottoscrizione del contratto *standard*, che risultava oggettivamente idoneo a vincolare e disincentivare i clienti dal ricorrere a fonti di approvvigionamento alternative, anche solo per una parte del loro fabbisogno (*fidelizzazione e recupero* di coloro che si approvvigionavano *direttamente da CIP6 e importazione*)<sup>155</sup> e lo è stato particolarmente per quei clienti idonei che non potevano prescindere dall'energia di modulazione a completamento dei prelievi di energia elettrica di base. In sede di negoziazione dei contratti, infatti, ENEL Energia ha previsto deroghe alle clausole più restrittive nei confronti, in particolare, dei clienti idonei che avrebbero concretamente potuto beneficiare dell'accesso alle fonti disciplinate dalle "*facoltà*", e cioè i consumatori grandi energivori più sensibili alle condizioni di approvvigionamento dell'energia elettrica di base. Si trattava di una parziale limitazione dell'esclusiva sull'energia elettrica estera, dell'applicazione di maggiorazioni di prezzo di entità meno penalizzante e/o di una loro completa eliminazione.

**212.** Affinché un'impresa in posizione dominante su un mercato commetta un abuso non è necessario che essa imponga un obbligo giuridico in forza del quale il cliente è tenuto a rifornirsi esclusivamente presso l'impresa in questione, essendo sufficiente che le condizioni di vendita del fornitore dominante siano tali da indurre il cliente ad approvvigionarsi esclusivamente o prevalentemente presso di lui, ed invece ininfluenti quali mezzi siano utilizzati per raggiungere tale risultato<sup>156</sup>. D'altronde, ai fini dell'accertamento di una violazione dell'articolo 82 CE, rileva che la condotta sia oggettivamente o potenzialmente lesiva o, in altri termini, che il comportamento sia tale da restringere o possa restringere la concorrenza, senza che occorra dimostrare che il comportamento abusivo abbia "*necessariamente un effetto concreto*"<sup>157</sup>. La verifica della sussistenza dei danni cagionati alla concorrenza può eventualmente influire sulla determinazione della sanzione<sup>158</sup>. Il Tribunale di Primo Grado non ritiene lecito che l'impresa in posizione dominante possa controargomentare segnalando la contrazione della propria quota di mercato, nel periodo contestato, per dimostrare l'assenza di una condotta abusiva: "*quando un'impresa attua effettivamente pratiche il cui fine è la*

---

<sup>154</sup> [Sentenza del Tribunale di primo grado 7 ottobre 1999, T-228/97, *Irish Sugar v. Commissione*, in *Raccolta 1999*, p. III-2969, punto 112; e sentenza del Tribunale di Primo Grado 30 settembre 2003, T(203/01, *Michelin v. Commissione*, punto 243. ]

<sup>155</sup> [Si rammenti che, nel 2001, la dimensione minima di acquisto della bande era molto limitata (1 MW), mentre nel 2002 l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha fissato una soglia più importante (3 MW) per evitare l'eccessiva frammentazione della capacità allocata.]

<sup>156</sup> [ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia 3 luglio 1991, *Akzo Chemie BV v. Commissione*, C-62/86, in *Raccolta 1991*, p. I(03359). Per un'impresa che si trovi in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare gli acquirenti, sia pure a loro richiesta, con l'obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno presso l'impresa in questione costituisce sfruttamento abusivo di posizione dominante ai sensi dell' art. 86 del Trattato. Cfr anche la decisione della Commissione 19 dicembre 1990, IV/33.133-D, *Carbonato di Sodio-ICI*, annullata per questioni procedurali con sentenza della Corte di Giustizia 6 aprile 2000, C-286/95 P, in *Raccolta*, 2000, p. I-2341; nonché sentenza Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio 21 dicembre 2000, n. 11485.]

<sup>157</sup> [Cfr. Sentenza del Tribunale di primo grado, 30 settembre 2003, T-203/01, *Michelin v. Commissione*. Si veda, anche, sentenza del Consiglio di Stato, 25 giugno 2002, n. 4001, *Coca Cola Italia*.]

<sup>158</sup> [Cfr. Sentenza del Consiglio di Stato, 25 giugno 2002, n. 4001, *Coca Cola Italia*, cit.. ]

restrizione della concorrenza, il fatto che il risultato non si realizzi non è sufficiente ad escludere l'applicazione dell'articolo 82 CE<sup>159</sup>. A ciò si aggiunga che “è alquanto probabile che il calo della quota di mercato [...] sarebbe stato più rilevante in mancanza delle pratiche censurate dalla decisione impugnata”<sup>160</sup>.

**213.** Le clausole di esclusiva, i divieti a rifornirsi da altri fornitori, il sistema delle maggiorazioni di prezzo e la concessione di *bonus* di fine anno, rappresentano tutti elementi della politica commerciale attuata da ENEL Energia, nell'ultimo trimestre del 2001, che si configurava come idonea: *i*) a legare a sé una parte significativa dei clienti idonei contrattualizzati e *ii*) a rendere più difficoltoso o precludere del tutto, sin dall'atto dell'offerta dei contratti di fornitura per il 2002, la possibilità ad alcuni operatori concorrenti di ENEL Energia di offrire forniture di energia elettrica, anche solo per una parte del fabbisogno dei clienti idonei di ENEL Energia. Tenuto altresì conto dell'importanza dei flussi commerciali nel settore elettrico tra l'Italia e i diversi altri paesi europei, in particolare, alla luce della maggiore competitività dell'energia elettrica di origine estera rispetto a quella nazionale, la condotta commerciale di ENEL Energia integra, per queste ragioni, un ostacolo agli scambi tra paesi membri dell'UE e, pertanto, una violazione dell'articolo 82 del Trattato CE.

### ***1. L'idoneità delle previsioni contenute nel contratto standard a restringere la concorrenza ed alcune osservazioni sulle argomentazioni di ENEL***

**214.** La scelta commerciale di ENEL Energia per l'anno 2002 è stata quella di offrire un contratto *standard* di fornitura che prevedesse la copertura dell'intero fabbisogno programmato del cliente idoneo, attraverso: *i*) l'offerta di una quota di energia elettrica di origine estera, a completamento della capacità di interconnessione allocata al cliente idoneo tramite il GRTN e *ii*) l'offerta di energia di origine nazionale per la parte residuale del fabbisogno del cliente (*supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie* § II.2.i). Le disposizioni contrattuali dello schema *standard* stabilivano all'articolo 6:

– un diritto di esclusiva, a favore di ENEL Energia, sulla fornitura di energia di importazione sottesa alla capacità di interconnessione assegnata “mensilmente” dal GRTN, o, in alternativa, la cessione a titolo gratuito, ad ENEL Energia, delle bande di capacità assegnate “mensilmente” dal GRTN;

– un obbligo di astensione dalla partecipazione alle aste di assegnazione di energia CIP6 *non interrompibile*<sup>161</sup>;

– un divieto di ricorrere a fornitori terzi per acquisti di quote di energia elettrica, ad esclusione delle “*facoltà*” previste da ENEL Energia.

**215.** Il contratto *standard* disciplinava, anche, in maniera puntuale e residuale, le “*facoltà*” per il cliente di approvvigionarsi da fonti terze (articolo 6.2 del contratto *standard*). In particolare, tali “*facoltà*” erano limitate all'acquisto: *i*) di energia elettrica di origine estera dai c.d. “*canali privilegiati*”<sup>162</sup>, ulteriore a quella già rifornita da ENEL Energia in esclusiva tramite il GRTN e *ii*) di energia elettrica con caratteristiche di *interrompibilità* (aste CIP6). Comunque, nel caso in cui il cliente idoneo avesse esercitato le “*facoltà*” nei limiti sopra descritti, lo stesso avrebbe dovuto corrispondere ad ENEL Energia maggiorazioni di prezzo su tutta l'energia residua fornita dalla società a completamento dell'intero fabbisogno individuale.

**216.** Assume rilevanza, tra l'altro, ai fini della qualificazione dell'abuso, la circostanza che ENEL Energia abbia previsto l'applicazione delle maggiorazioni di prezzo anche nel caso in cui il cliente avesse fatto ricorso a forniture alternative di energia estera (per completare le bande ad esso assegnate dal GRTN) qualora la stessa ENEL Energia si fosse trovata nella “*impossibilità, per qual si voglia motivo*”, di rifornire il cliente (articolo 6.1.D del contratto *standard*).

**217.** L'idoneità delle previsioni contrattuali a porsi in contrasto con le norme a tutela della concorrenza si misura in relazione alle concrete opportunità di scelta lasciate ai clienti idonei contrattualizzati da ENEL Energia. La condotta di ENEL Energia deve, inoltre, essere valutata in considerazione del fatto che la proposta commerciale si collocava in un arco temporale in cui la riduzione delle soglie di idoneità avrebbe consentito, nel 2002, il progressivo ingresso nel

---

<sup>159</sup> [Cfr. *Sentenza del Tribunale di primo grado, 30 settembre 2003, T-203/01, Michelin v. Commissione, cit.*. ]

<sup>160</sup> [Cfr. *Sentenza del Tribunale di primo grado, 30 settembre 2003, T-203/01, Michelin v. Commissione punto 245, cit.*. ]

<sup>161</sup> [ENEL Energia, nella memoria presentata il 28 ottobre 2002, argomenta (p. 33) l'insostenibilità tecnico-economica per i clienti idonei finali dell'approvvigionamento diretto di energia elettrica CIP 6 non interrompibile. A prescindere dalla divisibilità di tale giustificazione che renderebbe inutile la stessa previsione contrattuale da parte della società, certamente la clausola aveva un effetto di preclusione, nei confronti di clienti idonei grossisti, della fonte di approvvigionamento nazionale più competitiva. ]

<sup>162</sup> [Si rammenta che si tratta dell'approvvigionamento di energia estera a potenza costante ulteriore rispetto a quella eventualmente necessaria per completare le bande di capacità assegnate dal GRTN.]

mercato liberalizzato di nuovi clienti idonei (con consumi annui superiori a 9 GWh/a)<sup>163</sup>. Peraltro, alcune modifiche regolamentari introdotte in una fase successiva alla conclusione del processo di contrattazione per la fornitura di energia per il 2002, senza nulla togliere alla portata oggettivamente anticompetitiva di alcune delle clausole contrattuali contenute nell'articolo 6 del contratto *standard*, ne hanno di fatto attenuato gli effetti.

#### **a) I vincoli e i disincentivi alla scelta dei clienti idonei di rifornirsi da fonti alternative**

**218.** Come ampiamente descritto in precedenza (*supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie* § II.2.i), in sede di offerta del contratto di fornitura per l'anno 2002, ENEL Energia si è posta come unico interlocutore per il soddisfacimento del fabbisogno integrale dei clienti idonei. D'altronde, ENEL Energia aveva previsto un contratto articolato con clausole che ostacolavano, o rendevano meno conveniente, il ricorso a rifornimenti alternativi da parte dei clienti idonei contrattualizzati e, parallelamente, l'erogazione di *bonus* di fine anno a coloro che rinnovavano il rapporto di fornitura per l'anno successivo. Occorre, tuttavia, osservare che i clienti idonei si distinguono a seconda delle caratteristiche di consumo (quantitativi richiesti e profilo di ritiro) e della possibilità di accedere direttamente, senza intermediazione, alle fonti di approvvigionamento (*supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie* § I.1). La portata degli articoli contenuti nel contratto *standard* di ENEL Energia, anche alla luce della condotta assunta da ENEL Energia in sede di negoziazione, era destinata ad esplicare i propri effetti in maniera differenziata a seconda del cliente idoneo interessato.

**219.** La tipologia di cliente idoneo servito e il relativo profilo di consumo sono elementi importanti per valutare la sua eventuale autonomia di scelta nella fase di contrattazione e, quindi, il potere di mercato che l'impresa in posizione dominante può esercitare nei suoi confronti. In tal senso va letto l'esito della contrattazione (descritta *supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie*, § II.2.b).ii.), da cui si evince che una parte dei clienti idonei serviti da ENEL Energia (clienti idonei energivori, in particolare *interrompibili*, grossisti e consorzi di imprese che rappresentano grandi clienti finali) si è potuta approvvigionare, per una quota del suo fabbisogno, all'estero o tramite energia elettrica CIP6<sup>164</sup>. Le deroghe al contratto *standard*, sopra richiamate, hanno garantito ad ENEL Energia il *presidio della grande clientela*, consentendole di fornire una parte dell'energia elettrica consumata da questi clienti.

**220.** ENEL Energia ha, invece, applicato integralmente le clausole del contratto *standard* ai restanti clienti idonei. Rientrano tra questi consumatori i clienti che hanno acquisito progressivamente, nel corso degli anni 2000–2002, l'idoneità al diminuire *ex lege* delle soglie di consumo. Tali clienti sono caratterizzati da una domanda di energia più variabile e necessitano, in proporzione, di maggiori quantitativi di energia modulata per soddisfare il proprio fabbisogno energetico a completamento dei ritiri di base<sup>165</sup>.

**221.** L'impianto contrattuale *standard* è stato idoneo a vincolare tutti quei clienti che, per le sopra indicate caratteristiche di prelievo e per dimensione dei consumi individuali, non avrebbero potuto concretamente attingere ai canali di approvvigionamento disciplinati nelle cosiddette "*facoltà*" di cui all'articolo 6.2 del contratto, in quanto: *i*) non disponevano dei requisiti per la partecipazione alle aste CIP 6 *interrompibili* e *ii*) non necessitavano di ulteriori quantitativi di energia di base da acquistare presso i "*canali privilegiati*", rispetto all'energia di base già soddisfatta tramite le importazioni su cui vigeva, comunque, il diritto di esclusiva a favore di ENEL Energia. Questi clienti, come visto, erano caratterizzati da una incidenza più limitata dei ritiri di energia di base, rispetto a quelli di energia di modulazione. Circostanza, quest'ultima, sottolineata dalla stessa ENEL Energia, che ha indicato come i clienti con consumi più variabili "*non [possono] usufruire di elevati quantitativi di energia estera o di specifiche fonti di approvvigionamento loro riservate*" (*supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie* § II.2.i e documento istruttorio 810).

**222.** Per questi motivi, la tesi delle Parti, per cui i contratti di fornitura presentati da ENEL Energia erano caratterizzati "*dall'assenza di una esclusiva sull'intero fabbisogno di energia del cliente*" non appare fondata. Una parte significativa dei clienti contrattualizzati da ENEL Energia non poteva ragionevolmente beneficiare delle "*facoltà*" di cui all'articolo 6.2 del contratto *standard* né in maniera diretta (assenza di requisiti, come visto sopra) né tramite altri fornitori. La stessa ENEL Energia aveva previsto, infatti, divieti *al Cliente di acquistare quote di energia da altri fornitori ovvero di approvvigionarsi direttamente di energia "CIP 6" non interrompibile* per tutta la durata del contratto (articolo 6.2 lettera C).

---

<sup>163</sup> [Si rammenta che nel 2000 hanno avuto accesso al mercato liberalizzato clienti idonei con consumi annui finali superiori ai 20 GWh. ]

<sup>164</sup> [In particolare si tratta dell'acquisto di energia elettrica CIP6 interrompibile e di energia elettrica estera per completare le bande di capacità assegnate a clienti idonei "con accessi dedicati".]

<sup>165</sup> [Circa il 30% dei clienti contrattualizzati da ENEL Energia per il 2002 era vincolato l'anno precedente.]

**223.** Attraverso le esclusive sull'importazione e i divieti al rifornimento dalle aste CIP6 e da operatori terzi, ENEL Energia si era assicurata che tali clienti non potessero attingere ad altre fonti di approvvigionamento di energia elettrica, garantendo, in tal modo, alla società la possibilità di soddisfare il loro intero fabbisogno (obiettivo di *fidelizzazione* e di recupero dei clienti che si approvvigionano *direttamente energia da import e CIP6*). In alternativa, la previsione della cessione a titolo gratuito, ad ENEL Energia, delle bande di capacità assegnate "*mensilmente*" dal GRTN avrebbe avuto lo stesso effetto. Una volta assegnato, da parte del GRTN, il diritto di accesso all'interconnessione direttamente al cliente idoneo, questi era vincolato a: *i*) non pretendere un corrispettivo per la cessione delle bande da ENEL Energia (come era, invece, avvenuto nel 2001) e *ii*) non preferire un altro fornitore per l'approvvigionamento dell'energia elettrica di origine estera.

**224.** I clienti che hanno aderito al contratto di fornitura *standard*, presentando profili di consumo variabili, si dimostravano più sensibili al prezzo dell'energia modulata. Al riguardo, ENEL Energia ha affermato che le condizioni economiche delle forniture per il 2002, basate sull'applicazione di prezzi dell'energia elettrica di modulazione relativamente più convenienti rispetto a quelli dell'energia di base, avrebbero avvantaggiato i clienti idonei con consumi più variabili che presentavano costi medi di fornitura più elevati (*supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie* § II.2.i). Anche ammettendo che una parte di questi clienti avesse potuto concretamente acquisire energia elettrica estera dai "*canali privilegiati*", ulteriore rispetto a quella fornita in esclusiva da ENEL Energia, lo schema contrattuale *standard* prevedeva l'applicazione di maggiorazioni di prezzo<sup>166</sup>.

**225.** L'applicazione di maggiorazioni di prezzo si sostanziava, quindi, in un peggioramento del corrispettivo da applicare su tutta l'energia elettrica residualmente fornita da ENEL Energia, rispetto al caso in cui la società avesse servito il cliente in esclusiva. Un cliente che avesse prelevato energia elettrica estera da altri fornitori, per una quota relativamente limitata rispetto al fabbisogno totale, avrebbe subito un peggioramento significativo delle condizioni di prezzo su tutta la fornitura residua garantita da ENEL Energia. E' utile osservare che gli acquisti di energia elettrica di base, da parte dei grandi consumatori (clienti energivori), non superavano in media il 40% della fornitura mensile di energia elettrica. Gli acquisti di energia elettrica di base, per un consumatore diverso da un energivoro, rappresentavano, viceversa una quota molto più limitata, compresa tra il 10–20% del fabbisogno<sup>167</sup>. Poiché le maggiorazioni di prezzo si applicavano sulla quota residua di energia di modulazione fornita da ENEL Energia, tanto maggiore era tale parte, tanto più penalizzante sarebbe stato il ricorso a fonti alternative ad ENEL Energia<sup>168</sup>.

**226.** Al riguardo, non vale neanche l'argomentazione di ENEL, che si basa sulla tavola "*Limiti convenienza modulazione/estero*" (documento istruttorio 328; cfr. *supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie*, § II.2.b), per cui un cliente idoneo avrebbe potuto acquisire, a prezzi di poco inferiori a quelli praticati da ENEL Energia, l'energia elettrica estera da un altro fornitore, godendo di un risparmio di costo rispetto all'offerta di ENEL Energia. In primo luogo, quelle elaborazioni sono state effettuate, come si evince dalla *e-mail* di ENEL Energia che accompagna la tavola, per un cliente *tipo* energivoro con consumi costanti per l'intero anno e, quindi, non sono adatte a riflettere la convenienza all'acquisto di energia da altre fonti per un cliente con profilo di consumo più modulato. Un risparmio di costo di 1–7 Lire/kWh sul prezzo medio di fornitura può rappresentare un vantaggio economico solo quando il cliente acquista rilevanti quantitativi di energia di base a prezzi più competitivi ed ha un fabbisogno residuo di energia elettrica modulata molto limitato. Inoltre, l'ipotesi che per un cliente idoneo di minori dimensioni siano necessari ulteriori quantitativi di energia elettrica estera di base è poco credibile. La circostanza che le "*facoltà*" di acquisto di energia elettrica dai "*canali privilegiati*" o tramite aste CIP6 *interrompibili* - disciplinate da ENEL Energia nel contratto *standard*, e su cui gravavano le maggiorazioni di prezzo - fosse circoscritta, nella pratica, ad alcune categorie di clienti idonei, è chiaramente rinvenibile nelle dichiarazioni della stessa società quando precisa che le maggiorazioni non sono state commisurate ai "*volumi consumati complessivamente dal singolo cliente [ma] sono state commisurate con riferimento ai volumi di energia elettrica che potenzialmente ENEL Trade avrebbe potuto perdere in relazione a quei clienti idonei che ipotizzava avrebbero potuto cogliere opportunità di approvvigionamento di energia elettrica di*

---

<sup>166</sup> [Vi sono testimonianze di clienti idonei che hanno subito l'onere delle maggiorazioni di prezzo non avendo potuto beneficiare di deroghe al contratto standard (cfr. *supra*, capitolo *Le argomentazioni delle parti e degli altri soggetti*, § II.2).]

<sup>167</sup> [Sul punto si vedano le dichiarazioni di alcuni fornitori terzi che hanno documentato l'impossibilità di co(fornire, insieme ad ENEL Energia, clienti idonei a cui avevano proposto forniture di energia elettrica estera, per il 2002, per quantitativi inferiori al 10% del fabbisogno dei clienti stessi (*supra*, capitolo *Le argomentazioni delle parti e degli altri soggetti*, § II.2).]

<sup>168</sup> [Si vedano le dichiarazioni di EnBW e di diversi clienti idonei riportate in "*Le argomentazioni delle parti e degli altri soggetti*", § II.1 e 2).]



*provenienza estera transitabile tramite il canale privilegiato e di energia elettrica Cip6 interrompibile*". Ciò concorre a far ritenere inaccettabile l'argomentazione di ENEL Energia circa l'assenza di un carattere esclusivo dei contratti di fornitura proposti per il 2002, in particolare per i clienti idonei più sensibili all'acquisto di energia elettrica di modulazione.

**227.** L'insieme delle previsioni contrattuali e, in particolare, il diritto di esclusiva sull'energia elettrica sottesa alle bande di capacità assegnate al cliente dal GRTN con i divieti alla partecipazione alle aste di energia elettrica CIP6 non interrompibile<sup>169</sup> ed al ricorso a qualunque altro fornitore *al di fuori delle "facoltà" disciplinate*, erano tutte misure finalizzate ad impedire che tali clienti potessero acquisire energia elettrica di base, più competitiva, rivolgendosi in maniera autonoma ad altri fornitori. L'insieme di queste previsioni rappresenta, quindi, lo strumento che ha consentito ad ENEL Energia di rafforzare la sua posizione quale fornitore di energia elettrica di base, della quale, viceversa, i clienti idonei avrebbero potuto approvvigionarsi da fonti alternative. L'effetto della politica commerciale di ENEL Energia è stato quello di legare a sé i clienti idonei contrattualizzati e di precludere la possibilità ad altri fornitori – che potevano ragionevolmente, date le condizioni di acquisto dell'energia elettrica nel 2001, rifornirsi in autonomia di energia elettrica di base estera o CIP6 a prezzi competitivi – di soddisfare anche solo per una parte il fabbisogno dei clienti idonei. A tale proposito, il Consiglio di Stato in una recente sentenza ha dichiarato che *"vi è un abuso di posizione dominante quando l'impresa dominante cerca di «sostituire» i prodotti del concorrente con quelli propri (Tribunale di primo grado, 7 ottobre 1999, Irish Sugar Plc/Commissione)"*<sup>170</sup>.

**228.** In conclusione, all'atto della sottoscrizione del contratto di fornitura, i clienti idonei, che non potevano prescindere dalla fornitura di energia elettrica modulata, si sono trovati necessitati ad accettare l'offerta integrale di ENEL Energia, anche se limitava la loro libertà di diversificare le fonti di approvvigionamento, ma che garantiva la copertura del loro fabbisogno energetico. Data la presenza di vincoli all'accesso alle fonti di approvvigionamento, registratasi nell'ultimo trimestre del 2001, ENEL Energia ha rappresentato il fornitore indispensabile per quei clienti caratterizzati da consumi più modulati.

**229.** Nell'ultimo trimestre del 2001, i concorrenti di ENEL Energia e, in particolare, gli operatori non integrati verticalmente, al contrario dell'operatore dominante, non disponevano di fonti di approvvigionamento diversificate e di entità equivalente a quella di ENEL Energia. Al riguardo, si rammenta che la campagna commerciale di ENEL Energia è iniziata *in anticipo rispetto alla concorrenza* e prevedeva più vantaggiose condizioni di prezzo sull'energia elettrica nazionale, per i clienti che si fossero riforniti in maniera integrale dalla società. Un concorrente, che avesse voluto replicare l'offerta di ENEL Energia per acquisire il cliente, avrebbe dovuto praticare prezzi più competitivi sia sull'elettricità importata sia sull'energia elettrica nazionale. Nel 2001, tuttavia, ENEL, tramite la controllata ENEL Produzione, rappresentava ancora il principale offerente<sup>171</sup> dell'energia elettrica di origine nazionale. ENEL Energia si è, inoltre, posta come fornitore principale del gruppo ENEL nel mercato rilevante (le vendite a grossisti sono aumentate nel 2002). Per queste ragioni, i concorrenti di ENEL Energia e, in particolare, quelli non integrati verticalmente nella generazione nazionale, si trovavano in un evidente svantaggio competitivo rispetto ad ENEL Energia nell'offerta di forniture integrali alternative all'operatore dominante. L'offerta di ENEL Energia non era, pertanto, duplicabile da tutti i concorrenti.

**230.** Le disposizioni del contratto *standard* appaiono una risposta di ENEL Energia al tentativo di ingresso ed espansione di intermediari, anche di origine estera, che avessero voluto presentare offerte di energia elettrica per soddisfare una parte della fornitura ai clienti idonei di ENEL Energia. In un contesto di progressiva liberalizzazione del mercato elettrico, la condotta di ENEL Energia, nel limitare la contendibilità dei clienti idonei, ha rappresentato un serio ostacolo allo sviluppo di una concorrenza effettiva in una parte del mercato rilevante.

---

<sup>169</sup> [Con riguardo al divieto di partecipazione alle aste CIP 6 non interrompibile, non tutti i clienti idonei finali disponevano dei requisiti minimi di partecipazione diretta; mentre tale previsione risulta penalizzante per i consorzi di impresa che avrebbero potuto rappresentare una domanda minima sufficiente alla partecipazione. Si veda, anche, la dichiarazione del consorzio Lumenergia (supra, capitolo Le argomentazioni delle parti e degli altri soggetti, § II.1).]

<sup>170</sup> [Sentenza del Consiglio di Stato 25 giugno 2002, n. 4001, Coca Cola Italia, p. 34.]

<sup>171</sup> [Nelle more dell'avvio della borsa elettrica, l'intervento dell'Autorità di settore, nel primo trimestre del 2002, ha consentito una maggiore flessibilità agli operatori per il reperimento di energia elettrica nazionale, ed in particolare dell'energia di modulazione, ad un prezzo regolato.]

## **b) Alcune osservazioni sulle giustificazioni delle Parti alla condotta commerciale contestata**

**231.** L'argomentazione delle Parti, in base alla quale alcune delle clausole contrattuali previste nel contratto *standard* costituivano una modalità di regolazione del rapporto contrattuale giustificabile in ragione delle condizioni di approvvigionamento dell'energia e delle caratteristiche del settore, non può essere ritenuta una motivazione sufficiente ad escludere o circoscrivere né la consapevolezza della contrarietà alle norme della concorrenza della condotta contestata né della sua stessa natura abusiva. A tale proposito, nei paragrafi precedenti, è stato ampiamente documentato che le disposizioni contrattuali avevano natura fidelizzante ed escludente.

**232.** Non può neppure essere condivisa l'argomentazione delle Parti secondo cui ENEL Energia avrebbe operato, nel 2001, ritenendo di non essere soggetta al rispetto della "speciale responsabilità", gravante su una impresa in posizione dominante, stante le conclusioni raggiunte nella citata sentenza del TAR Lazio del 14 novembre 2001<sup>172</sup>. In primo luogo, si rileva, infatti, che ENEL Energia ha ideato la propria strategia commerciale e ha iniziato a darvi esecuzione, offrendo i contratti *standard* sin dall'ottobre 2001 "in anticipo rispetto alla concorrenza", in un periodo, quindi, antecedente alla pronuncia del giudice amministrativo. In ogni caso, la decisione del TAR era soggetta ad un'eventuale impugnativa dinanzi al Consiglio di Stato.

**233.** In merito al presunto rischio volume a cui ENEL Energia sarebbe stata esposta, in caso di ritiri minori rispetto a quelli programmati da parte del cliente, che le Parti riconducono agli impegni di natura *take or pay* presi dalla società per approvvigionarsi di energia, si osserva innanzitutto che prima dell'avvio dell'istruttoria ENEL Energia ha, invece, giustificato ai propri clienti, con lettere datate fine febbraio–inizio marzo 2002, l'applicazione di maggiorazioni di prezzo nei seguenti termini: le maggiorazioni avrebbero dovuto compensare gli eventuali maggiori costi di approvvigionamento dell'energia elettrica nazionale (di modulazione), in relazione alla nuova e differente variabilità del profilo di prelievo del cliente rispetto al sopravvenire di una fornitura in banda (di cui il cliente si fosse approvvigionato da fonti alternative)<sup>173</sup>. ENEL Energia non ha fornito ai propri clienti alcuna indicazione circa i divieti, di cui all'articolo 6 del contratto *standard*, di ricorrere ad altre fonti di energia al di fuori delle cosiddette "facoltà".

**234.** Le argomentazioni delle Parti sul presunto rischio volume non sono accoglibili, sulla base delle seguenti ragioni:

- dalle evidenze istruttorie emerge che la politica di approvvigionamento di ENEL Energia non è coerente con l'affermazione di impegni di natura vincolante, né presi al momento della sottoscrizione dei contratti a fine 2001, né nel corso del 2002 per l'insieme del suo fabbisogno;
- il contratto *standard* disciplinava già l'ipotesi di un'eventuale contrazione dei volumi ritirati dal cliente (articolo 4); la disciplina ivi contenuta risultava meno penalizzante di quella prevista all'articolo 6 (maggiorazioni) e del tutto indipendente dalle cause sottostanti la riduzione dei volumi;
- il meccanismo delle maggiorazioni di prezzo proposto da ENEL non può essere considerato uno strumento idoneo a coprire il presunto rischio volume. Esso, semmai, come la stessa società ha indicato ai clienti, avrebbe consentito ad ENEL Energia di aggiornare il prezzo dell'energia elettrica nazionale (previsto nel contratto) alle condizioni di acquisto dell'energia elettrica di modulazione (intragruppo).

**235.** Con riguardo alla politica di approvvigionamento, si rileva che anche i contratti *take or pay* contengono una certa flessibilità nell'ammontare di energia che l'acquirente può ritirare, in più o in meno rispetto alla quantità di energia sottoscritta, senza incorrere in penalizzazioni (ENEL Produzione ha, ad esempio, applicato soglie di tolleranza mensili del  $\pm 10\%$ ). Inoltre:

- i contratti di acquisto dell'energia estera presentavano durata e data di sottoscrizione diverse (infrannuali), e anche successive alla stipula dei contratti di fornitura con i clienti idonei; molti contratti di durata annuale contenevano, tra

---

<sup>172</sup> [Ci si riferisce alla sentenza del TAR n. 9354/2001 cit., che ha annullato la decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 28 febbraio 2001, nel caso C/4438, Enel/France Telecom/New Wind, con cui si accertava la posizione dominante di ENEL Energia nel mercato rilevante nel 2001.]

<sup>173</sup> [Ciò è confermato anche dal contenuto di alcune lettere inviate da ENEL Energia a clienti idonei in fase di negoziazione da cui si evince che ENEL Energia associa la maggiorazione di prezzo alla fornitura di energia elettrica di modulazione (documenti istruttori 171 e 220). Anche alcuni clienti idonei riconoscono all'energia elettrica residualmente fornita da ENEL Energia natura di energia di modulazione. In particolare, un cliente idoneo nella sua risposta afferma che "la maggiorazione sul prezzo dell'energia applicata da ENEL Energia sulla quota di «modulazione» residua [...] può essere considerato un pregiudizio" (documento istruttoria 1162). Dello stesso tenore il documento istruttoria 165.]

l'altro, clausole di salvaguardia connesse all'alea vigente sulle regole di assegnazione della capacità di interconnessione con l'estero<sup>174</sup>;

- gli acquisti di energia elettrica CIP 6 sono avvenuti all'inizio dell'anno 2002, e sono caratterizzati da elementi di incertezza *ex ante* (i volumi assegnati e il prezzo di acquisto dipendono dall'esito dell'asta concorsuale);
- in ogni caso, al momento della predisposizione dei contratti da parte di ENEL Energia, ossia nell'ultimo trimestre del 2001, le vigenti regole di assegnazione della capacità di importazione e dell'energia CIP 6 prevedevano la possibilità di acquisti anche su base mensile (quindi meno vincolati per il fornitore);
- con riguardo agli acquisti di energia elettrica nazionale, al momento della stesura dell'offerta commerciale e della sua sottoscrizione con i clienti idonei, ENEL Energia *non aveva ancora sottoscritto alcun contratto* con ENEL Produzione (né con ENEL Green Power). I contratti di approvvigionamento intragruppo sono stati, infatti, conclusi a fine marzo 2002. Le condizioni di vendita applicate da ENEL Produzione sono state modificate a seguito delle novità regolatorie introdotte dall'AEEG sul bilanciamento e scambio e sulla valorizzazione dell'energia elettrica all'ingrosso per il mercato vincolato. ENEL Energia non ha contestato il fatto che, al momento della predisposizione dei contratti di fornitura per il 2002, la società avesse la ragionevole aspettativa di concludere con ENEL Produzione contratti di acquisto di energia elettrica aventi caratteristiche analoghe a quelle del 2001, connotate da una più ampia flessibilità nella durata contrattuale (mensili), nella natura dell'energia venduta e nelle modalità di ritiro;
- in ragione del ruolo di fornitore di ultima istanza per il sistema elettrico, il gruppo ENEL poteva comunque trovare una collocazione alternativa all'energia eventualmente non assorbita dai clienti idonei contrattualizzati da ENEL Energia;
- gli altri acquisti di energia elettrica di origine nazionale avevano durata infrannuale e sono stati sottoscritti, tutti, nel corso dell'anno 2002 (molti sul mercato dello scambio).

**236.** L'articolo 4 del contratto *standard* disciplinava una revisione delle condizioni di prezzo solo a fronte di una contrazione dei prelievi mensili superiori al 20% del fabbisogno programmato per almeno due mesi consecutivi, o superiori al 60% per singola fascia in un mese. La previsione di maggiorazioni di prezzo nel caso, invece, di acquisti di energia estera o CIP6 interrompibile appare anche, alla luce dell'articolo 4, finalizzata a disincentivare i clienti idonei dal ricorrere ad acquisti di energia elettrica da altre fonti per soddisfare una parte del loro fabbisogno. Si rammenta, in proposito, che la maggior parte degli acquisti da altre fonti si è concretamente realizzata grazie alle modifiche contrattuali apportate da ENEL Energia in sede di contrattazione con alcuni dei clienti finali di maggiori dimensioni.

**237.** In sede di audizione finale, ENEL Energia ha giustificato la previsione di maggiorazioni di prezzo anche nell'ipotesi in cui la società si fosse trovata nell'*impossibilità, per qual si voglia motivo*, di rifornire con l'energia estera il cliente per completare le bande assegnategli dal GRTN (articolo 6.1.D del *contratto standard*) nei seguenti termini: *“nel caso in cui la società non avesse potuto fornire energia di importazione per ragioni di natura regolatoria, il cliente poteva acquisire l'energia elettrica estera da altre fonti; in ogni caso, la società per non incorrere in responsabilità contrattuale relativa ad un eventuale inadempimento e rifornire il cliente idoneo per il suo fabbisogno si sarebbe dovuta approvvigionare di energia elettrica nazionale e applicare le relative maggiorazioni di prezzo al cliente”* (cfr. documento istruttorio 1338).

**238.** La precedente spiegazione mostra, da un lato, come ENEL Energia abbia potuto trasferire il proprio rischio commerciale sui clienti idonei. A ciò si aggiunga, da un lato, che la stessa società ha scelto di non partecipare direttamente alle aste di assegnazione della capacità di interconnessione per l'anno 2002<sup>175</sup>. Dall'altro, la spiegazione di ENEL Energia non appare esaustiva. L'energia elettrica estera costituiva solo una quota del fabbisogno del cliente, quindi ENEL Energia avrebbe dovuto, in ogni caso, acquisire energia elettrica nazionale a completamento del fabbisogno del cliente. Non è chiaro, quindi, come la sostituzione di un fornitore alternativo ad ENEL Energia, nell'offerta del medesimo ammontare di energia elettrica estera a completamento delle bande, avrebbe potuto comportare un onere maggiore per ENEL Energia nella fornitura del medesimo ammontare di energia elettrica nazionale, tale da prevedere l'applicazione di maggiorazioni di prezzo. A ciò si aggiunga, come detto sopra, che molti dei contratti di importazione prevedevano clausole di salvaguardia per il rischio regolatorio e una qualche forma di flessibilità nel ritiro (clausole tipo *take or pay*).

---

<sup>174</sup> [La stessa ENEL Energia conferma che in ambito internazionale vige una “maggiore informalità delle fasi di formazione del rapporto precontrattuale e contrattuale tra grossisti”; cfr. documento istruttorio 810.]

<sup>175</sup> [In sede di audizione ENEL, nel rimandare ad ENEL Energia l'interpretazione della menzionata clausola, “osserva, non di meno, come piuttosto che abusiva detta clausola appaia al più vessatoria per il cliente idoneo” (documento istruttorio 1338).]

**239.** Neppure la spiegazione relativa all'applicazione in deroga delle maggiorazioni di prezzo ai clienti idonei *interrompibili*<sup>176</sup> sembra rispondere alla giustificazione sul rischio volume<sup>177</sup>. ENEL Energia, pur venuta a conoscenza, al momento della sottoscrizione del contratto, dei volumi che i clienti avrebbero acquistato da terzi in corso d'anno, non ha provveduto a ridefinire gli scaglioni di applicazione delle maggiorazioni di prezzo sulla base del nuovo programma di prelievo, al netto dei volumi di energia elettrica provenienti da tali fonti terze<sup>178</sup>, con ciò rendendo particolarmente penalizzante il ricorso a fonti terze per ulteriori volumi di energia elettrica di base di cui il cliente si fosse eventualmente voluto approvvigionare.

## **2. Il bonus di fine anno**

**240.** Alla luce delle evidenze documentali descritte *supra*, capitolo *Le Risultanze Istruttorie* § II.2.b.iii, la concessione del *bonus* di fine anno corrisposto da ENEL Energia ai clienti idonei non rispondeva ad alcun obiettivo risparmio di costo per la società, mentre la sua erogazione era subordinata alla condizione che il cliente idoneo rinnovasse il contratto di fornitura di energia elettrica per l'anno successivo. L'erogazione di questi *bonus* a fine anno 2001 mirava, quindi, esclusivamente ad indirizzare la scelta del cliente idoneo. In fase di selezione del fornitore di energia elettrica per l'anno successivo, il cliente non poteva non tener conto dell'entità di tale vantaggio finanziario, e ciò dimostra la natura fidelizzante di tale pratica.

**241.** L'erogazione del *bonus* di fine d'anno 2001 concorre a delineare la politica commerciale di ENEL Energia per l'anno successivo (2002), tesa a tenere legati a sé i clienti idonei già serviti l'anno precedente (2001) e, quindi, a limitare il loro ricorso ad altri fornitori. ENEL Energia ha indicato che i *bonus* sono stati erogati a clienti i cui consumi complessivi ammontano, nel 2002, a circa 13 TWh (corrispondenti al 13% circa del mercato libero, e al 17% circa delle sole vendite intermedie); mentre la società non ha accordato *bonus* ai nuovi clienti contrattualizzati che avrebbero acquisto l'idoneità nel 2002.

**242.** Tale pratica, messa in atto da un operatore dominante nella vendita di energia elettrica ai clienti idonei, non può quindi essere considerata, come sostengono le Parti, una mera attività promozionale, senza riflessi anticoncorrenziali nel mercato rilevante, in quanto invece essa appare tesa a fidelizzare parte della clientela.

## **3. L'articolo 11 del contratto standard**

**243.** Sebbene l'articolo 11 del contratto *standard* abbia imposto ai clienti idonei contrattualizzati in Italia da ENEL Energia vincoli informativi, ed abbia previsto un diritto di prelazione a favore di ENEL Energia a parità di condizioni offerte ad imprese dello stesso gruppo societario site all'estero, si osserva che l'ambito di applicazione della clausola riguarda esclusivamente contratti di fornitura per siti esteri e, quindi, vendite di energia elettrica in un mercato rilevante diverso da quello oggetto di valutazione della condotta di ENEL Energia.

**244.** Sin dalle fasi di contrattazione, la società ne aveva previsto l'eliminazione dal contratto in particolare per i clienti consorziati e per quelli che non disponevano di siti all'estero. A fine ottobre, ovvero nel corso del procedimento istruttorio, ENEL Energia ne ha definitivamente sospesa l'efficacia.

## **4. Alcuni elementi che hanno influito sull'efficacia della condotta commerciale oggetto di valutazione**

**245.** Con lettere datate fine febbraio–inizio marzo 2002, ovvero *prima* dell'avvio del procedimento istruttorio, ENEL Energia informava i propri clienti idonei che, alla luce delle nuove regole di allocazione della capacità di importazione

---

<sup>176</sup> [ENEL Energia ha pattuito di applicare maggiorazioni di prezzo solo qualora i ritiri da ENEL Energia scendano al di sotto di una data quota del fabbisogno mensile del cliente (generalmente il 40%).]

<sup>177</sup> [ENEL Energia ha motivato la deroga in ragione della circostanza di essere stata informata preventivamente da tali clienti del fatto che essi avrebbero acquisito quote di energia elettrica da altre fonti nel corso del 2002. Non è chiaro come tali informazioni, ricevute dalla società in sede di negoziazione (a fine anno 2001), abbiano potuto modificare eventuali impegni di acquisto di energia che la società avesse già contrattualizzato con fornitori, anche esteri.]

<sup>178</sup> [Il contratto, infatti, prevede la copertura da parte di ENEL Energia di tutto il fabbisogno del cliente. In questa situazione, un cliente che avesse consumi totali per 100 GWh di cui 40 GWh già contrattualizzati con terzi, da un lato, non si vedrebbe applicate sull'energia elettrica residualmente fornita da ENEL Energia (60 GWh) le maggiorazioni relative allo scaglione fino al 40% ma, dall'altro, nel caso in cui decidesse di acquistare ulteriori 5 GWh di energia elettrica di origine estera, garantendo ad ENEL Energia una fornitura residua di 55 GWh, si vedrebbe applicare una maggiorazione di 2,07 euro/MWh corrispondente alla fornitura percentuale di ENEL Energia maggiore del 50% e fino al 60% anche se concretamente ENEL Energia avrebbe sopportato la perdita di soli 5 GWh che corrispondono a meno del 10% dei volumi effettivamente concordati (60 GWh).]

fissate dall'AEEG per l'anno 2002<sup>179</sup>, le previsioni contrattuali relative al diritto di fornitura in esclusiva dell'energia elettrica sottesa alla capacità di interconnessione assegnata dal GRTN al cliente o, in alternativa, alla cessione gratuita della suddetta capacità, dovevano ritenersi *superate e non più applicabili*.

**246.** Nel corso dell'istruttoria (fine ottobre 2002), ENEL Energia ha comunicato all'Autorità e, successivamente, ai propri clienti, l'intenzione di sospendere, per gli ultimi due mesi dell'anno 2002, l'efficacia della clausola relativa alle maggiorazioni di prezzo (articolo 6.2) e della clausola di prelazione di cui all'articolo 11. Contestualmente, ENEL Energia ha rinunciato al rinnovo tacito del contratto per l'anno successivo (2003).

**247.** In merito alla rinuncia, a fine febbraio–inizio marzo 2002, delle esclusive sull'importazione, la stessa ENEL Energia ha dichiarato che *“in tale inatteso contesto [i.e. la previsione di nuove regole di allocazione della capacità di importazione e CIP6 dettate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas] una volta esaurita la procedura d'asta ed assegnate le bande di importazione e le quote di energia CIP6, tanto i fornitori quanto i clienti idonei non avrebbero ragionevolmente più potuto modificare i propri approvvigionamenti”* (documento istruttorio 862). Anche molti clienti idonei, interpellati sulla portata delle modifiche unilaterali proposte da ENEL Energia, hanno indicato che la rinuncia di ENEL Energia non ha, di fatto, modificato le rispettive politiche di approvvigionamento in corso d'anno, proprio in ragione delle difficoltà riscontrate al reperimento, a conclusione dei processi di allocazione dell'energia estera e CIP6, di quantitativi di energia elettrica in sostituzione a quelli di ENEL Energia (cfr. *supra*, capitolo *Le argomentazioni delle parti e degli altri soggetti*, § II.2). Questo conferma come il diritto di esclusiva sull'energia estera sia stato vincolante sin dalle fasi di sottoscrizione del contratto, con la conseguenza di risultare idoneo ad impedire ai clienti idonei il ricorso ad eventuali fornitori alternativi. Al riguardo sono interessanti le affermazioni di diversi clienti idonei da cui emerge come la fase di confronto tra offerte alternative sia avvenuto ben prima dell'esecuzione del processo di allocazione dell'energia estera (fine anno 2001), e come proprio la presenza di clausole di esclusiva sull'energia di origine estera abbia escluso a priori la possibilità di procedere a valutazioni comparative<sup>180</sup>. La rinuncia alle clausole di esclusiva è stata la conseguenza di una modifica regolatoria sulla modalità di allocazione della capacità di importazione, intervenuta successivamente alla stipula dei contratti, e non di una autonoma scelta della società di mettere fine ad una pratica restrittiva. Ciò, infatti, non spiegherebbe perché ENEL Energia non abbia rinunciato, in quella stessa sede, anche alle maggiorazioni di prezzo e ai divieti imposti ai clienti di rifornirsi di energia nazionale, alle aste CIP6 e/o da altri fornitori.

**248.** Con riguardo alla sospensione delle maggiorazioni di prezzo, occorre sottolineare che già la previsione di regole di assegnazione della capacità di interconnessione e dell'energia elettrica CIP6 *interrompibile* su base annuale aveva circoscritto l'applicabilità delle suddette penalizzazioni. Alla luce delle novità regolatorie intervenute successivamente alla stipula dei contratti di fornitura, le maggiorazioni di prezzo si applicavano, infatti, solo ai casi in cui il cliente idoneo aveva previsto, sin dalle fasi di contrattazione con ENEL Energia, di approvvigionarsi su base annuale per una parte del proprio fabbisogno di energia da tali fonti, senza che ENEL Energia avesse disposto alcuna deroga al contratto. Ciò detto, la sospensione della maggiorazioni di prezzo a fine ottobre 2002 poteva produrre effetti esclusivamente con riguardo agli eventuali acquisti di energia elettrica di origine estera per gli ultimi due mesi dell'anno 2002, mentre non poteva più “sanare” l'effetto potenzialmente dissuasivo prodotto nei confronti di clienti idonei che avessero voluto rifornirsi di energia elettrica CIP6 *interrompibile*, in quanto le relative aste erano già state esperite nel primo trimestre del 2002 su base annuale.

**249.** Alcuni clienti idonei hanno dichiarato di non essere stati penalizzati dall'impianto contrattuale offerto da ENEL Energia e di aver potuto beneficiare di forniture alternative ad ENEL Energia. Al riguardo è utile sottolineare che molti di questi clienti sono stati riforniti di energia elettrica di origine estera dalle società di intermediazione espressamente indicate da ENEL Energia nelle lettere del 17 dicembre del 2001 (trattasi delle società SUNWORK, CROSS e TGE), oppure hanno dichiarato di non essere dotati delle strutture organizzative adeguate a rifornirsi in autonomia da dette fonti. Ciò porta a concludere che il giudizio espresso da questi clienti sull'impatto delle clausole non possa costituire prova dell'assenza di una portata restrittiva delle clausole contestate, in quanto gli stessi non si sono rivolti a fornitori effettivamente concorrenti di ENEL Energia.

**250.** L'Autorità ha stimato che una parte rilevante dei clienti idonei contrattualizzati, corrispondenti a circa 16 TWh di energia elettrica venduta da ENEL Energia (pari al 17% circa della domanda liberalizzata e al 20% circa delle sole

---

<sup>179</sup> [Si rammenta che le nuove modalità prevedevano per l'anno 2002 l'assegnazione della capacità di importazione in un'unica sessione per l'intero anno solare ed il divieto di cessione delle bande di capacità tra operatori.]

<sup>180</sup> [Cfr. “Le argomentazioni delle parti e degli altri soggetti” § II. 2. ]

vendite di energia intermedie), ha sottoscritto contratti di fornitura per il 2002 contenenti le clausole abusive di cui all'articolo 6. ENEL Energia ha sostenuto, invece, che le clausole contrattuali oggetto di contestazione riguardavano volumi di energia elettrica venduti più contenuti, circa 10 TWh (pari al 11% circa della domanda liberalizzata e al 13% circa delle sole vendite di energia intermedie). Il diverso risultato prodotto da ENEL Energia è attribuibile, da un lato, alla inclusione da parte della società, tra le vendite totali effettuate da ENEL Energia, anche di quelle realizzate nel corso del 2002 a clienti idonei che, tuttavia, non hanno sottoscritto il contratto *standard* di fornitura oggetto di esame; dall'altro, ENEL Energia ha considerato, tra le modifiche contrattuali apportate in sede di negoziazione, anche quelle all'articolo 11, che, tuttavia (come notato *supra*, capitolo *La valutazione giuridica*, § II.2), non riguardavano le vendite di energia elettrica nel mercato rilevante, ma vendite realizzate da ENEL Energia su altri mercati geografici. Di conseguenza, le stime di ENEL Energia non appaiono attendibili in quanto contengono riferimenti a dati che non riguardano l'oggetto della presente istruttoria<sup>181</sup>.

**251.** In via puramente ipotetica, anche volendo considerare le stime fornite da ENEL Energia, i clienti idonei assoggettati all'applicazione delle clausole abusive rappresentavano, in termini di volumi consumati, poco meno delle vendite complessivamente realizzate da EDISON nel biennio 2001–2002, che le stesse Parti indicano come il secondo operatore attivo nel mercato della vendita ai clienti idonei in quel periodo<sup>182</sup>.

**252.** Se da un lato, quindi, la politica commerciale di ENEL ha interessato clienti idonei che rappresentano un consistente volume di consumi, ciò non di meno alcuni elementi di natura esogena (prescrizioni regolamentari) ed il comportamento della stessa ENEL Energia (deroghe in sede di contrattazione, sospensione delle clausole e rinuncia al tacito rinnovo) hanno avuto come conseguenza quella di garantire, ad una parte dei propri clienti idonei, la possibilità di approvvigionarsi da altre fonti per una parte del fabbisogno energetico.

**253.** L'efficacia delle disposizioni contrattuali non si è, comunque, prolungata oltre l'anno solare 2002, come invece originariamente disposto all'articolo 8 del contratto *standard*, e ciò in quanto la stessa ENEL Energia ha rinunciato al tacito rinnovo del contratto di fornitura per l'anno 2003, ed ha proposto, per le offerte commerciali del 2003, nuovi schemi contrattuali che non presentano alcuna delle clausole oggetto di contestazione. In merito alla durata dell'infrazione non si può, invece, accettare la posizione di ENEL Energia secondo la quale la garanzia di recesso prevista nel contratto avrebbe limitato gli effetti della durata della pratica. Come già illustrato, infatti, il 2002 è stato caratterizzato da un processo di allocazione delle fonti di energia estera e CIP6 su base annuale, con la conseguenza che molti clienti idonei hanno manifestato l'irrelevanza dal punto di vista pratico della decisione di ENEL Energia di sospendere le clausole contrattuali contestate, in ragione anche delle difficoltà a trovare forniture integrali alternative a prezzi competitivi in corso d'anno (cfr. *supra*, capitolo *Le argomentazioni delle parti e degli altri soggetti*, § II.2).

**254.** Un'ultima considerazione attiene all'argomentazione di ENEL Energia circa l'aumento delle vendite integrali da parte della società, nel 2003, e della conseguente dimostrazione dell'assenza di un effetto restrittivo delle clausole contrattuali oggetto di valutazione per il 2002. La posizione di ENEL Energia non appare condivisibile, né sotto il profilo metodologico, né sotto quello logico deduttivo.

**255.** Con riguardo al metodo, ENEL Energia considera tra le vendite del 2002 anche quelle realizzate ai clienti idonei contrattualizzati nel corso dell'anno, con contratti che non contenevano le clausole abusive analizzate e, quindi, consentivano per definizione agli stessi clienti idonei di rifornirsi per una parte del loro fabbisogno anche da altre fonti. Inoltre, i dati del 2003 non sono dati a consuntivo, ma riguardano una proiezione realizzata da ENEL Energia suscettibile di modifica a fine anno. In proposito è utile sottolineare che nel corso dell'anno 2002 ENEL Energia stimava di rifornire al 100% clienti idonei i cui consumi avrebbero rappresentato il 45% delle vendite totali a fine anno; lo stesso dato è indicato da ENEL Energia per le vendite stimate a fine 2003 (cfr. *supra*, figura 1 capitolo *Le Risultanze Istruttorie*, § II.2.ii).

**256.** Quanto alla forza probatoria dell'analisi di ENEL Energia si osserva che:

– dai dati acquisiti nel corso dell'istruttoria ( *supra*, tavola 9, capitolo *Le Risultanze Istruttorie*, § II.2.b.iv) si evince che, nel 2002, più del 60% delle vendite di ENEL Energia a clienti idonei contrattualizzati sulla base del contratto *standard*,

---

<sup>181</sup> [L'Autorità ha elaborato il dato relativo all'incidenza dei volumi contrattualizzati senza modifiche, considerando esclusivamente i clienti contrattualizzati nell'ultimo trimestre del 2001, in ragione del fatto che essi sono stati gli unici destinatari del contratto standard. L'Autorità non ha reputato corretto, inoltre, inserire il dato relativo all'eliminazione dell'art. 11, in quanto tale clausola non incide sulle possibilità di scelta delle fonti di approvvigionamento nel mercato della vendita di energia elettrica nazionale. ]

<sup>182</sup> [Cfr. documento istruttorio 1333.]

oggetto di valutazione (29, 9 TWh), riguardano forniture a clienti che si sono approvvigionati dalla società per una quota che varia tra il 98% e il 100% del loro fabbisogno complessivo;

– i prelievi di energia elettrica ulteriori alla fornitura di ENEL Energia, per quantitativi così limitati rispetto al fabbisogno complessivo dei clienti idonei, possono trovare giustificazione nella necessità di bilanciare squilibri tra immissioni e prelievi o differenze tra programmi di ritiro e acquisti a consuntivo. In particolare, tali prelievi possono essere stati realizzati tramite: *i*) ritiri dalla rete o acquisti *spot* di energia nazionale divenuti meno penalizzanti nel corso del 2002 con il nuovo sistema di bilanciamento e scambio; *ii*) acquisti *spot* di energia estera (anche dal GRTN) grazie alla eliminazione delle maggiorazioni di prezzo a partire dell'ottobre del 2002; *e/o iii*) autoproduzione. Quest'ultima ipotesi è del tutto plausibile se confrontata con le risposte alla richiesta di informazioni dei clienti idonei agli atti<sup>183</sup>;

– infine, le vendite di energia a clienti che si sono riforniti al 100% da ENEL Energia sono state di 5,1 TWh nel 2002, mentre di 4,7 TWh nel 2003. L'incidenza delle vendite a clienti idonei, che si riforniscono da ENEL Energia per il 50%–97% del loro fabbisogno, sul totale delle vendite di ENEL Energia, sono passate dal 29% del 2002, al 46% del 2003 (*supra*, tavola 9, capitolo *Le Risultanze Istruttorie*, § II.2.b.iv).

**257.** Alla luce di queste considerazioni, l'interpretazione data da ENEL Energia all'aumento delle co-forniture nel 2002 non può ritenersi attendibile, in particolare quando i prelievi di energia elettrica da altre fonti rappresentano percentuali estremamente ridotte del fabbisogno totale e possono essere compatibili con ritiri di energia che nulla hanno a che vedere con una nozione di co-fornitura stabile e continuativa da fornitori concorrenti di ENEL Energia nel mercato rilevante, in quanto si tratta di ritiri dalla rete, autoproduzione o acquisti *spot* dal GRTN.

**258.** A ciò si aggiunga che :

– nel 2003 il mercato libero è caratterizzato dall'ingresso di nuovi clienti idonei con consumi individuali limitati e profili di ritiro particolarmente variabili (le soglie di idoneità sono scese a 0,5 TWh/a), serviti fino ad allora in regime vincolato da un unico fornitore;

– nel 2003 è viepiù incrementata la disponibilità di energia “dedicata” ai clienti idonei *interrompibili* ed il meccanismo dello scambio ha potuto esplicitare concretamente i suoi effetti. Entrambe queste misure hanno garantito ai clienti idonei (finali e grossisti) una maggiore flessibilità negli acquisiti di energia di origine nazionale, che ha certamente contribuito alla disintermediazione di un numero più consistente di clienti di grandi dimensioni e dei grossisti che si rifornivano da ENEL Energia. La possibilità di approvvigionarsi di energia nazionale da fonti diverse dal gruppo ENEL ha attenuato il ricorso al suddetto fornitore anche per una parte residua del fabbisogno.

### III. L'IMPUTABILITÀ AD ENEL DELLA CONDOTTA DI ENEL ENERGIA

**259.** In merito alla responsabilità di ENEL per la condotta di ENEL Energia, si osserva, in primo luogo, come la circostanza per cui ENEL detiene il 100% del capitale di ENEL Energia sia considerata dalla giurisprudenza comunitaria come elemento dal quale presumere che la società capogruppo eserciti un'influenza determinante nell'indicazione e nello svolgimento dell'attività della controllata<sup>184</sup>. In base alla previsione normativa, contenuta nell'articolo 13 del citato D.Lgs. n. 79/99, ENEL “*assume le funzioni di indirizzo strategico e di coordinamento dell'assetto industriale e delle attività esercitate dalle società da essa controllate*”.

**260.** Nel capitolo *Le Risultanze Istruttorie* § II.1 (punti da 63–76) sono stati forniti in dettaglio gli elementi dai quali si evince che ENEL Energia ha dato attuazione operativa a precise indicazioni di politica industriale e commerciale ricevute dalla capogruppo. ENEL non si è, infatti, limitata a fornire mere direttive generiche, come sostengono le Parti, ma ha delineato con precisione ed organicità la strategia commerciale delle proprie controllate nei Piani Industriali per il 2002 e per il 2003. Nei documenti citati in proposito, ENEL richiama, a sostegno degli indirizzi che vi vengono tracciati per orientare il comportamento delle proprie società controllate, iniziative già efficacemente avviate, in particolare da ENEL Energia, a conferma sia della conoscenza da parte della capogruppo della condotta commerciale della sua controllata (oggetto di un provvedimento di avvio di istruttoria), sia della completa approvazione della linea di condotta di quest'ultima.

**261.** Tra gli obiettivi di politica commerciale dettati da ENEL ad ENEL Energia figurano: *i*) l'aumento della quota di mercato attraverso la fidelizzazione della clientela, il presidio della grande clientela e il recupero dei clienti che si

<sup>183</sup> [Cfr. ad esempio documento istruttorio 933.]

<sup>184</sup> [Cfr. tra le altre, sentenza della Corte di Giustizia 16 novembre 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB v. Commissione*, del, C 286/98 P, in *Raccolta*, 2000, I(9925, punto 29.)

approvvigionano *direttamente dai canali CIP 6 e dalle importazioni* con la predisposizione di contratti *standard e personalizzati*; ii) la promozione di una efficace politica di *pricing* per assicurare il presidio della grande clientela, in particolare, attraverso il rafforzamento della collaborazione con ENEL Produzione ed il ricorso massiccio all'approvvigionamento intragruppo; iii) l'adozione di una politica di *retention* della clientela nella vendita ai clienti idonei con l'obiettivo di limitare il ricorso, da parte dei clienti serviti l'anno precedente, ad altri fornitori (*churn rate*) – anche attraverso un'*azione integrata e coordinata da parte di tutte le società del gruppo*. Al riguardo, ENEL ha indicato anche alla controllata ENEL Distribuzione tra i suoi obiettivi commerciali, il presidio del passaggio della clientela dal mercato vincolato al mercato libero, nel cosiddetto segmento del *mass market*<sup>185</sup>.

**262.** Dalle evidenze documentali agli atti, emerge chiaramente, inoltre, la consapevolezza di ENEL circa la posizione di mercato della propria controllata ENEL Energia nel mercato rilevante. In particolare, ENEL ha individuato gli specifici punti di *vantaggio competitivo* di cui dispone il gruppo *nel mercato nazionale dell'energia elettrica*, tra cui: *la presenza di rilievo estesa in tutte le fasi della filiera* (integrazione verticale), *il vantaggio competitivo in termini di approvvigionamento* (acquisti intragruppo), *l'efficacia della struttura commerciale, la forza del brand, l'affidabilità del servizio offerto* e *la significativa base di clienti* (forza commerciale, radicamento territoriale e notorietà del marchio). ENEL ha altresì individuato la modalità con cui rimuovere gli eventuali ostacoli allo sviluppo di ENEL Energia nel mercato rilevante (acquisizione di energia elettrica per il massimo consentito sull'interconnessione con l'estero e alle aste CIP6, nonché recupero dei clienti che si riforniscono da queste fonti, azioni di *retention* della clientela). L'impiego di società di intermediazione (quali TGE, Cross e SunWork) nella partecipazione al processo di assegnazione della capacità di importazione per il 2002, in alternativa ad una diretta partecipazione di ENEL Energia, deve essere letto in tal senso.

**263.** A ciò si aggiunga che i consiglieri di Amministrazione di ENEL Energia, con funzioni direttive nella *holding* ed in altre società del gruppo (tra cui ENEL Produzione), hanno avuto conoscenza della politica commerciale di ENEL Energia ed hanno autorizzato la sottoscrizione di alcuni contratti di fornitura di energia elettrica per l'anno 2002 di rilevante entità. In ogni caso, la stessa ENEL ha dichiarato di essere venuta a conoscenza dei contratti di fornitura in oggetto nel dicembre 2001. Spetta alla società controllante vigilare affinché le sue controllate tengano comportamenti conformi alla legge<sup>186</sup>. Inoltre, prima della separazione societaria, ENEL era già stata oggetto di un procedimento istruttorio avviato ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE, relativo, anche allora, alla previsione nei contratti di fornitura con i clienti idonei di clausole contrattuali abusive con finalità fidelizzante ed escludente di concorrenti. Infine, a ciò si aggiunga che l'Amministratore Delegato di ENEL Energia, in carica tra il 2000–2002, era, all'epoca dei fatti menzionati e oggetto di contestazione, il direttore dell'area commerciale vendita ai clienti idonei della capogruppo ENEL, area che sarebbe divenuta con la separazione societaria proprio la società ENEL Energia (cfr. *supra* capitolo *Le Risultanze Istruttorie*, § II. 1, punti da 77–78).

**264.** Non può neanche essere ritenuta elemento di giustificazione la circostanza, invocata dalle Parti, di legittimo affidamento sull'assenza di una posizione dominante di ENEL Energia, a seguito della sentenza del TAR del Lazio sul caso *Enel-France Telecom/New Wind*. Infatti, al momento della predisposizione e dell'offerta dei primi contratti di fornitura, sin dall'ottobre 2001, il giudice amministrativo non si era ancora pronunciato. In ogni caso, la decisione del TAR era soggetta all'eventuale impugnativa dinanzi al Consiglio di Stato, che si è pronunciato con sentenza del luglio 2002.

---

<sup>185</sup> [Si rammenta che i Distributori continuano, ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. n. 79/99, a rifornire in regime vincolato i clienti che pur avendo acquisito l'idoneità optano per rimanere nel mercato vincolato. E' utile osservare che tali Distributori hanno facoltà di praticare opzioni tariffarie diversificate alla clientela, previa autorizzazione da parte dell'AEEG. In data 9 maggio 2003, ovvero in concomitanza con l'abbassamento della soglia di idoneità a 0,1 GWh/a, ENEL Distribuzione ha presentato all'AEEG una richiesta di modifica di una delle opzioni tariffarie che praticava (in particolare la modifica avrebbe permesso di applicare prezzi mediati tra ore piene e ore vuote separatamente tra periodo invernale ed estivo). E' chiaro che la definizione di opportune opzioni tariffarie può consentire al Distributore di rendere meno conveniente al potenziale cliente idoneo l'ingresso nel mercato libero con la conseguenza di indurlo a preferire la continuità della fornitura vincolata. La stessa conclusione è stata raggiunta dall'AEEG nella delibera n. 82 del 1° luglio 2003 con cui ritenendo che "la proposta di modifica [...] in relazione alle offerte commerciali di ENEL Distribuzione Spa possa ritardare lo sviluppo della concorrenza dell'attività di vendita dell'energia elettrica", dispone che la nuova opzione tariffaria prevista da ENEL Distribuzione debba essere applicata esclusivamente ai clienti non idonei (in caso di indisponibilità di misuratori biorari). ]

<sup>186</sup> [Cfr. Sentenza del Tribunale di primo grado NV, 14 maggio 1998, T(309/94, Koninklijke KNP BT v. Commissione, in Raccolta 1998, II(01007, confermata in appello dalla Corte di Giustizia con sentenza 16 novembre 2000, C248/98, in Raccolta 2000, I(09641, cit.. Cfr. inoltre, sentenza della Corte di Giustizia, Stora Kopparbergs Bergslags AB v. Commissione, cit..]



**265.** Da quanto premesso, è pacifico che la capogruppo ENEL non abbia neppure tentato di impedire la prosecuzione dell'infrazione. Essa si è, infatti, dimostrata inattiva sia contestualmente che successivamente alla stipula dei contratti e all'avvio di istruttoria. Come già illustrato, la rinuncia di ENEL Energia ad alcune delle clausole contrattuali abusive, prima dell'avvio di istruttoria, non costituisce elemento sufficiente a far presumere alla *holding* la cessazione dell'infrazione a fronte, tra l'altro, della persistente applicazione di altre clausole contrattuali restrittive, ormai note alla *holding*.

**266.** In conclusione, l'assetto di controllo, i legami societari esistenti tra ENEL ed ENEL Energia, l'organizzazione e l'attività delle società appartenenti al gruppo ENEL, nonché le regole di *governance*, rappresentano tutti indici di influenza determinante della capogruppo sull'attività della controllata che, insieme agli elementi di fatto sopra descritti e alla particolare rilevanza della condotta commerciale contestata nell'ambito del *core business* di ENEL Energia, consentono di ritenere che la *holding* sia responsabile del comportamento contestato, posto in essere dalla sua controllata ENEL Energia.

#### **IV. L'APPLICABILITÀ DELL'ARTICOLO 82 DEL TRATTATO CE**

**267.** Il presente procedimento istruttorio è stato avviato dall'Autorità sulla base dell'articolo 82 del Trattato CE, in quanto i comportamenti denunciati, suscettibili di configurare abuso di posizione dominante, apparivano idonei a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri della Comunità europea.

##### **1. Parte sostanziale del mercato comune**

**268.** ENEL, tramite ENEL Energia, deteneva, all'epoca dei fatti oggetto dell'istruttoria, una posizione dominante sul mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei in Italia. Esso costituisce una parte sostanziale del mercato comune, considerando l'incidenza sia dei consumi nazionali sul totale dei consumi dell'UE (il 12,4% nel 2000)<sup>187</sup>, sia delle importazioni sul totale dei consumi interni (15,8% nel 2001: la quota più significativa dell'UE, seguita da quella dei Paesi Bassi e della Finlandia). I comportamenti contestati sono idonei, pertanto, a produrre effetti nei confronti di fornitori sia italiani sia stranieri che desiderino vendere energia elettrica a clienti idonei italiani.

##### **2. Conseguenze sugli scambi intracomunitari**

**269.** Poiché l'energia elettrica è soggetta a scambi internazionali, e quella di origine estera costituisce la fonte di approvvigionamento più competitiva, le clausole previste dal contratto *standard* per il 2002 di ENEL Energia (in particolare quelle dell'articolo 6) erano idonee ad influenzare in senso pregiudizievole gli scambi intracomunitari. Tale politica commerciale era finalizzata a creare una barriera nei confronti di produttori e grossisti, anche di origine estera, concorrenti nel mercato liberalizzato, impedendone l'ingresso nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti idonei in Italia o ostacolandone la crescita.

**270.** I comportamenti abusivi oggetto del presente provvedimento sono stati idonei ad impedire ovvero disincentivare alcuni dei clienti idonei dal rifornirsi di energia elettrica da fonti alternative ad ENEL Energia, con la conseguenza che gli stessi sono stati indotti ad approvvigionarsi per il loro intero fabbisogno da tale società.

#### **V. GRAVITÀ DELL'INFRAZIONE E QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE**

##### **1. I presupposti per l'applicazione della sanzione**

**271.** L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, nel testo modificato dall'articolo 11, comma 4, della legge n. 57/01 – applicabile al caso di specie ai sensi dell'articolo 54 della legge n. 52/96 – prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa od ente nell'ultimo esercizio.

**272.** Alla luce dei principi della giurisprudenza comunitaria e nazionale, ai fini della valutazione della gravità dell'infrazione contestata occorre tener conto di una pluralità di elementi, tra i quali, nel caso di specie, la natura della condotta, l'importanza dell'impresa ed il contesto nel quale il comportamento è stato posto in essere<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> [Nello stesso periodo i consumi tedeschi incidevano per il 21% sul totale dell'UE; quelli francesi per il 18%; quelli inglesi per il 14,7%; quelli spagnoli per l'8,3%. Cfr. *Relazione annuale dell'AEEG marzo 2002*, p. 14, tavola I.1.]

<sup>188</sup> [Cfr. *Corte di Giustizia*, sentenza 15 luglio 1970, C-45/69, *Boehringer Mannheim GmbH v. Commission*, punto 53, in *Raccolta 1970*, p.769; ripresa e precisata nella sentenza 7 giugno 1983, cause riunite C-100-103/80, *Musique Diffusion Française*, in *Raccolta 1983*, p.1825; e nella sentenza 9 novembre 1983, C-322/81, *Michelin*, in *Raccolta 1983*, p. 3461. Cfr. altresì gli

**273.** Con riferimento alla natura della condotta, si osserva che ENEL, tramite ENEL Energia, perseguiva l'obiettivo di *accrescere la quota di mercato* attraverso la *fidelizzazione* dei clienti idonei, il *recupero* dei clienti idonei che si potevano approvvigionare di energia elettrica di *origine estera e CIP6* ed il *presidio della grande clientela*. ENEL Energia ha, quindi, predisposto e sottoscritto con i clienti idonei, in particolare quelli più sensibili all'acquisto di energia elettrica di modulazione a completamento del loro fabbisogno di energia di base, contratti di fornitura di energia elettrica per il 2002 che contenevano clausole contrattuali leganti, ed ha altresì erogato un *bonus* a fine 2001 ai clienti che avessero rinnovato il contratto di fornitura anche per l'anno successivo (2002). Il contratto di fornitura per l'anno 2002 è connotato da clausole di esclusiva sull'energia estera, divieti all'acquisto di energia nazionale (tra cui l'energia CIP6) e maggiorazioni di prezzo in caso di ricorso a specifiche fonti di approvvigionamento. La politica commerciale di ENEL, tramite ENEL Energia, era idonea a consentire alla società di porsi come unico interlocutore per il soddisfacimento integrale del fabbisogno energetico dei clienti idonei, in particolare di quelli che si dimostravano più sensibili all'acquisto di energia elettrica di modulazione a completamento dei consumi di energia di base e che avrebbero potuto acquisire tale energia elettrica anche da altre fonti. L'insieme delle previsioni contrattuali ha, infatti, posto oggettive limitazioni e disincentivi al ricorso a quelle fonti di approvvigionamento di energia elettrica che la stessa ENEL Energia riteneva più competitive e contendibili per altri fornitori, in particolare per i concorrenti non integrati verticalmente nella generazione nazionale: l'energia elettrica CIP6 e le importazioni.

**274.** Conformemente all'orientamento nazionale e comunitario, comportamenti fidelizzanti e di esclusione posti in essere da un'impresa in posizione dominante costituiscono per loro natura una violazione grave delle norme a tutela della concorrenza<sup>189</sup>.

**275.** Con riguardo al contesto di mercato, si osserva che la condotta restrittiva posta in essere da ENEL, tramite ENEL Energia, si è manifestata in un mercato caratterizzato da un processo di liberalizzazione in essere dove, peraltro, proprio nell'anno 2002 si doveva registrare l'ingresso di nuovi potenziali clienti idonei come conseguenza dell'abbassamento delle soglie di idoneità. Come visto, la condotta di ENEL Energia mirava, tra l'altro, a limitare il ricorso dei clienti idonei all'approvvigionamento autonomo di energia elettrica di origine estera da altri fornitori, in contrasto con la disciplina normativa comunitaria e nazionale di liberalizzazione del settore elettrico.

**276.** Infine, le risultanze istruttorie attestano che la condotta contestata ha avuto esecuzione dalla fine del 2001 alla fine del 2002.

## **2. La quantificazione della sanzione**

**277.** In ordine alla quantificazione della sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/81, richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, devono essere considerate la gravità della violazione, le condizioni economiche, nonché il comportamento delle imprese coinvolte e, in particolare, le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni. Ai fini dell'individuazione e applicazione di tali criteri si richiama, altresì, la citata Comunicazione della Commissione 98/C9/03 sul calcolo delle ammende.

**278.** Relativamente alla gravità dell'infrazione, nel richiamare le considerazioni già svolte nel paragrafo precedente, si rileva che ENEL, tramite ENEL Energia, ha posto in essere una condotta fidelizzante ed escludente in un mercato interessato da un processo di liberalizzazione. In particolare, la condotta di ENEL Energia è stata in grado di pregiudicare la concorrenza in una parte del mercato rilevante, in quanto, ha ostacolato l'attività di rivendita di energia elettrica, in particolare nei confronti degli operatori non integrati verticalmente nella generazione nazionale, che potevano ragionevolmente rifornire i clienti idonei con energia di origine estera o energia acquistata alle aste CIP6, date le condizioni di approvvigionamento presenti all'epoca dei fatti contestati. A ciò si aggiunga che le modifiche unilaterali apportate da ENEL Energia ai contratti di fornitura per l'anno 2002 sono conseguenza delle nuove regole di assegnazione della capacità di interconnessione per l'anno 2002 disposte dall'AEEG e non l'espressione di un'autonoma iniziativa della società volta a porre fine ad una condotta restrittiva<sup>190</sup>. In merito alla rinuncia, a fine febbraio 2002, del diritto di esclusiva sull'energia elettrica estera sottesa alle bande di interconnessione allocate dal GRTN, la stessa ENEL Energia ha puntualizzato, nelle lettere inviate in proposito ai clienti idonei contrattualizzati, che

---

*“Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 15, paragrafo. 2, del regolamento n.17 e dell'articolo 65, paragrafo 5 del trattato CECA”, (C98/C 9/03) in GUCE C 9/03 del 14 gennaio 1998.]*

<sup>189</sup> [Cfr., *ex multis*, sentenza del Consiglio di Stato 25 giugno 2002, n. 4001, Coca Cola Italia, cit..]

<sup>190</sup> [ENEL Energia non ha mai eliminato, infatti, i divieti di ricorrere ad altre fonti di energia disciplinati nell'art. 6.2.C del contratto standard.]

tale modifica non pregiudicava gli impegni contrattuali già assunti nei suoi confronti<sup>191</sup>. A fine ottobre 2002, ENEL Energia ha poi sospeso l'applicazione delle maggiorazioni di prezzo, con efficacia estesa agli eventuali acquisti di energia elettrica estera che si sarebbero potuti verificare nei soli mesi di novembre – dicembre 2002<sup>192</sup>, avendo, peraltro, rinunciato al rinnovo del contratto di fornitura di energia elettrica.

Per tutte le ragioni sopra esposte, l'infrazione alla normativa a tutela della concorrenza va considerata grave.

**279.** Nel caso di specie, peraltro, va precisato che l'impatto della condotta restrittiva di ENEL, tramite ENEL Energia, ha riguardato solo una parte dei clienti idonei contrattualizzati da ENEL Energia, i cui consumi, nel 2002, corrispondevano al 54% dei volumi complessivamente venduti dalla società e al 17% circa della domanda totale del mercato rilevante (ovvero al 20%, considerando le sole vendite di energia a clienti idonei intermediati), equivalente alle vendite realizzate nel 2001 e nel 2002 dal secondo operatore attivo nel mercato rilevante. Le modifiche al contratto standard negoziate da ENEL Energia, in sede di contrattazione con una parte dei clienti idonei, riflettono solo il diverso grado di esercizio di potere di mercato che un'impresa in posizione dominante può esercitare sui propri clienti.

**280.** Per quanto attiene alla durata dell'infrazione contestata, si rileva che il comportamento commerciale di ENEL, tramite ENEL Energia, visto nel suo complesso, anche alla luce delle considerazioni sopra svolte, è stato realizzato per un periodo non superiore all'anno, dalla fine del 2001 alla fine del 2002.

**281.** La sanzione da irrogare all'impresa deve essere quantificata anche tenendo conto della necessità di fissare un importo che abbia una adeguata efficacia deterrente. Sul punto, negli *“Orientamenti per il calcolo delle ammende”* è espressamente stabilito che nella determinazione della sanzione *“si potrà, inoltre, tenere conto del fatto che generalmente le imprese di grandi dimensioni dispongono quasi sempre di conoscenze e di infrastrutture giuridico-economiche che consentono loro di essere maggiormente consapevoli del carattere di infrazione del loro comportamento e delle conseguenze che ne derivano sotto il profilo del diritto della concorrenza”*.

**282.** La complessiva condizione economica dell'impresa è attestata dal fatto che ENEL ha realizzato, nel 2002, un fatturato di circa 30 miliardi di euro; il bilancio di ENEL mostra, negli ultimi tre anni, risultati di esercizio positivi.

**283.** In conclusione, sulla base di tutto quanto esposto, applicando i criteri sopra richiamati, e tenuto anche conto degli importi indicati nei citati Orientamenti della Commissione di cui alla Comunicazione 98/C 9/03 con riferimento alle *“infrazioni gravi”*, la sanzione da irrogare per l'infrazione di ENEL, tramite ENEL Energia, è pari a duemilionicinquecentomila euro.

Tutto ciò premesso e considerato:

## DELIBERA

a) che la condotta posta in essere da ENEL S.p.A., per il tramite di ENEL Energia S.p.A., costituisce una violazione grave dell'articolo 82 del Trattato CE;

b) che, in ragione della gravità del comportamento tenuto, per l'infrazione di cui alla lettera a) è applicata una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura di duemilionicinquecentomila euro a ENEL S.p.A..

La sanzione amministrativa pecuniaria deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento con versamento diretto al Concessionario del Servizio della Riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane S.p.A., presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno

---

<sup>191</sup> [Sul punto si osserva che, il processo di allocazione della capacità di interconnessione è avvenuto, per l'anno 2002, unicamente su base annuale. Proprio per tale ragione, molti clienti idonei hanno sottolineato che, all'epoca della comunicazione da parte di ENEL Energia, si manifestavano concrete difficoltà nel reperire energia elettrica di origine estera da fornitori alternativi per il soddisfacimento di una parte del fabbisogno in corso d'anno.]

<sup>192</sup> [Diversamente, nessun effetto si poteva registrare con riguardo agli acquisti di energia elettrica CIP6 interrompibile, su cui gravavano, anche, le maggiorazioni, in quanto le aste erano già state esperite nel mese di febbraio 2002 in una unica allocazione annuale. La sospensione delle maggiorazioni di prezzo è stata giudicata tardiva dalla maggior parte dei clienti idonei.]

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.

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

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 33, comma 1, della legge n. 287/90, entro il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

*Rita Ciccone*

IL PRESIDENTE

*Giuseppe Tesauro*