

Pubblicato il 17/10/2019

N. 11976/2019 REG.PROV.COLL.
N. 02916/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2916 del 2019, proposto da Areti S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Cristoforo Osti, Francesco Scanzano, Paolo Valensise, Alfredo Vitale e Alessandra Prastaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via XXIV Maggio 43;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Aiget - Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gennaro D'Andria, con domicilio digitale come da

PEC da Registri di Giustizia;

Associazione Codici, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmine Laurenzano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Axpo Italia S.p.A., Gala S.p.A. non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Associazione Energia Libera, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Cesare San Mauro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Guido D'Arezzo 2;

per l'annullamento

del provvedimento n. 27496 (prot. n. 0010902) dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, adottato nell'adunanza del 20 dicembre 2018 a conclusione del procedimento n. A513 – ACEA/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica, notificato alla ricorrente l'8 gennaio 2019, con il quale l'Autorità ha deliberato che Acea Energia S.p.A., Acea S.p.A. e areti S.p.A. avrebbero posto in essere un abuso di posizione dominante “consistente nell'adozione di un'ampia strategia escludente, realizzata mediante l'utilizzo illegittimo, al fine di competere con i propri concorrenti nell'acquisizione di contratti di vendita di energia elettrica a condizioni di libero mercato, di una serie di prerogative possedute unicamente in virtù della propria posizione di operatore integrato nella distribuzione, quali i dati di contatto della base clienti tutelata e le informazioni sul posizionamento di mercato dei concorrenti di Acea Energia S.p.A. detenute in esclusiva da Areti S.p.A. in qualità di esercente in

monopolio legale l'attività di distribuzione di energia elettrica nei mercati rilevanti" ed ha imposto una sanzione in solido di Euro 16.199.879,09, da pagare entro 90 giorni dalla notifica del Provvedimento;

del provvedimento n. 26928 del 10 gennaio 2018, notificato ad ARETI nel corso dell'ispezione del 18 gennaio 2018, con il quale il procedimento è stato esteso sia oggettivamente che soggettivamente ad ARETI;

del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'AGCM, come da ultimo modificato dal provvedimento n. 26614 del 24 maggio 2017;

nonché di ogni altro atto presupposto, successivo o comunque connesso ai provvedimenti appena richiamati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di Aiget - Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader, di Gala S.p.A. in liquidazione e di Associazione Codici;

Visto l'atto di intervento ad opponendum di Associazione Energia Libera;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 ottobre 2019 la dott.ssa Lucia Maria Brancatelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Acea S.p.A. ("Acea"), Acea Energia S.p.A. ("AE") e Areti S.p.A. ("Areti") sono società attive nel mercato dell'energia elettrica. In

particolare, Acea è la capogruppo dell'omonimo gruppo societario, di cui fanno parte le società interamente controllate AE e Areti. AE opera nella fornitura di energia elettrica sia in regime di c.d. maggiore tutela (in poi, anche "SMT) che sul mercato libero ("ML), mentre Areti è la società del gruppo che gestisce il servizio di distribuzione di energia elettrica negli ambiti territoriali dei Comuni di Roma e Formello.

Con il ricorso in epigrafe, Areti impugna il provvedimento con il quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in avanti, "Agcm" o "Autorità") ha ritenuto che la società ricorrente, unitamente ad Acea e AE, abbia posto in essere un abuso di posizione dominante, contrario all'art. 102 del TFUE, consistito nell'adozione di una strategia di tipo escludente a danno di operatori che svolgono attività di vendita di energia elettrica sul c.d. mercato libero dell'energia.

Agcm, in particolare, contesta alle menzionate società del gruppo Acea l'aver realizzato una condotta commerciale idonea ad alterare le dinamiche competitive nel mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti finali domestici e non domestici di minori dimensioni nei territori nei quali il gruppo gestisce l'attività di distribuzione, in quanto finalizzato a indurre gli utenti del servizio di maggior tutela a passare sul mercato libero sfruttando l'esclusiva disponibilità di anagrafiche di clienti del SMT, nonché le informazioni sul posizionamento di mercato dei concorrenti di AE detenute in esclusiva da Areti.

Il procedimento ha avuto avvio a seguito di una segnalazione pervenuta all'Autorità da parte di Aiget ("Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader"), nonché di quelle di singoli

consumatori, dalle quali l'Autorità ricavava l'esistenza di indizi di una strategia posta in essere dal gruppo Acea, volta a far transitare il proprio parco clienti dal mercato tutelato al mercato libero, anche attraverso modalità che facevano leva sulle prerogative detenute in quanto esercente in esclusiva il servizio di maggior tutela.

Il procedimento era avviato il 4 maggio 2017 nei confronti di Acea e AE e venivano effettuati accertamenti ispettivi, anche presso la società Areti.

Con provvedimento dell'8 novembre 2017, Agcm rigettava l'istanza di assunzione di impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287, volti a rimuovere i profili anticoncorrenziali dell'infrazione contestata.

Con atto del 10 gennaio 2018, l'Autorità deliberava l'estensione del procedimento ad Areti.

La Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (di seguito, "CRI") era inviata alle parti del procedimento il 3 agosto 2018 e l'istruttoria si concludeva con il provvedimento del 20 dicembre 2018, oggetto di gravame, reso al termine del procedimento A513.

L'Autorità, accertata la sussistenza di un abuso di posizione dominante posto in essere da Acea, AE e Areti, dal marzo 2014 e fino al 2017, le inibiva la reiterazione di condotte analoghe a quelle oggetto dell'infrazione e condannava le società in solido al pagamento di una sanzione amministrativa di euro 16.199.879,09.

Areti ha impugnato il provvedimento deducendo, al primo motivo, la decadenza del potere sanzionatorio dell'Autorità per tardività in quanto, sebbene l'estensione del procedimento ad Areti sia stata determinata da documenti reperiti nel corso della prima ispezione effettuata l'11 maggio 2017, l'Agcm avrebbe ingiustificatamente

atteso otto mesi prima di procedere a coinvolgere la ricorrente quale parte del procedimento sanzionatorio.

Nel secondo mezzo, Areti sostiene l'illegittimità del provvedimento perché adottato da un collegio composto da soli due componenti. Sul punto, impugna l'articolo 6, comma 1, e 7, comma 1, del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità, che ritiene sufficiente il quorum costitutivo di due soli componenti, ritenuti contrastanti con le fonti di legge primaria e col principio generale che imporrebbe il numero minimo di tre componenti.

Al terzo motivo, deduce il vizio di incompetenza che inficerebbe il provvedimento, nella parte in cui, con riferimento all'asserita illiceità dello scambio di informazioni interno al Gruppo Acea, l'Autorità avrebbe posto in essere un controllo riservato dalla legge - specificatamente dall'art. 38, co. 2, lett. b, del Decreto Legislativo 1° giugno 2011, n. 93 - all'Arera.

Nel quarto motivo, la ricorrente contesta la ricostruzione dell'Autorità circa l' "esistenza di una costante osmosi informativa tra la società di distribuzione Areti e la società di vendita [AE] avente a oggetto informazioni privilegiate", riguardanti l'esatta consistenza numerica della base clienti dei principali concorrenti nel ML dell'area territoriale di Roma. La ricorrente lamenta la mancata dimostrazione da parte dell'Autorità del nesso teleologico tra l'ottenimento dei dati sulla consistenza numerica dei concorrenti forniti da Areti e la c.d. strategia di svuotamento contestata ad AE, nonché dell'esistenza di un vincolo di strumentalità tra le condotte in questione, al fine di ricondurle a un unico abuso di posizione dominante.

Sostiene anche, al quinto motivo, che l'Autorità non avrebbe fornito alcuna prova della esistenza della consapevolezza da parte di Areti di stare collaborando ad una altrui violazione.

Al sesto motivo, lamenta la mancata esplicitazione nella CRI della possibilità che ad Areti venisse comminata una sanzione, circostanza che le avrebbe impedito di difendersi adeguatamente nel corso del procedimento.

Infine, al settimo e ultimo motivo, la ricorrente contesta l'attività di quantificazione della sanzione, in quanto la natura sussidiaria della responsabilità imputata ad Areti nell'illecito impedirebbe di configurare l'illecito sanzionato quale "molto grave"; anche il calcolo della durata dell'illecito nei suoi confronti sarebbe errato, in quanto commisurato alla durata di quello contestato ad AE.

L'Agcm e le controinteressate Aiget - Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader e Associazione Codici si sono costituite in giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso siccome infondato.

Si è altresì costituita con intervento *ad opponendum* l'Associazione Energia Libera, anch'essa insistendo nella reiezione del gravame. Areti ha eccepito l'inammissibilità dell'intervento, in ragione dell'avvenuta notifica del relativo atto alla ricorrente presso la sua sede legale e non presso il difensore costituito in giudizio, nonché per omessa notifica alle altre parti costituite in giudizio.

In vista dell'udienza di trattazione del ricorso, le parti hanno prodotto memorie e documentazione a sostegno delle reciproche posizioni; l'Associazione Energia Libera ha, altresì, controdedotto in relazione all'eccepita inammissibilità del proprio intervento.

Alla udienza pubblica del 2 ottobre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, va accolta l'eccezione sollevata dalla ricorrente di inammissibilità dell'intervento ad *opponendum* dell'Associazione Energia Libera, che ha notificato il proprio atto di intervento esclusivamente presso la sede legale di Areti, in violazione del chiaro enunciato di cui all'art. 50, comma 2, c.p.a., che impone di effettuare la notifica nei confronti delle parti costituite ai sensi dell'art. 170 c.p.p., vale a dire presso il difensore costituito in giudizio. Né vale a superare il difetto di notifica, come sostenuto dall'Associazione, che le altre parti nulla abbiano eccepito in proposito e che Areti abbia "riconosciuto" nei propri scritti difensivi di avere ricevuto tale notifica, in quanto la mancata accettazione del contraddittorio da parte della ricorrente non consente di ritenere sanata per raggiungimento dello scopo la nullità della notifica nei suoi confronti.

Sempre in via preliminare, il Collegio fa presente che non terrà conto della memoria difensiva dell'Autorità del 17 settembre 2019, in quanto, come eccepito da parte ricorrente, essa è stata depositata tardivamente oltre il termine di cui all'articolo 73, comma 1, c.p.a., dimidiato ex art. 119, comma 2, c.p.a.

Passando al merito delle questioni sollevate, vanno disattese le censure di carattere procedimentale e di difetto di competenza sollevate nei primi tre motivi di impugnazione.

In ordine alla asserita decadenza dell'Autorità dall'esercizio potere sanzionatorio, questa Sezione ha avuto modo di affermare che, quanto alla durata della fase preistruttoria, "*né nell'art. 14 l. n. 287 del 1990 né nel Regolamento dell'Autorità in materia di procedure istruttorie viene individuato un termine massimo per la durata di tale fase la non applicabilità*

diretta del termine di cui all'art. 14 l. 689/1981 non può giustificare il compimento di una attività preistruttoria che si dipani entro un lasso di tempo totalmente libero da qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato, poiché un simile modus operandi sarebbe in aperto contrasto con i principi positivizzati nella legge n. 241/90 e, più in generale, con le esigenze di efficienza dell'agire amministrativo e di certezza del professionista sottoposto al procedimento". Tuttavia, "ai fini della valutazione della congruità del tempo di accertamento dell'infrazione ciò che rileva, quale termine iniziale, non è la notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità ma l'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita; conoscenza a sua volta implicante il riscontro, anche ai fini di una corretta formulazione della contestazione, dell'esistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti. Ne discende la non computabilità del tempo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, ai fini dell'acquisizione e della delibazione degli elementi necessari allo scopo di una matura e legittima formulazione della contestazione" (così, Tar Lazio, sez. I, 12 giugno 2018, n. 6516).

Nella presente fattispecie, l'estensione del procedimento nei confronti di Areti è stata disposta a seguito di una approfondita attività di acquisizione di informazioni utili per l'accertamento della condotta oggetto di imputazione, che si è sostanziata in visite ispettive e richieste di informazioni, sicché il tempo complessivamente intercorso tra l'avvio del procedimento nei confronti di AE ed Acea e l'estensione dello stesso ad Areti non può ritenersi irragionevolmente lungo.

Quanto alla circostanza che il provvedimento è stato adottato da un collegio composto da soli due componenti, diversi dal presidente, questo Collegio condivide le argomentazioni rese in argomento nella recentissima pronuncia di questa Sezione n. 11330 del 26 settembre

2019. La richiamata sentenza ha chiarito che sebbene l'art. 10 L. 287/90 preveda che l'Autorità è un organo collegiale, costituito da tre membri compreso il presidente (come da modifica di cui all'art. 23, comma 1, lett. d), D.L. 201/11 come convertito in legge n. 214/11), nulla aggiunge sul numero minimo di componenti per assumere una decisione. Inoltre, ha rammentato che la giurisprudenza ha già chiarito che l'Agcm non costituisce collegio perfetto ed è demandata ad essa stessa, ai sensi dell'art. 10, commi 2 e 6, L. 287/90, la definizione dell'assetto e delle maggioranze, con riferimento al quorum sia strutturale sia funzionale (Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 7 aprile 1999, n. 873). Il Regolamento sul funzionamento dell'Agcm (delibera n. 26614 del 24 maggio 2017) conferma tutto ciò, prevedendo: a) all'art. 3, l'assenza del presidente o un suo impedimento, con funzioni assunte temporaneamente dal componente con maggiore anzianità nell'ufficio o, in caso di pari anzianità, dal più anziano di età; b) all'art. 6, che per la validità delle riunioni dell'Autorità è necessaria la presenza del presidente e di un componente, ovvero di due componenti; c) all'art. 7, che le deliberazioni dell'Autorità sono adottate a maggioranza dei votanti e in caso di parità prevale il voto del presidente ovvero, in sua assenza, del componente che ne assume temporaneamente le funzioni ai sensi dell'art. 3, comma 2.

Le modalità con cui è stata assunta la decisione impugnata, pertanto, appaiono conformi alla regolamentazione e alla legge che disciplinano il funzionamento dell'Autorità, e si sottraggono alle critiche di compatibilità con le norme costituzionali in quanto funzionali ad assicurare la continuità dell'azione amministrativa.

Inoltre, il Consiglio di Stato, in relazione a situazione comparabile a quella in esame relativa ad altra Autorità indipendente (ma riferibile a tutte le autorità indipendenti per le quali è stata prevista la riduzione del numero dei componenti dell'organo di vertice), ha chiarito che la disposizione sul valore "doppio" del voto del presidente si comprende agevolmente considerando che tutti i collegi posti al vertice delle autorità indipendenti (che non sono considerati collegi perfetti) sono stati portati a tre componenti (con le sole eccezioni dell'AGCom e della Commissione di garanzia per gli scioperi nei servizi pubblici) e che tale riduzione del numero dei componenti ha reso assai più probabile il verificarsi di situazioni di impasse conseguenti all'astensione o all'impedimento di uno dei componenti del collegio, con conseguente necessità di evitare che, in ragione di tale impedimento o assenza, l'attività dell'Autorità risulti di fatto paralizzata, con chiaro vulnus al principio costituzionale di buon andamento (Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2016, n. 4936).

Devono essere respinte anche le censure di cui al terzo motivo di impugnazione e relative al denunciato vizio di incompetenza, che scaturirebbe, secondo la prospettazione di parte ricorrente, dalla violazione dell'art. 38, comma secondo, lett. b) del d. lgs. n. 93/2011, secondo cui *"Nel caso di gestore del sistema di distribuzione facente parte di un'impresa verticalmente integrata, lo stesso gestore non può trarre vantaggio dall'integrazione verticale per alterare la concorrenza e a tal fine: [...] b) le informazioni concernenti le proprie attività, che potrebbero essere commercialmente vantaggiose, sono divulgate in modo non discriminatorio. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas vigila sul rispetto delle disposizioni di cui al presente comma"*.

Poiché la condotta contestata ad Areti si sostanzierebbe in una violazione della disciplina dettata dalla predetta norma di legge, la

sola autorità di regolazione del settore ("Arera") avrebbe potuto contestare l'illecito.

La tesi non è condivisibile, in quanto la condotta imputata dall'Agcm non è sovrapponibile, né sotto il profilo materiale né quanto alle finalità di tutela perseguite dalla disciplina di settore, a quella oggetto di tutela da parte di Arera. Infatti, oggetto della sanzione *antitrust* non è la divulgazione (secondo modalità discriminatorie) delle informazioni commercialmente vantaggiose, ma l'utilizzo – a fini anticoncorrenziali – di tali informazioni da parte di AE e Acea, che sarebbe avvenuto grazie alla condotta di Areti, che avrebbe in tal modo partecipato alla strategia "abusiva" complessivamente posta in essere dalle altre società del gruppo.

Sono, invece, meritevoli di accoglimento le doglianze formulate dalla parte ricorrente nel quarto motivo di impugnazione, alla stregua delle considerazioni che seguono.

L'art. 102 sul Trattato di funzionamento dell'Unione Europea stabilisce che "È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;
- b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;

- c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;
- d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

L'elencazione dei comportamenti descritti nel richiamato articolo non è esaustiva, pertanto la norma delinea una fattispecie aperta, rimettendo all'interprete la specificazione dei concetti generali presenti nella disposizione, nonché l'individuazione delle fattispecie delle condotte meritevoli di sanzione. L'esistenza di una posizione dominante, inoltre, non è di per sé incompatibile con le norme in materia di concorrenza, atteso che è possibile che l'impresa competa lecitamente sul mercato con gli altri concorrenti.

Il problema è allora quello di individuare una linea di demarcazione tra uso e abuso della posizione di concorrente dominante, ciò che dovrà avvenire in ragione del principio generale di proporzionalità, individuando, in concreto, il potere economico dell'impresa e comparando lo stesso alle distorsioni della concorrenza che la condotta di quell'impresa in quello specifico ambito è in grado di generare (Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673).

In sostanza la dominanza genera nell'impresa una "speciale responsabilità" di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata in mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto (Corte di giustizia CE, 14 novembre 1996, n. 333/94).

Ne deriva, anche alla luce della già rilevata portata proteiforme della nozione di abuso, che l'interprete dovrà identificare, pur nella varietà e eterogeneità delle situazioni di fatto, la sussistenza di un rapporto effettivo tra l'interesse generale tutelato dalle previsioni, riferito alla tutela della concorrenza e del mercato, e il comportamento concretamente tenuto e considerato dai provvedimenti.

La giurisprudenza ha pure osservato come il carattere abusivo di un comportamento alla luce dell'art. 102 TFUE non ha relazione con la sua conformità ad altre normative, giacché gli abusi di posizione dominante consistono, per lo più, proprio in comportamenti leciti alla luce di altri settori dell'ordinamento, diversi dal diritto alla concorrenza (Corte di giustizia CE, 6 dicembre 2012, C-457/10, *Astrazeneca*, Consiglio di Stato, VI, 15 maggio 2015, n. 2479 e 12 febbraio 2014, n. 693).

Ne consegue che, pur in presenza di comportamenti leciti alla luce di singole normative settoriali, l'interprete potrà ravvisare la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale laddove la combinazione degli stessi sia espressiva di un intento escludente, da accertare indiziariamente come un *quid pluris* che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti.

Sempre in via generale, si è poi osservato come, stante la natura "di pericolo" dell'illecito antitrust, non occorre anche che se ne verificino gli effetti concreti, purché venga appurata l'astratta idoneità della condotta ad alterare il normale svolgimento del gioco concorrenziale. L'illecito, in sostanza, si perfeziona attraverso la condotta anticoncorrenziale, nella misura in cui la stessa sia astrattamente idonea a produrre effetti anticoncorrenziali, vale a dire a turbare il funzionamento corretto e la libertà stessa del mercato.

Passando all'esame della fattispecie oggetto di sanzione, secondo la ricostruzione fornita da Agcm, AE avrebbe approfittato della propria prerogativa di operatore integrato verticalmente nell'attività, in monopolio, della distribuzione elettrica e nella conseguente gestione in esclusiva del servizio pubblico di vendita di energia elettrica in regime di maggior tutela, ponendo in essere due condotte abusive, volte allo svuotamento della maggior tutela in vista della soppressione per legge del relativo settore.

La prima condotta consisteva nella raccolta da parte di AE (direttamente o incrociando liste di contatti pubbliche o acquisite da terzi con il proprio database) e con modalità discriminatorie del consenso privacy per finalità commerciali degli utenti del mercato tutelato e nell'utilizzo dei relativi dati di contatto da parte della stessa AE per la propria attività commerciale sul mercato libero. La seconda, nell'utilizzo da parte di AE - sempre per finalità commerciali - di informazioni sensibili sul posizionamento di mercato dei suoi principali concorrenti e che si trovano nella esclusiva disponibilità di Areti, distributore del servizio di energia elettrica nell'area di Roma e Formello e parte del gruppo Acea.

Nello specifico, Agcm ritiene che la prima condotta fosse strutturata in due passaggi successivi: il primo finalizzato alla c.d. presa del consenso privacy – secondo modalità discriminatorie - dei clienti del SMT per scopi commerciali e il secondo all'inserimento dei contatti così "consensati" in liste di anagrafiche trasmesse da AE ai propri teleseller perché li chiamassero al fine di proporre loro la sottoscrizione di forniture energetiche sul mercato libero.

La strategia escludente, per l'Autorità, era corroborata dalla seconda condotta, con la quale AE adoperava il "set" di informazioni

ottenuto per il tramite di Areti relativo alla ricostruzione diacronica dell'andamento del mercato della vendita di energia elettrica sul mercato libero, consentendole di monitorare l'efficacia ed orientare le proprie strategie di marketing.

Osserva il Collegio che, alla luce dei canoni interpretativi enunciati dalla surriferita giurisprudenza in tema di abusi di posizione dominante, le attività poste in essere da Areti nella seconda condotta sopra descritte non sono rilevanti ai fini della imputazione alla ricorrente di un illecito anticoncorrenziale.

Si è osservato che il soggetto che si trova in posizione dominante commette un illecito antitrust abusando della sua condizione attraverso una o più condotte, anche singolarmente lecite, qualora tali condotte presentino un sufficiente margine di gravità e di potenziale offensività, tale da denotare l'idoneità a produrre l'effetto escludente sul mercato. Non esiste, quindi, un abuso significativo per il sol fatto di rivestire la posizione di monopolista in un mercato né nel volere intraprendere attività di "retention", volte a mantenere la propria clientela anche nella fase di passaggio a un mercato concorrenziale. Le condotte dell'impresa assumono, invece, rilevanza ai fini antitrust quando le politiche di marketing dimostrano l'esistenza di una strategia di tipo discriminatorio, in grado di determinare una preclusione concorrenziale nei confronti degli altri operatori. Significativo, in proposito, è un recente arresto della giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia, causa C-413/14 P Intel) nel quale è stato affermato che la valutazione della capacità di escludere dal mercato è pertinente anche in un caso chiaramente rientrante nell'ambito del divieto di cui all'art. 102 TFUE, quale è la condotta dell'impresa in posizione dominante che applica

promozioni mirate o sconti-fedeltà. Anche in simili ipotesi va effettuata "un'analisi della capacità di esclusione dal mercato di concorrenti quantomeno altrettanto efficaci, intrinseca alla pratica considerata".

Deve, allora, osservarsi che il provvedimento gravato risulta gravemente lacunoso, nel suo percorso motivazionale, per la presenza di considerazioni apodittiche circa la rilevanza, ai fini della dimostrazione dell'esistenza di una medesima strategia escludente, della condotta imputata ad Areti.

Secondo l'Autorità, AE avrebbe fatto un uso discriminatorio del patrimonio di anagrafiche di clienti tutelati contattabili di cui trovava a disporre in qualità di esercente del SMT, riuscendo a contattare, attraverso una campagna massiva di acquisizione, secondo modalità discriminatorie, del consenso privacy a fini commerciali la propria clientela, escludendo gli altri operatori dalla possibilità di beneficiare della conoscenza delle liste dei clienti "consensati" e quindi contattabili.

L'Autorità ha sostenuto l'esistenza di una strumentalità tra l'attività di trasmissione da parte di Areti del flusso dei dati relativi ai concorrenti di AE sul mercato libero e la condotta di AE sopra descritta, in quanto legate dal perseguimento di un unico disegno anticoncorrenziale. Nello specifico, dopo avere sottolineato nel provvedimento che i dati trasmessi da Areti consentivano ad Acea *"una conoscenza esatta, mensilmente aggiornata e distinta per tipologia (domestica, business e altri usi), della consistenza numerica dei clienti serviti da tutti i suoi concorrenti sul ML della vendita di energia elettrica nei comuni di Roma e Formello"*, Agcm ha sostenuto che tali informazioni erano stata oggetto *"di specifico monitoraggio"* da parte di AE e dalla stessa

utilizzate per la definizione della propria politica industriale e di marketing (cfr. par. 134 del provvedimento).

Tuttavia, non viene spiegato in che modo le informazioni in questione potevano essere, anche solo a livello ipotetico, utilizzate per implementare ovvero monitorare la strategia escludente oggetto di contestazione, che riguarda lo svuotamento del mercato tutelato. Manca, infatti, la ricostruzione del nesso teleologico che legherebbe le due condotte, tenuto conto del fatto che i dati forniti da Areti riportavano, in forma aggregata, il solo posizionamento, nel tempo, dei concorrenti sul mercato libero. Agcm non chiarisce, quindi, nel provvedimento, e neppure prospetta a livello presuntivo, in che modo tali dati potevano essere utilizzati da Acea per orientare o monitorare l'efficacia della sua politica di marketing volta a "trattenere" la clientela già presente nel mercato tutelato. La condotta illecita di Areti viene, del resto, ricostruita in chiave puramente presuntiva, in assenza di alcuna spiegazione plausibile sulla astratta capacità delle informazioni acquisite di "facilitare" la realizzazione del piano di svuotamento del mercato tutelato. Anzi, la natura aggregata delle informazioni reperite, unita alla mancata predisposizione da parte di AE di offerte mirate in favore dei clienti del mercato tutelato da far transitare in quello libero, avrebbe dovuto portare l'Autorità a concludere che i dati in questione non rivestivano alcun interesse ai fini del perseguimento della presunta strategia di svuotamento del mercato tutelato. Ciò in quanto i dati trasmessi da Areti non erano indicativi della capacità dei concorrenti di attrarre clientela del SMT ma costituivano mere analisi, seppure "diacroniche", sul posizionamento degli operatori presenti mercato libero, e come tali erano inconferenti rispetto alla definizione o al

monitoraggio da parte di Acea di una strategia per il passaggio della clientela tra i due mercati.

Pertanto, la ricostruzione offerta dall'Autorità non è in grado di dimostrare l'esistenza di un illecito anticoncorrenziale meritevole di sanzione.

Conclusivamente, con assorbimento di ogni altro motivo e previa estromissione dal giudizio dell'Associazione Energia Libera, il ricorso merita accoglimento e conseguentemente va annullato il provvedimento sanzionatorio impugnato.

La novità e complessità delle questioni sottoposte giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- dispone l'estromissione dal giudizio dell'Associazione Energia Libera;
- accoglie il ricorso e per l'effetto annulla l'impugnato provvedimento sanzionatorio.

Compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Ivo Correale, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lucia Maria Brancatelli

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO