

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – Sentenza 1 ottobre 2002 n. 5156 – Pres. Giovannini, Est. Pajno - Autorità Garante della concorrenza e del mercato (Avv.ra Stato) c. Enel s.p.a. (Avv.ti Libonati e Sorrentino), Codacons (Avv.ti Rienzi, Tabano e Sanitate), France Telecom SA (Avv. Vicentini) e Wind Telecomunicazioni s.p.a. (Avv.ti Guizzi e Pagni) – (annulla T.A.R. Lazio, Sez. I, 14 novembre 2001, n. 9354).

FATTO

1. Enel s.p.a., ex monopolista nel settore dell'energia elettrica in Italia (ora a capo del gruppo della società tra cui sono state ripartite le attività di produzione, importazione, distribuzione e vendita di energia elettrica nel territorio nazionale) e France Telecom, ex monopolista del settore delle Telecomunicazioni in Francia, intraprendevano un'operazione diretta ad acquisire il controllo congiunto di Infostrada s.p.a., [secondo operatore italiano delle telecomunicazioni, da realizzare in due fasi; prima, attraverso l'acquisto da Mannesman dell'intero capitale sociale di Infostrada; successivamente, attraverso la fusione di Infostrada con Wind Telecomunicazioni s.p.a. (già controllata congiuntamente da Enel e France Telecom), così conseguendo il controllo congiunto su New Wind, la società risultante dalla fusione.

Il progetto di concentrazione, di dimensione europea in base ai parametri del Reg. CEE n.4064/89, veniva notificato alla Commissione Europea, che, con nota del 30 novembre 2000, comunicava l'avvenuta notifica all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM). Questo, in data 20 dicembre 2000, in applicazione dell'art.9, paragrafi 1, 2 e 3 del Reg. n.4064/1989, chiedeva alla Commissione Europea il rinvio dell'operazione notificata, con riferimento all'analisi dei suoi effetti nel mercato della fornitura elettrica, ritenendo l'operazione idonea a rafforzare una posizione dominante di Enel sul mercato nazionale.

La Commissione Europea provvedeva ad autorizzare la concentrazione per ciò che concerneva il mercato relativo ai servizi di telecomunicazione, e, svolta un'autonoma istruttoria nel corso della quale venivano acquisiti sia il parere dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas (AEEG) italiana sia informazioni dal Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale (GRTN) anche in ordine alla quota di ENEL nel mercato della fornitura di energia elettrica nel 2000, aderiva alla richiesta dell'Autorità e, con decisione del 19 gennaio 2001, rinviava l'esame della concentrazione alle autorità italiane competenti relativamente al mercato italiano della fornitura di energia elettrica.

Con tale decisione, la Commissione osservava che "l'ENEL detiene una posizione dominante su entrambi i mercati della fornitura di energia elettrica", e che le autorità avevano dimostrato "il rischio di rafforzamento di una posizione dominante nel mercato liberalizzato dalla fornitura di energia elettrica".

2. Con atto del 25 gennaio 2001 l'Autorità deliberava l'avvio dell'istruttoria ai sensi dell'art.16 della legge n.287 del 1970. Ad essa prendevano parte Enel, Infostrada, Wind, Edison s.p.a., Energia s.p.a., Servizi per l'energia s.p.a., il Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale, l'Associazione Unapace, il Gestore del Mercato Elettrico s.p.a.; venivano, altresì, ascoltati i rappresentanti di Enel, France Telecom, Wind, Infostrada e Vodaphone Airtouch.

Con deliberazione del 28 febbraio 2001 l'AGCM accertava che "l'operazione di acquisizione di Infostrada da parte di Enel Trade, valutata in relazione alla posizione dominante di Enel Trade sul mercato rilevante della fornitura di energia elettrica ai clienti idonei, nonché sulla base della stretta relazione economica esistente tra il mercato della generazione elettrica ed il mercato della fornitura di energia elettrica ai clienti idonei, e tenuto conto dell'esistenza di una posizione dominante di Enel Produzione ed ERGA del Gruppo Enel sul mercato della generazione, comporta il rafforzamento della posizione dominante di Enel Trade sul mercato rilevante, tale da ridurre la concorrenza in modo sostanziale e durevole".

L'Autorità autorizzava, pertanto, la concentrazione condizionandola, però, alla cessione da parte di Enel (secondo modalità e tempi espressamente precisati) di almeno 5.500 MW della propria capacità di generazione (impianti da non meno del 60% di modulazione e di picco); cessione che veniva al aggiungersi a quella di 15.000 MW di generazione disposta dal D.lgs. n.79 del 1999 ed in via di realizzazione, ritenendo tale misura proporzionata e strettamente necessaria per ripristinare la concorrenza sul mercato rilevante, e cioè su quello della fornitura dell'energia elettrica.

3. Enel impugnava, allora, con ricorso al TAR del Lazio, la deliberazione dell'AGCM del 28 febbraio 2001, deducendone l'illegittimità, nella parte in cui subordinava alle misure sopra indicate l'autorizzazione alla concentrazione.

Altro ricorso al TAR del Lazio veniva proposto dal Codacons, che lamentava l'illegittimità della determinazione dell'Autorità di autorizzare la concentrazione.

Con sentenza n.9534 del 14 novembre 2001 il TAR del Lazio – Sez.I, dopo averne disposto la riunione, accoglieva il ricorso proposto da Enel S.p.a. e dichiarava inammissibile il ricorso del Codacons.

Il Tribunale riteneva, in particolare, fondate le censure concernenti l'asserita posizione dominante di Enel Trade sul mercato della fornitura di energia elettrica ai clienti idonei effettivi e potenziali, "in quanto l'Autorità, ignorando o minimizzando la notevole flessione che Enel ha subito nella fornitura di energia elettrica ai clienti idonei dal momento della liberalizzazione del mercato e nel corso del 2000, e attribuendo rilevanza decisiva a ipotetici comportamenti contra legem o economicamente irrazionali dell'impresa interessata ha travisato la posizione di Enel Trade nel mercato della fornitura ai clienti idonei effettivi e potenziali sia in termini attuali sia nella prospettiva dell'allargamento del mercato conseguente l'abbassamento della soglia di idoneità (al 0,1 GWh)".

Il TAR osservava che la circostanza che, dal momento della liberalizzazione del mercato della fornitura, un numero di clienti Enel pari ad oltre il 40% avesse abbandonato il gruppo, non dimostrava che Enel disponeva di una posizione dominante nel mercato della fornitura, ma l'esistenza di una concorrenza vivace, e che essa non poteva tenere comportamenti indipendenti; che appariva logico prospettare per il futuro un'ulteriore flessione; che l'assunto, di cui al par. 210 del provvedimento, secondo cui, pur transitando per la borsa, quantità di energia elettrica avrebbero potuto essere scambiate a prezzi diversi da quello di borsa e definiti contrattualmente tra le parti, non dimostrava che Enel era in posizione dominante nel mercato della fornitura, realizzando il comportamento ipotizzato un abuso di posizione dominante di Enel Produzione sul mercato della generazione facilmente individuabile; che i comportamenti ipotizzati dall'Autorità non apparivano possibili né economicamente razionali; che l'esistenza della borsa elettrica creava una barriera tra il mercato della generazione e quello della fornitura.

Il Tribunale riteneva, pertanto, che Enel non detenesse una posizione dominante del mercato della fornitura a clienti idonei effettivi e potenziali; e che pertanto avere titolo a vedersi autorizzare la concentrazione senza condizioni; dichiarava, infine, inammissibile il ricorso del Codacons per difetto di legittimazione.

4. La sentenza di primo grado è stata, desso, impugnata dall'AGCM. Questa, dopo aver richiamato il contenuto del provvedimento e della sentenza, ha dedotto le doglianze che seguono:

1. Il vizio di fondo della pronuncia impugnata consisterebbe nell'aver sindacato il merito del provvedimento, dando luogo ad un'inammissibile sostituzione del giudice all'Autorità nella valutazione e nell'accertamento della posizione dominante di Enel nel mercato rilevante. La sentenza conterrebbe una nuova valutazione concorrenziale della vicenda. Il giudice si sarebbe sostituito all'Autorità, svolgendo una valutazione superficiale e sbrigativa.
2. Erroneamente il Tribunale avrebbe ritenuto che l'Autorità, nel qualificare come dominante la posizione di Enel nel mercato della fornitura, sarebbe incorsa in un travisamento dei fatti emersi nel corso dell'istruttoria. Il giudice avrebbe, infatti, operato un esame di merito del provvedimento, mentre tutti gli attori istituzionali interessati avrebbero ripetutamente espresso preoccupazione per l'assetto concorrenziale di tale mercato.
3. I tre argomenti sulla scorta dei quali il Tribunale avrebbe negato la posizione dominante di Enel sarebbero il frutto di una valutazione economica alternativa.
4. Il TAR, tra i vari elementi considerati dall'Autorità, ai fini della valutazione della posizione dominante, si sarebbe limitato ad appurare soltanto la quota di mercato di Enel, travisando la portata di tale elemento. La sua considerazione dimostrerebbe che, in un anno Enel Trade sarebbe riuscita ad occupare una quota del 50%, mentre il primo giudice avrebbe interpretato tale elemento come la caduta della quota di Enel Trade in un mercato che, fino della sua apertura, non potesse considerarsi esistente.
5. Nel provvedimento impugnato l'Autorità avrebbe preso in considerazione, ai fini della valutazione della posizione dominante, la quota di mercato di Enel unitamente ad altri fattori indicativi della sussistenza della dominanza.

L'appellante ricorda che, secondo giurisprudenza comunitaria, la presenza di una quota di mercato del 50% sarebbe idonea a determinare una posizione di dominanza e che una posizione dominante sarebbe stata riscontrata dalla Commissione Europea in presenza di quote inferiori. La

sentenza impugnata avrebbe trascurato tale prassi e ritenuta insussistente la posizione dominante di Enel solo sulla consistenza della quota di mercato Enel Trade (50%), ritenuta insufficiente.

6. Il TAR si sarebbe posto in aperto e immotivato contrasto con le valutazioni contenute nella decisione con cui la Commissione avrebbe disposto il rinvio a favore dell'AGCM. Il Tribunale avrebbe, così, disapplicato tale decisione, consolidandosi in quanto non impugnata dinanzi ai giudici comunitari. Il Tribunale avrebbe completamente ignorato la valutazione formulata dalla Commissione Europea circa l'esistenza della posizione dominante di Enel Trade nel mercato della fornitura, compiuta con la decisione del 28 agosto 2001 (caso COMP/M.2532). Il Tribunale avrebbe, altresì, ritenuto irrilevanti elementi di fatto che, al contrario la Commissione Europea, avrebbe accolto e ritenuto rilevanti.
7. Il Tribunale avrebbe fornito un'erronea lettura della giurisprudenza comunitaria, che non attribuirebbe valore determinante, ai fini della esclusione della posizione di dominanza, alla circostanza che le quote di mercato di determinate imprese abbiano subito un decremento nel corso degli anni, perché esse siano tuttora rilevanti.
8. Il TAR, sostituendosi nel merito all'AGCM, avrebbe fondato il proprio convincimento sulla base di fatti sopravvenuti alla istruttoria, ed avrebbe svolto un'analisi formale, concentrata sulla quota di mercato, senza considerare gli elementi strutturali dei mercati interessati. In particolare, proprio per la posizione che il Gruppo Enel occupa nel mercato elettrico, Enel Trade s.p.a. potrà comunque sostenere elevati prezzi dell'Energia elettrica determinati da Enel produzione e da Erga, traslandoli nel mercato della fornitura.
9. Apparirebbe esatta la valutazione prognostica effettuata dalla AGCM nel febbraio del 2001 e l'incongruenza del ragionamento del giudice di primo grado. Dalla relazione semestrale di Enel si ricaverebbe che l'andamento di Enel Trade sarebbe stato influenzato da misure regolamentari più che da una "vivace concorrenza" e che i risultati conseguiti da Enel Trade nel medesimo periodo sarebbero stati ampiamente positivi in termini di quantità vendute e di ricavi conseguiti; il che dimostrerebbe la conservazione di un potere di mercato.
10. Il Tribunale avrebbe errato nel valutare il ruolo della borsa elettrica, considerandola, come già realizzata ed operante; avrebbe altresì fatto propria un'interpretazione non corrispondente a quanto si leggerebbe nel provvedimento impugnato.

Rimarrebbe al di fuori della fattispecie esaminata con il provvedimento la configurazione di comportamenti illeciti da sanzionare; l'analisi dell'Autorità sarebbe stata orientata all'individuazione di un rafforzamento di posizione dominante di Enel Trade e di comportamenti che, data una certa struttura di mercato, costituirebbero l'esito naturale delle scelte economicamente razionali degli operatori.

5. Si sono costituiti in giudizio Enel s.p.a. e France Telecom, che hanno chiesto una dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità ed infondatezza del gravame. Si è altresì costituito il Codacons, che ha chiesto l'accoglimento dell'appello.

Con memoria tempestivamente depositata Enel s.p.a. ha analiticamente contestato le doglianze spiegate con l'atto di appello, ed ha riproposto il primo, il quarto e il quinto motivo del ricorso di primo grado, non esaminati dal Tribunale.

In particolare, Enel ha riproposto le doglianze che seguono:

- a. Eccesso di potere, sotto il profilo dello sviamento e del travisamento dei fatti, con riguardo al preteso rafforzamento della posizione dominante di Enel Trade per effetto della concentrazione (già quarto motivo del ricorso).

L'Autorità sarebbe incorsa nella censura lamentata ritenendo di poter affermare che attraverso l'acquisto di Infostrada, Enel sarebbe stata in grado di rafforzare la posizione dominante detenuta nel mercato rilevante.

L'Autorità avrebbe, in realtà, strumentalizzato la procedura di controllo dell'operazione per compiere una valutazione degli assetti concorrenziali dei mercati elettrici.

L'A.G.C.M. sarebbe, altresì, incorsa in travisamento nel ritenere che sarebbe l'operazione di concentrazione ad assicurare ad Enel quella posizione di vantaggio competitivo – il fatto di poter realizzare strategie concorrenziali di offerte multiutility – precluse ai concorrenti di Enel Trade.

- a. Violazione di legge ed eccesso di potere nell'applicazione delle misure correttive degli (asseriti) effetti anticoncorrenziali della concentrazione (già quinto motivo del ricorso).

L'autorità avrebbe adottato una misura volta ad impedire alterazione della concorrenza – la dismissione da parte di Enel di almeno 5.500 MW della propria capacità di generazione – intesa a porre rimedio ad una situazione strutturale di un mercato, diverso da quello rilevante, che esisteva già prima della concentrazione. L'Autorità avrebbe, così, adottato un provvedimento conformativo del mercato della generazione di energia, sovvertendo il quadro normativo dettato dal d.lgs. n.79 del 1999. Non sarebbe, d'altra parte, possibile intervenire su di un mercato diverso da quello rilevante con misure correttive della concorrenza. Sarebbe stato violato il principio di proporzionalità.

- b. Violazione e falsa applicazione dell'art.6 della legge n.287 del 1990, nonché eccesso di potere in relazione alla natura conglomerale della concentrazione Enel-Infostrada (già primo motivo del ricorso).

Erroneamente l'Autorità avrebbe ritenuto la sussistenza di una concentrazione in presenza di un'operazione "conglomerale"; coinvolgente, cioè, imprese operanti su mercati assolutamente eterogenei.

Con memoria difensiva, notificata alle altre parti del giudizio, il Codacons ha dedotto l'erroneità della sentenza di primo grado, nella parte in cui ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso di primo grado del Codacons medesimo, prospettando le seguenti doglianze:

1. Violazione del regolamento (CEE) n.4064/89 del Consiglio del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, della legge 10 ottobre 1990 n.287, degli artt.38 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, della giurisprudenza comunitaria in materia di legittimazione delle associazioni ambientaliste e consumeristiche.

a) Il procedimento di controllo preventivo di una concentrazione non ha carattere sanzionatorio ma autorizzatorio.

- a. Anche nelle procedure repressive antitrust i terzi sono legittimati ad agire per l'annullamento dei provvedimenti lesivi delle proprie posizioni giuridiche.
- b. I terzi possono vantare dei diritti soggettivi nelle procedure antitrust europee.
 1. Incompetenza – Violazione della legge n.287 del 1990 e dell'art.9 del regolamento n.4064/89; sviamento di potere.

Il Codacons ha, così, tra l'altro, chiesto l'accoglimento dell'appello e delle censure dedotte con la memoria.

Nel giudizio di appello si è costituita anche France Telecom s.a., che con apposita memoria, ha insistito per il rigetto dell'appello. Con ulteriore memoria aggiuntiva France Telecom ha, tra l'altro, dedotto che il Codacons ha, con la memoria, inammissibilmente proposto un vero e proprio atto di appello nei confronti del capo della sentenza di primo grado con cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado dello stesso Codacons; capo sul quale si sarebbe, ormai formato il giudicato. France Telecom ha, pertanto, chiesto che l'atto notificato dal Codacons e le argomentazioni e le contestazioni in esso contenuti vengano dichiarate inammissibili.

Nel giudizio di appello è, altresì, intervenuta Wind telecomunicazioni s.p.a., società controllata da Enel ed operante sul mercato delle telecomunicazioni. Wind, cui in primo grado era stato notificato il ricorso giurisdizionale del Codacons, ha chiesto che vengano dichiarate inammissibili le domande introdotte dal Codacons.

All'udienza del 18 giugno 2002 i difensori delle parti hanno diffusamente illustrato le rispettive ragioni.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene opportuno esaminare preliminarmente le questioni prospettate dal Codacons con l'atto denominato "memoria difensiva *ad adiuvandum* dell'appello" notificata in data 6-7 giugno 2001.

In particolare, il Codacons, dopo essersi costituito nel giudizio di appello promosso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, chiedendo l'accoglimento del gravame e l'annullamento della sentenza di primo grado, impugnata dall'Autorità, ha, con la sopra richiamata memoria, espressamente dedotto l'erroneità della sentenza del TAR del Lazio n.9354 del 2001, nella parte in cui le stessa ha dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione, il ricorso di primo grado a suo tempo proposto dal Codacons, prospettando sotto diversi profili l'illegittimità di tale capo della sentenza impugnata.

In relazione alle doglianze in tal modo formulate, il Codacons ha, con la predetta memoria, richiesto, oltre che l'accoglimento dell'appello (evidentemente quello spiegato dall'Autorità), l'accoglimento "delle censure qui dedotte contro la sentenza medesima". Risulta, pertanto, evidente che il Codacons, oltre ad insistere per l'accoglimento del gravame dell'Autorità ha, con la memoria spiegato delle vere e proprie domande riguardanti l'accoglimento di censure dedotte con la stessa memoria, non prospettate dall'Autorità, e riguardanti un capo della sentenza di primo grado non fatto dalla stessa Autorità oggetto di gravame. Le domande in tal modo spiegate dal Codacons sono inammissibili, risolvendosi esse in una tardiva impugnazione di un capo della sentenza di primo grado - quello riguardante la dichiarazione di inammissibilità del ricorso di primo grado della medesima associazione - su cui si è, ormai, formato il giudicato.

Va, in proposito ricordato che, con la sentenza n.9354 del 2001 il TAR del Lazio, dopo averne disposto la riunione, ha deciso due diversi ricorsi, di cui uno (n.5715/2001 R.G.) proposto da Enel s.p.a., e l'altro (n.5732/2001 R.G.) proposto dal Codacons avverso il provvedimento dell'AGCM del 28 febbraio 2001. In particolare, il Tribunale, ha accolto il ricorso proposto da Enel s.p.a. ed ha, invece, dichiarato inammissibile quello spiegato dal Codacons.

A seguito di tale sentenza, l'Autorità ha censurato, con l'appello che ha dato luogo al presente giudizio, la statuizione di accoglimento del ricorso proposto da Enel s.p.a., e nel relativo giudizio è intervenuto - come già in primo grado - il Codacons, senza spiegare autonome domande ma chiedendo l'accoglimento del gravame dell'Autorità; così assumendo in appello una posizione processuale del tutto corrispondente a quella assunta in prime cure nei confronti del ricorso di Enel s.p.a., con riferimento al quale aveva, appunto, spiegato intervento ad opponendum.

Con la memoria notificata in data 6 e 7 giugno 2001 il Codacons non si è peraltro, limitato ad insistere per l'accoglimento del gravame dell'AGCM, ma ha spiegato autonome censure riguardanti il capo della sentenza del Tribunale n.9354/2001 concernente la dichiarazione di inammissibilità dell'altro ricorso di primo grado, a suo tempo proposto dal Codacons; capo, questo, in precedenza non oggetto di impugnazione.

Deriva da ciò l'inammissibilità delle domande spiegate dal Codacons con la cennata memoria, dal momento che esse si risolvono in una tardiva impugnazione del capo della pronuncia di primo grado con cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso al TAR del Lazio della medesima associazione. Con tale memoria, infatti, il Codacons, da una parte si duole, sotto diversi profili, di tale dichiarazione di inammissibilità, e dall'altra, ripropone in appello la doglianza spiegata in primo grado e non esaminata dal Tribunale e cagione della dichiarazione di inammissibilità del ricorso di primo grado. Tali censure, risolvendosi una vera e propria impugnazione del sopra indicato capo della sentenza di primo grado, avrebbero dovuto essere proposte nel termine decadenziale di 120 giorni dalla pubblicazione della sentenza di primo grado, avvenuta il 14 novembre 2001 e cioè entro il 13 maggio 2001, e non, invece, inammissibilmente, con atto notificato dopo la scadenza di tale termine, il 6 e 7 giugno 2001. Le domande in tal modo spiegate contro il predetto capo della pronuncia di primo grado con la memoria del Codacons vanno, pertanto, dichiarate inammissibili, mentre con riferimento all'impugnazione in tal modo proposta dalla associazione non può essere riconosciuto come richiesto in sede di discussione orale, il beneficio dell'errore scusabile, non sussistendo i presupposti richiesti al riguardo.

Non sussiste, infatti, alcun dubbio né alcuna incertezza giurisprudenziale circa l'applicabilità, alla fattispecie in esame, del termine, ai fini dell'appello, di 120 giorni dal deposito della sentenza di primo grado, di cui all'art.4 della legge 205 del 2000.

2. Passando, adesso, all'esame delle questioni prospettate dall'Autorità con il proprio atto di appello, il Collegio ritiene preliminarmente opportuno ricordare sia i principali argomenti che hanno indotto l'Autorità medesima, con il provvedimento impugnato in primo grado, ad autorizzare la concentrazione con Infostrada subordinatamente alla cessione, da parte di Enel, di almeno 5.500 MW della propria capacità di generazione, sia le ragioni che hanno indotto il giudice di primo grado a ritenere illegittima la deliberazione dell'autorità e ad affermare che "Enel aveva titolo per vedersi autorizzare senza alcuna condizione la concentrazione in esame, non detenendo una posizione dominante nel mercato della fornitura di energia elettrica ai clienti idonei, effettivi e potenziali.

E', infatti, con riferimento a tali argomenti e ragioni che vanno vagliate le doglianze con cui l'Autorità lamenta sia che il Tribunale avrebbe inammissibilmente sindacato il merito del provvedimento impugnato, sia l'erroneità delle argomentazioni poste dal TAR a sostegno delle proprie statuizioni.

Cominciando dal primo dei profili sopra cennati, occorre, pertanto ricordare che il provvedimento dell'Autorità è sostanzialmente, affidato al seguente itinerario logico:

- a. il gruppo Enel, tramite Enel Trade, detiene una posizione dominante sul mercato della fornitura di energia elettrica ai clienti idonei effettivi e potenziali, in ragione della quota di mercato posseduta e dalla modesta posizione dei concorrenti. A determinare tale posizione dominante sul mercato della fornitura concorrono la posizione dominante del Gruppo Enel, grazie ad Enel produzione ed Erga, sul mercato a monte della generazione, e le ingenti risorse economiche del gruppo;
- a. l'operazione di concentrazione è idonea a determinare il rafforzamento della posizione dominante di Enel Trade sul mercato della fornitura ai clienti idonei e potenziali, per la possibilità di mettere in atto strategie fidelizzanti attraverso l'offerta congiunta ad un numero assai elevato di clienti di un pacchetto di servizi elettrici e di servizi di telecomunicazione;
- b. i concorrenti di Enel Trade sul mercato della fornitura non saranno in grado di replicarne le mosse, dal momento che Enel, in virtù del proprio potere di mercato nella generazione elettrica potrà influenzare la formazione del prezzo anche dopo l'arrivo della borsa elettrica;
- c. appare necessario, per evitare il rafforzamento della posizione dominante sul mercato della fornitura, derivante dalla concentrazione, limitare la posizione di Enel sul mercato della generazione, in modo da impedire o ridurre la possibilità di Enel di influenzare il prezzo all'ingrosso dell'energia.

Si tratta, come è evidente, di una serie di giudizi e di valutazioni, frutto di un'attività discrezionale di carattere tecnico, che nel loro insieme, hanno condotto a quella valutazione complessa che è sfociata nell'autorizzazione alla concertazione condizionata alla misura identificata nella cessione da parte di Enel, di almeno 5.500 MW sul mercato della generazione. Un giudizio formulato sulla scorta di un'istruttoria ed a seguito della valutazione degli elementi in essa emersi è, infatti, quello che ha condotto l'Autorità all'affermazione della presenza di una posizione dominante di Enel Trade sul mercato della fornitura, anche per i collegamenti con il mercato della generazione e per la posizione dominante, in esso del gruppo Enel; costituisce espressione di una tipica attività di giudizio quella che ha condotto all'affermazione dell'idoneità della concentrazione a determinare il rafforzamento della posizione dominante di Enel Trade sul mercato della fornitura ai clienti idonei e potenziali; costituisce un vero e proprio giudizio prognostico quello che ha indotto l'Autorità a ritenere che i concorrenti di Enel Trade sul mercato della fornitura non sarebbero stati in grado di replicarne le mosse, è, infine una tipica valutazione tecnica quella che ha condotto l'Autorità a delineare la condizione alla quale assoggettare l'autorizzazione alla concentrazione.

3. A fronte di ciò, il Tribunale, investito, a seguito del ricorso di Enel s.p.a., del sindacato di legittimità sulle determinazioni dell'AGCM, ha ritenuto nel complesso fondate le doglianze con cui veniva dedotto il travisamento dei fatti "in quanto l'Autorità ignorando o minimizzando la notevole flessione che Enel ha subito nella fornitura di energia elettrica ai clienti idonei e potenziali dal momento della liberalizzazione e nel corso del 2000 ha travisato la posizione di Enel Trade sul mercato della fornitura ai clienti idonei effettivi e potenziali sia in termini attuali che nella prospettiva dell'allargamento del mercato conseguente l'abbassamento della soglia di idoneità (al 0,1 GWh)".

A tale convincimento il Tribunale è, poi, pervenuto sulla base di una serie di considerazioni, ed in particolare, osservando:



che il fatto che, in poco più di un anno e mezzo un numero di clienti Enel pari ad oltre il 40% della sua quota di mercato, avesse abbandonato il gruppo Enel non sembrava dimostrare che Enel disponeva di una posizione dominante sul mercato della fornitura, ma, al contrario "l'esistenza di una concorrenza vivace che ha saputo intercettare la clientela insoddisfatta della fornitura di Enel";



che in linea di principio le condizioni di mercato non apparivano destinate a modificarsi in senso sostanziale, dal momento che l'incremento del fabbisogno di energia elettrica del mercato libero, conseguente all'abbassamento della soglia di idoneità in forza dell'art.10 della legge n.77 del 2001 si sarebbe verificato in corrispondenza della riduzione del

Vizio sent. TAR

mercato vincolato e della cessione ai privati della capacità di generazione;



che appariva logico prospettare un'ulteriore, seppur più modesta, flessione nella quota di mercato Enel;

Quanto poi all'affermazione dell'Autorità secondo cui la posizione dominante di Enel Trade sul mercato della fornitura discenderebbe anche dalla posizione dominante del Gruppo Enel nel mercato a monte della generazione, il Tribunale ha ritenuto che le ragioni portate a sostegno di tale assunto non erano condivisibili. La presenza della borsa elettrica obbligatoria determinerebbe, infatti, secondo i primi giudici, una separazione tra il mercato della generazione ed il mercato della fornitura, impedendo che la posizione dominante detenuta da Enel nel primo possa estendere i suoi effetti sul mercato della fornitura. L'Autorità avrebbe, d'altra parte errato nell'attribuire rilevanza decisiva ad ipotetici comportamenti contra legem di Enel, che apparirebbero anche economicamente irrazionali.

4. Le affermazioni contenute nella sentenza di primo grado sono contestate dall'Autorità, la quale, da una parte, muove una serie di censure (definite "sistemiche" dalla difesa di Enel) deducendo sotto diversi profili che il Tribunale avrebbe sindacato il merito del provvedimento dell'Autorità ponendo in essere una valutazione economica alternativa, che si sarebbe posto in immotivato contrasto con le valutazioni contenute nella decisione con cui la Commissione Europea avrebbe disposto il rinvio a favore dell'AGCM, che avrebbe illegittimamente preso in considerazione elementi estranei all'istruttoria e successivi ad essa, e dall'altro, muove una serie di doglianze specifiche con riferimento alle conclusioni raggiunte con la sentenza impugnata.

5. La sentenza impugnata ha ritenuto fondate, nel loro complesso, le doglianze con cui Enel deduceva il vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti in quanto l'Autorità "ha travisato la posizione di Enel Trade nel mercato della fornitura ai clienti idonei effettivi e potenziali sia in termini attuali sia nella prospettiva dell'allargamento del mercato conseguente l'abbassamento della soglia di idoneità"; e la stessa sentenza ha concluso rilevando che il ricorso di Enel andava accolto "in quanto la ricorrente aveva titolo per vedersi autorizzare senza alcuna condizione la concentrazione in esame, non detenendo una posizione dominante nel mercato della fornitura di energia elettrica, circostanza questa che, ai sensi dell'art.6 della legge n.287 del 1990, costituisce il presupposto di fatto che consente all'Autorità di vietare e sottoporre a condizione una concentrazione che inerisca a tale mercato".

all) Nella prospettiva della sentenza impugnata il travisamento che vizierebbe il procedimento dell'antitrust riguarderebbe, pertanto la posizione (dominante) di Enel sul mercato della fornitura, e cioè, quella che viene espressamente indicata nella medesima pronuncia, come il "presupposto di fatto" per i provvedimenti dell'autorità. Il travisamento di tale "presupposto di fatto" vizierebbe, appunto, la deliberazione dell'AGCM.

6. Tale essendo il tenore della decisione impugnata, evidente appare l'errore in cui è incorso il primo giudice, e che lo ha portato, sostanzialmente, non a controllare la coerenza e la legittimità delle valutazioni dell'Autorità, ma a sostituire a questa una nuova valutazione economica. Fondati si palesano, pertanto quei motivi dell'impugnazione, con i quali l'AGCM deduce che il Tribunale avrebbe inammissibilmente esaminato il merito del provvedimento.

Ed infatti, quello riguardante l'evidenza o meno, di una posizione dominante di una determinata impresa non costituisce un accertamento di mero fatto, né la sussistenza di tale posizione può risolversi in un semplice presupposto di fatto che può essere travisato o ignorato nella sua realtà o nella sua esistenza storica; al contrario, essa implica un apprezzamento significativo che si risolve in una valutazione tecnica complessa, fondata, come è stato osservato, non su regole scientifiche esatte e non opinabili, ma sull'applicazione di regole proprie di scienze inesatte ed opinabili come quelle economiche, ed implica, per di più una vera e propria valutazione prognostica circa gli effetti che in un determinato mercato un comportamento, di per sé lecito, come una concentrazione, è destinato ad operare. In nessun caso, pertanto, quello connesso con l'affermazione dell'esistenza di una posizione dominante può essere considerato un mero fatto od un accertamento di fatto; al contrario, esso si risolve in un giudizio tecnico discrezionale, basato sia sul previo accertamento dei fatti presupposti che sull'applicazione di regole tratte dalle scienze economiche, sia infine, su una valutazione prognostica degli effetti che l'operazione è destinata a produrre sul mercato preso in considerazione.

Che le cose vadano nel senso sopra descritto, risulta d'altra parte palese sol che si guardi all'accertamento nella fattispecie posto in essere dall'Autorità, a seguito della procedura intrapresa, che appare il frutto di una valutazione complessa di una serie di fattori, quali la quota di mercato di Enel –in assoluto ed in rapporto a quella degli altri operatori-, la struttura chiusa alle importazioni del mercato elettrico, il quadro generale del settore elettrico in Italia, che vede Enel presente in tutte le fasi della filiera, con una posizione dominante evidente anche nel mercato della generazione, gli effetti e le conseguenze di tale potere di mercato in relazione al mantenimento anche in futuro della dominanza di Enel Trade sul mercato della fornitura ai clienti idonei, a prescindere dall'avvio della base elettrica, peraltro non ancora attuata.

A fronte di ciò, il Tribunale avrebbe dovuto verificare se i presupposti di fatto posti a base della complessa valutazione dell'Autorità fossero stati accertati nella loro consistenza e verità storica, ed adeguatamente rappresentati, ovvero se, a base della valutazione della stessa Autorità fossero stati posti fatti obiettivamente non esistenti ovvero non esattamente rappresentati. La figura sintomatica dell'eccesso di potere per travisamento dei fatti ed errore nei presupposti concerne l'erronea ed inesatta considerazione dei fatti storici che l'Amministrazione pone a base del proprio provvedimento, ed essa è considerata sintomatica dell'eccesso di potere proprio perché l'erronea considerazione dei presupposti di fatto della valutazione si proietta su di essa ed appare, normalmente idonea a falsarla. E' appunto con riferimento a tale situazione che si è progressivamente affermato quell'indirizzo giurisprudenziale – di recente ricordato anche a proposito dei provvedimenti dell'AGCM – che vede il giudice amministrativo non vincolato all'accertamento del fatto operato dall'Amministrazione nel corso del procedimento, e che riconosce al medesimo giudice accesso diretto al fatto, anche a seguito del venir meno delle limitazioni processuali, prima con riferimento alla giurisdizione esclusiva, e successivamente anche in relazione alla giurisdizione di legittimità, che venivano, normalmente, ricordate come la proiezione processuale del divieto di accesso diretto al fatto per il giudice amministrativo (Cons. Stato, Sez.VI, 23 aprile 2002 n.2199).

Nel caso in esame, invece, il Tribunale – sulla scorta della prospettazione contenuta nelle doglianze spiegate dall'ENEL – non ha proceduto alla verifica del fatto e della sua rappresentazione nel senso sopra esposto, per verificare se risultasse viziata la valutazione dell'AGCM, ma sulla base dei fatti così come accertati nel corso dell'istruttoria davanti all'AGCM (come riconosce la stessa difesa di Enel s.p.a.: pag.27 della memoria) ha sostanzialmente provveduto ad un nuovo autonomo apprezzamento della situazione concorrenziale, così non accertando l'eventuale illegittimità della determinazione dell'autorità, ma escludendo positivamente ogni ipotesi di dominanza di Enel Trade sul mercato della fornitura ai clienti idonei effettivi e potenziali (pag. 31 della sentenza impugnata).

7. Che poi il Tribunale abbia proceduto non al controllo della legittimità della delibera dell'Autorità, ma ad una nuova valutazione della vicenda sottoposta al suo esame, risulta, peraltro, evidente, dalla stessa sentenza impugnata.

E così, quando il Tribunale, afferma che la circostanza che "in poco più di un anno e mezzo un numero di clienti Enel pari ad oltre il 40% della sua quota di mercato, abbiano abbandonato il gruppo Enel per rivolgersi a concorrenti minori o appena entrati nel mercato non sembra proprio dimostrare che Enel dispone di una posizione dominante nel mercato della fornitura", e che "sembra dimostrare invece l'esistenza di una concorrenza vivace che ha saputo intercettare la clientela insoddisfatta della Fornitura di Enel", si è di fronte ad una palese valutazione alternativa a quella dell'Autorità.

Altrettanto deve dirsi allorché la pronuncia di primo grado afferma che "appare anche logico prospettare per il futuro, in ragione della tendenza fortemente negativa, ma ulteriore (seppure più modesta) flessione" della quota di mercato di Enel Trade nel 2001.

Anche qui si è di fronte all'enucleazione di un elemento utilizzato per l'espressione di una nuova autonoma valutazione, effettuata dal Tribunale, della posizione sul mercato della fornitura di Enel, sintetizzata nell'affermazione, in precedenza effettuata, alla stregua della quale "la notevole riduzione della quota di Enel nel mercato della fornitura dimostra che quest'ultima non può tenere comportamenti indipendenti dai concorrenti senza subire le conseguenze" (pag.22 della sentenza). Quanto, infine, all'assunto, dell'Autorità posto a base della propria valutazione, secondo cui la posizione dominante di Enel Trade sul mercato della fornitura ai clienti idonei effettivi e potenziali, discenderebbe anche dalla posizione dominante di cui il Gruppo Enel disporrebbe sul mercato

sol
ERRA
IL TA
BOVALE

all'anno
av. PATRI
→

Enore
G

valeri
tasperi
sintetizzati
ve

della generazione e che si rifletterebbe sul mercato a valle della fornitura, il Collegio osserva che il primo giudice ha sostanzialmente provveduto a formulare una nuova valutazione, rispetto a quella effettuata dall'Autorità, fornendo indicazioni e valutazioni sulla stessa possibilità e razionalità dei comportamenti ipotizzati dall'Autorità, ipotizzando essa stessa sia i comportamenti che Enel avrebbe dovuto assumere, in una logica di gruppo ed indicando direttamente le conseguenze, rispetto al mercato della generazione e di quello della fornitura dell'energia elettrica, della borsa elettrica (omettendo, peraltro, di considerare del tutto la mancata indicazione di essa).

Ad avviso del Tribunale, infatti, "non sembra...che i comportamenti ipotizzati dall'Autorità possano ritenersi non solo possibili, ma anche economicamente razionali per Enel", per la quale non vi sarebbe ragione "anche in una logica di gruppo, di vendere a Enel Trade l'energia elettrica ad un prezzo inferiore a quello di borsa e a cui potrebbe venderla ai concorrenti, in quanto, ai rischi che ne conseguono si aggiunge solo la possibilità di recuperare a valle il mancato guadagno a monte, salvo il riemergere della concorrenza...nel momento in cui Enel deciderà di alzare i prezzi per trarre profitto dall'operazione" (pag.29 della sentenza).

Il Tribunale, indica, pertanto i comportamenti economici di Enel che considera ragionevolmente ipotizzabili, per contrapporli a quelli ipotizzati dall'Autorità, in tal modo pervenendo ad una valutazione del ruolo e degli effetti della borsa elettrica di segno opposto a quella posta dalla AGCM.

Si è di fronte, pertanto, non all'esercizio del sindacato di legittimità sulla deliberazione dell'Autorità, ma ad un sindacato di merito sulle scelte dell'Autorità che si risolve inammissibilmente nell'affermazione di una soluzione prognostica alternativa, che induce il Tribunale ad escludere direttamente l'esistenza della posizione dominante di Enel nel mercato della generazione: segno, questo evidente, del fatto che il giudice di primo grado ha ritenuto di poter direttamente e immediatamente definire, attraverso l'accertamento giurisdizionale e la valutazione dell'insussistenza della posizione dominante, il rapporto controverso, senza la rinnovazione della valutazione tecnico-economica da parte dell'Autorità.

Si tratta di un esito che, in presenza di una valutazione economica di tipo prognostico delle conseguenze, sul mercato preso in considerazione, dell'operazione di concentrazione, appare, certamente al di fuori del sindacato di legittimità con riferimento all'eccesso di potere nelle sue diverse figure sintomatiche, e che si risolve, pur sul rispetto della formula dell'annullamento, in quella "indicazione" di una volontà del giudice, che si sostituisce a quella dell'Amministrazione, che costituisce uno dei modi in cui si sostanzia l'eccesso di potere giurisdizionale (Cass., 5 agosto 1994 n.7261).

Si tratta, peraltro, di un esito che discende direttamente non dalla tecnica argomentativa del primo giudice, ma dalla prospettazione della parte ricorrente in primo grado che, pur avendo profilato doglianze ancorate all'eccesso di potere per travisamento del presupposto di fatto, aveva in realtà richiesto e sollecitato al TAR l'accertamento dell'inesistenza della posizione dominante, e, di conseguenza, la valutazione economica alternativa necessaria per fondare tale accertamento.

8. Le osservazioni sopra esposte, concernenti sia la sentenza impugnata e le sue conclusioni che le doglianze in primo grado prospettate da Enel s.p.a. e dal Tribunale ritenute fondate, appaiono d'altra parte, coerenti con il consolidato indirizzo giurisprudenziale della Sezione, secondo il quale i provvedimenti dell'AGCM sono sindacabili in giudizio per vizi di legittimità e non di merito. Si tratta di un sindacato che, purché rimanga nell'ambito dei vizi di legittimità, non incontra limiti, potendo essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e di violazione di legge, anche con riferimento all'eccesso di potere in relazione a tutte le sue figure sintomatiche. Nell'esercizio di tale sindacato, il giudice può solo verificare la logicità, congruità, ragionevolezza ed adeguatezza, del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità e ad essa riservate (Cons. Stato, Sez.VI, n.1348 del 2000; n.1671 del 2000; n.4118 del 2001).

Gli esiti sopra esposti appaiono, peraltro, del tutto coerenti con il più recente indirizzo della Sezione che, nel disattendere l'assunto secondo cui il controllo di legittimità precluderebbe la verifica della verità dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità ha, da una parte, ribadito il pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo, anche attraverso l'utilizzazione di strumenti processuali come la consulenza tecnica d'ufficio, e dall'altra ribadito che

distinzione tra accertamento
dei fatti e valutazione tecnica complessiva

possono essere accertati e verificati i fatti posti dall'Autorità a fondamento delle proprie deliberazioni sotto il profilo della verità dei medesimi, attraverso la valutazione degli elementi probatori raccolti dall'Autorità medesima e di quelli prospettati dalle imprese interessate (Cons. Stato, Sez.VI, 25 aprile 2002 n.2199, cit.).

Proprio il riferimento alla nozione di presupposto di fatto ed al suo accertamento appare decisivo nella fattispecie. Da una parte, infatti, il Tribunale ha pronunciato l'annullamento della deliberazione dell'Autorità sostanzialmente sul presupposto che l'esistenza della posizione dominante di Enel Trade sul mercato della fornitura costituisse un accertamento di fatto e non una valutazione tecnica complessiva, frutto dell'apprezzamento di una serie di elementi, in quanto tale riservata all'Amministrazione; dall'altra, proprio con la decisione n.2199 del 2002 la Sezione, nell'affermare in via generale il pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo, anche con riferimento ai provvedimenti dell'AGCM, ha distinto le valutazioni tecniche in senso stretto dalle valutazioni complesse, risultanti dall'applicazione di concetti giuridici indeterminati, ed escluso, per queste ultime, la possibilità di un sindacato giurisdizionale di tipo "forte", volto a sostituire la valutazione del giudice a quella dell'Amministrazione, risultando ammissibile, nei confronti di esse soltanto un sindacato volto a controllare la ragionevolezza e la coerenza (c.d. controllo di tipo "debole"). Sotto questo profilo, deve essere evidenziato che erroneamente l'Enel, pur ricordando la pronuncia della Sezione n.2199 del 2002, ha affermato nella memoria depositata nel presente grado del giudizio, che il Tribunale avrebbe compiuto un controllo di tipo debole, verificando e censurando le premesse di fatto poste a base del provvedimento finale e collocandosi "all'interno" della valutazione compiuta dall'autorità; al contrario, il primo giudice, avendo sostanzialmente ritenuto che l'esistenza della posizione dominante implicasse un accertamento di fatto e non una valutazione tecnica complessiva, ha provveduto al proprio autonomo accertamento di essa (sulla base degli elementi emersi nel corso dell'istruttoria dell'Autorità), in tal modo sostituendo la propria valutazione a quella della medesima autorità e compiendo così, impropriamente, un controllo di tipo "forte".

Deve, al riguardo, essere precisato che l'accertamento di fatto implica, in via di principio, l'accertamento, sul piano storico o naturalistico, dell'esistenza di un elemento fattuale, che costituisce il presupposto per le scelte da effettuarsi con il provvedimento dell'Amministrazione e che, proprio perché tale, si colloca normalmente "all'esterno" della valutazione da questa effettuata. E' per tale ragione che è stato correttamente affermato che la questione di fatto attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, e che il potere di accertare tali presupposti di fatto è considerato un tratto specifico della giurisdizione di legittimità (Cons. Stato, Sez.IV 9 aprile 1999 n.601). L'accertamento di un presupposto di fatto può anche risolversi in un procedimento complesso, e richiedere anche l'espletamento di consulenze tecniche; si tratta, peraltro, di situazioni che attengono pur sempre ad elementi che, pur destinati a condizionare il giudizio finale dell'Amministrazione, sono comunque, in qualche modo "esterni" ad esso.

Al contrario, la valutazione tecnica complessiva implica l'apprezzamento di una serie di elementi di fatto - definiti nella loro consistenza storica o naturalistica - in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che, nel caso delle valutazioni tecniche dell'AGCM, non hanno il carattere di regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico, con cui si provvede alla definizione dei concetti giuridici indeterminati (quali quelli di mercato rilevante, di dominanza, di intesa restrittiva della concorrenza) cui fa riferimento la normativa a tutela della concorrenza.

Una situazione del genere è particolarmente evidente nel caso in esame, nel quale l'accertamento della posizione dominante di Enel Trade sul mercato della fornitura ai clienti idonei effettivi e potenziali è frutto di una valutazione complessiva, come osserva la difesa dell'Amministrazione, di una serie di fattori, quali la quota di mercato - in assoluto ed in rapporto a quella degli altri operatori -, la struttura chiusa alle importazioni del mercato elettrico, il contesto generale del settore elettrico nazionale, di un'analisi economica degli effetti di tale potere di mercato, e delle dinamiche concorrenziali in una prospettiva volta a cogliere anche lo sviluppo delle vicende di esso.

Se dunque si è di fronte ad una valutazione complessiva in funzione dell'applicazione di concetti giuridici indeterminati, posta in essere dall'AGCM, occorre ad essa fare applicazione dei principi di recente ribaditi dalla Sezione proprio con riferimento al problema della tutela giurisdizionale, ed affermare, pertanto, che il sindacato del giudice amministrativo in proposito è di tipo "debole", che,

Accertamento
dei fatti

Potere neutrale

cioè, non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile od il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato all'operato dell'Autorità. Nei confronti di questa, il giudice deve, infatti, verificare direttamente i fatti posti a fondamento dei provvedimenti ad esercitare un sindacato di legittimità sull'individuazione del parametro normativo e sul raffronto con i fatti accertati. In tale ambito il giudice può, come è stato precisato, censurare le valutazioni tecniche, (compreso il giudizio tecnico finale) che attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza, appaiano inattendibili (Cons. Stato, Sez.VI, n.2199 del 2002, cit.).

9. Gli esiti sopra esposti, che escludono la possibilità di un sindacato di tipo "forte" sulle valutazioni complesse dell'Autorità, poste in essere in funzione dell'applicazione di concetti giuridici indeterminati appaiono, d'altra parte, una conseguenza logica e coerente della giurisprudenza del giudice amministrativo sul sindacato della discrezionalità tecnica. Come è noto, la giurisprudenza ha distinto la discrezionalità tecnica – ricorrente allorché l'amministrazione debba fare applicazione di una norma tecnica cui una norma giuridica attribuisca rilevanza diretta od indiretta, con conseguenti valutazioni suscettibili di vario apprezzamento – dal "merito" amministrativo, sostanzialmente identificato con la valutazione diretta dell'interesse pubblico concreto relativo ai singoli provvedimenti (Cass., 3 novembre 1998 n.5922), e con il profilo dell'opportunità; e se ha ritenuto ammissibile il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici, anche attraverso la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche (Sez.IV, n.601 del 1999, cit.), ha, peraltro, espressamente ritenuto "ragionevole" l'esistenza in ordine di una riserva di amministrazione in ordine al merito amministrativo, considerato l'elemento specializzante della funzione amministrativa, con conseguente sottrazione delle relative valutazioni di opportunità ai poteri di indagine del giudice.

Sotto ponendo ad ulteriore approfondimento tale prospettazione, che ha posto fine alla tradizionale equazione concettuale tra discrezionalità tecnica e merito amministrativo, la giurisprudenza, con riferimento al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche, ha isolato la categoria delle valutazioni complesse, per lo più volte all'applicazione di concetti giuridici indeterminati, nelle quali è dato registrare sovente una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell'interesse pubblico, e più in generale la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario.

Per tali valutazioni complesse, la stretta comunicazione fra apprezzamento tecnico opinabile e scelta di merito, intesa come apprezzamento dell'interesse pubblico concreto, è stata ritenuta indice dell'esistenza di un potere di valutazione tendenzialmente riservato all'amministrazione, con conseguente impossibilità, sul piano del controllo giurisdizionale, di configurare un sindacato di tipo "forte", caratterizzato dalla possibilità della sostituzione della valutazione del giudice a quella effettuata dall'Amministrazione (Cons. Stato, Sez.IV, n.5287 del 2001).

Tali affermazioni sono state, peraltro, esattamente collegate non soltanto alla difficoltà, nelle fattispecie prese in considerazione, di separare concettualmente opinabilità e opportunità amministrativa, ma alla circostanza che la complessità della valutazione è sovente collegata alla rilevanza, nelle relative scelte, di interessi di rango primario, protetti da norme costituzionali, la cui ponderazione è spesso affidata dal Legislatore ad articolazioni dell'Amministrazione dotate di una particolare legittimazione, sotto il profilo della qualificazione tecnica.

L'organizzazione concreta del sindacato giurisdizionale è stata, così, correttamente collegata, da una parte alle peculiari caratteristiche di tali valutazioni complesse, e dall'altra, alla speciale rilevanza della garanzia che la legge ha inteso assicurare agli interessi presi in considerazione da tali valutazioni, anche in relazione al principio del buon andamento di cui all'art.97 Cost., attraverso la predisposizione di strutture amministrative, dotate di particolari legittimazione e competenze.

Questi principi sono stati correttamente richiamati con la pronuncia della Sezione n.2199 del 2002, con riferimento alle valutazioni tecniche complesse dell'AGCM, ai fini dell'identificazione del relativo sindacato giurisdizionale; tali principi devono essere, nella presente sede, riaffermati, con l'ulteriore precisazione che essi acquistano una speciale rilevanza a proposito dei provvedimenti dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e dalle sue valutazioni tecniche complesse. Queste, infatti, si caratterizzano per il fatto che la valutazione dell'interesse pubblico concreto connesso con il provvedimento viene realizzata, considerato il modo in cui la legge ha configurato l'Autorità, i suoi poteri ed i suoi provvedimenti, al di fuori del circuito dell'indirizzo politico, da un organo posto in posizione di particolare indipendenza, nell'esercizio di poteri neutrali. Sotto questo

profilo, cioè che assume particolare rilievo è l'affidamento della tutela della concorrenza, e dei diritti e dei valori costituzionali ad essa connessi, ad un'Autorità che si caratterizza non soltanto per la qualificazione e la composizione tecnica, ma per l'esercizio di poteri neutrali, la cui indipendenza costituisce una diretta conseguenza della neutralità.

La legge, infatti, ha inteso predisporre una speciale garanzia per le situazioni soggettive, costituzionalmente garantite, connesse con la tutela della concorrenza (art.41 Cost.), sottraendo le relative valutazioni e decisioni al circuito dell'indirizzo politico. Tale garanzia, voluta dal Legislatore, caratterizza anche la fase della tutela giurisdizionale e dei relativi accertamenti, ed essa viene assicurata attraverso un sindacato giurisdizionale realizzato nelle forme del controllo della logica, coerenza e ragionevolezza, anche sotto il profilo del rispetto delle regole tecniche, e dei presupposti di fatto posti a fondamento della valutazione.

Tale configurazione del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità e sulle sue valutazioni complesse in tema di accertamento della posizione dominante appare, infine, coerente, come è stato ricordato dalla difesa dell'Amministrazione, con l'ordinamento comunitario e con l'orientamento della Corte di giustizia C.E., alla stregua del quale – come è stato già rilevato dalla Sezione (Sez.VI, n.2199 del 2002, cit.) – il sindacato del giudice sulle valutazioni economiche complesse della Commissione appare limitato alla verifica dell'osservanza delle norme di procedura e di motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza dell'errore manifesto di valutazione e dello sviamento di potere (sentenza 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia; 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, BAT e Reynolds; 28 maggio 1998, causa 7/1995, John Deere).

A tali canoni non ubbidisce, come si è visto, la sentenza impugnata, sicché devono essere accolte le doglianze con cui l'appellante lamenta che il primo giudice avrebbe effettuato un'inammissibile sindacato di merito.

10. Fondata appare, peraltro, nei sensi che saranno di seguito precisati, anche la seconda doglianza definita "sistemica", della difesa dell'Enel, con cui l'Autorità deduce che il Tribunale si sarebbe posto in "aperto ed immotivato contrasto con le decisioni con cui la Commissione - competente in via esclusiva sulla concentrazione ex artt.21 e 22 del Regolamento n.4064/89 – aveva disposto il rinvio a favore dell'Autorità di concorrenza italiana (motivo n.6 dell'elencazione contenuta nella parte in fatto).

Va, in proposito ricordato che, con decisione del 19 gennaio 2001 la Commissione della Comunità Europea, cui il progetto di concentrazione era stato notificato su richiesta dell'Autorità Italiana ed a seguito di un'autonoma analisi e valutazione, deliberava di rinviare l'esame alle medesime autorità competenti della Repubblica Italiana, per quanto riguardava il mercato italiano della fornitura di energia elettrica, ai sensi dell'art.9, paragrafo 3 del regolamento n.4064/89 sulle concentrazioni, che consente alla Commissione di rinviare un caso, di rilevanza europea, ad una delle autorità nazionali competenti, ove risultino dimostrate l'esistenza di un mercato distinto all'interno dello Stato membro e la minaccia della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante su tale mercato.

Con il provvedimento, la Commissione ha ritenuto che la richiesta italiana avesse soddisfatto tali condizioni (pag.18). Con riferimento, in particolare, alla questione riguardante l'eventuale rafforzamento della posizione dominante di Enel sul mercato della fornitura ai clienti idonei, la Commissione, dopo aver richiamato la posizione italiana (par. 30-35), ha espressamente ricordato che occorre dimostrare la posizione dominante di Enel sul mercato in questione e successivamente verificare la sussistenza di una minaccia di rafforzamento di tale posizione (par. 36), ed ha proceduto alla propria autonoma valutazione (anche se sugli elementi offerti dall'Autorità italiana), con un'analisi diffusa (par. 38-53) concludendo, infine, che le autorità italiane avevano dimostrato l'esistenza del "rischio di rafforzamento di una posizione dominante nel mercato liberalizzato della fornitura di energia elettrica, il quale presenta tutte le caratteristiche di mercato distinto, ai sensi dell'art.9, paragrafo 2, lett. a" (par. 54).

Appare, pertanto, evidente che la Commissione, nel disporre il rinvio all'Autorità italiana non ha effettuato una semplice presa d'atto delle richieste di quest'ultima, ma ha provveduto ad un'autonoma valutazione circa il rischio di rafforzamento della posizione dominante di Enel sul mercato delle forniture, e quindi, anche sull'esistenza di tale posizione. Poiché la decisione della Commissione del 19 gennaio 2001 costituisce il presupposto necessario del procedimento instaurato dall'AGCM e della relativa istruttoria, appare evidente che – senza attribuire alla stessa

il valore di una sorta di vincolo da giudicato, come sembrerebbe fare la difesa dell'Autorità - di tale decisione e del relativo accertamento si sarebbe dovuto tener conto, sia pure per disattenderlo, in sede di controllo sull'esistenza della posizione dominante di Enel nel mercato rilevante. Tale pronuncia, infatti, costituendo l'antecedente logico-giuridico dell'esercizio del potere dell'Autorità nazionale, non può essere tenuta in considerazione sia nella fase dell'istruttoria che nella successiva fase di contestazione e di controllo giudiziale delle risultanze di essa. L'esistenza della decisione crea, infatti, una sorta di dovere funzionale dei soggetti interessati al procedimento, che non li obbliga certamente a condividere le conclusioni di essa, ma rende necessario che di essa si tenga conto ai fini delle determinazioni conclusive.

La considerazione della decisione della Commissione e, invece, del tutto assente nell'accertamento effettuato dal Tribunale, come, del resto, è assente la considerazione delle diverse valutazioni operate dagli altri soggetti istituzionali operanti nel settore elettrico (l'Autorità per l'energia elettrica ed il Gas, il Gestore della Rete di trasmissione nazionale, il Gestore del mercato elettrico) che hanno tutte espresso preoccupazioni circa l'assetto concorrenziale del mercato.

11. Fondata appare, altresì, nei sensi di seguito precisati, l'ulteriore doglianza (definita "sistemica" dal Enel s.p.a. con la propria memoria), con cui l'appellante deduce che il Tribunale avrebbe fondato il proprio convincimento anche su fatti sopravvenuti all'istruttoria ed al provvedimento, secondo modalità utilizzabili in un giudizio di tipo impugnatorio (motivo n.8 di quelli elencati nella parte in fatto della presente decisione). In effetti, la circostanza che la sentenza di primo grado abbia indicato in un periodo di "poco più di un anno e mezzo", quello nel quale un numero di clienti, pari ad oltre il 40% della sua quota di mercato, avrebbe abbandonato il Gruppo Enel per passare ad altri concorrenti, sembrerebbe indicare che con essa siano stati presi in considerazione anche fatti e situazioni successivi allo stesso provvedimento finale (il mercato della fornitura dei clienti idonei si è aperto il 1° gennaio 2000, come ricorda l'Enel, mentre il provvedimento impugnato è del 28 febbraio 1991). La relazione semestrale 2001 Enel, che il Tribunale valuta espressamente, ritenendola non priva di rilevanza, in ragione degli obblighi informativi e di trasparenza delle società guidate, riguarda poi, il primo semestre 2001, e quindi un periodo successivo alla chiusura dell'istruttoria e larga parte anche al provvedimento impugnato.

Le circostanze sopra indicate acquistano, peraltro una rilevanza specifica proprio perché evidenziano che il Tribunale non ha, in realtà, proceduto ad un controllo di coerenza e di logicità del provvedimento impugnato, ma ha effettuato direttamente un accertamento della dominanza della posizione sulla base degli elementi ritenuti utili a tal fine. Si tratta, come ha rilevato la difesa dell'Autorità, di un *modus procedendi* non compatibile con il sindacato di legittimità proprio dei processi di tipo impugnatorio.

12. Le argomentazioni sopra esposte evidenziano, pertanto, sia la fondatezza delle doglianze spiegate dall'Autorità, con le quali, sotto diversi profili, è stato denunciato che il Tribunale ha proceduto ad un non ammissibile esame di merito della deliberazione dell'Autorità, introducendo una valutazione economica alternativa (motivi identificati nell'esposizione in fatto della presente decisione con i numeri 1, 2, 3, 6 ed 8), sia l'impossibilità di utilizzare e condividere le conclusioni cui è pervenuto il primo giudice attraverso l'esame di doglianze, prospettate in primo grado, che proprio una valutazione alternativa in realtà sollecitavano.

Gli ulteriori rilievi formulati dall'Autorità, pur volti a censurare profili specifici della valutazione operata dal Tribunale (riguardanti la quota di mercato di Enel nel mercato della fornitura, il rapporto tra la posizione di Enel Trade su tale mercato e la posizione dominante del Gruppo Enel sul mercato a monte della generazione, il ruolo della borsa elettrica) appaiono, in realtà, diretti a dimostrare l'illogicità della ricostruzione operata dai primi giudici e la coerenza e l'attendibilità logica e della valutazione operata con la deliberazione dell'Autorità.

Considerati sotto tale profilo, tali rilievi appaiono, nel loro insieme, fondati, in quanto evidenziano l'attendibilità e la ragionevolezza della valutazione operata dall'Autorità con riferimento all'esistenza della posizione dominante di Enel Trade sul mercato della fornitura e quindi l'erroneità della sentenza ne ha disposto l'annullamento sulla base di un diverso accertamento.

Così, è pertanto, della doglianza con cui si lamenta che il Tribunale avrebbe dato un rilievo assorbente alla quota di mercato di Enel Trade, travisandone per di più il contenuto.

Al riguardo, deve essere osservato che l'accertamento della posizione dominante di Enel Trade sul mercato della fornitura è basato sulla considerazione di una pluralità di elementi, quali, in

particolare la struttura particolarmente concentrata del mercato, la rilevante quota di mercato di Enel Trade, l'asimmetria dimensionale rispetto ai concorrenti, la forza attrattiva del mercato, la circostanza che Enel Trade fa parte di un gruppo ex monopoliste, integrato in tutti gli stadi della filiera elettrica, e dominante nella generazione.

E' la considerazione complessiva di tali elementi – che fanno la particolarità del settore elettrico in Italia – a rendere attendibile e ragionevole la valutazione dell'Autorità. Non sembra, pertanto, ragionevole pervenire, come ha fatto il primo giudice, ad una valutazione di segno opposto, sostanzialmente sulla scorta della considerazione di un solo elemento, riguardante l'andamento della quota di mercato di Enel Trade. Anche l'interpretazione di tale andamento, contenuta nella sentenza impugnata, appare, peraltro, affetta da vizi logici, dal momento che essa mette, sostanzialmente, la variazione della quota in relazione alla situazione precedente al processo di liberalizzazione: con ciò inammissibilmente interpretando tale variazione, come esattamente osserva l'appellante, come una sorta di "caduta" della quota di Enel in un mercato che, prima della liberalizzazione, non poteva certamente considerarsi esistente.

13. L'affermazione dell'esistenza della posizione dominante di Enel Trade sul mercato della fornitura appare, d'altra parte, coerente con la giurisprudenza comunitaria; posizione, questa, che – come ricorda lo steso giudice di primo grado "può risultare da diversi fattori, che presi isolatamente, non sarebbero determinanti", mentre "nell'ambito di tali fattori la detenzione di cospicue quote di mercato è molto significativa (13 febbraio 1979 Hoffman-Laroche).

La presenza di una quota di mercato cospicua è dunque, un indizio assai significativo dell'esistenza di una posizione dominante, mentre la riduzione di quote di mercato tuttora rilevanti non può costituire di per sé la prova dell'insussistenza di una posizione dominante (Tribunale di primo grado, sentenza 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93, T-28/93, Compagnie Maritimes Belges Transports).

Tale esito appare ragionevole se si considera che, come ha ricordato lo stesso Tribunale, "l'esistenza di una posizione dominante può risultare da diversi fattori che, presi isolatamente non sarebbero determinanti"; e che "la determinazione di una quota di mercato notevole, come elemento provante dell'esistenza di una posizione dominante, non è un dato assoluto, e la sua importanza varia da mercato a mercato a seconda della struttura dei medesimi"; che costituiscono indizi validi il rapporto tra le quote di mercato detenute dall'impresa interessata e quote detenute dai suoi concorrenti, il vantaggio tecnologico, l'esistenza di una rete commerciale esternamente perfezionata, l'assenza di concorrenza potenziale" (le citazioni sopra riportate, tutte contenute nella sentenza di primo grado, sono tratte dalla decisione Corte di Giustizia Hoffman-Laroche, 13 febbraio 1979); che deve essere ritenuto rilevante un grado molto spinto di integrazione verticale a monte e a valle, in quanto riduce le possibilità per i terzi di accedere alle relative attività (14 febbraio 1978, United Brands).

Appare, pertanto esente da vizi di ragionevolezza la valutazione dell'Autorità che, ispirandosi al ricordato indirizzo giurisprudenziale, ha tratto il proprio convincimento circa l'esistenza della posizione dominante di Enel Trade sul mercato della fornitura da una serie assai articolata di elementi. Il diverso apprezzamento del Tribunale appare invece, fondato in modo pressoché esclusivo su di un elemento – la quota di Enel – il cui andamento viene, peraltro, interpretato in modo non esente da vizi logici, e cioè – come si è già visto – come una sorta di "caduta" in un mercato che, prima della liberalizzazione, non poteva certo essere considerato esistente.

14. Nell'accertamento della posizione dominante di Enel Trade sul mercato della fornitura un ruolo assai significativo è svolto dalla considerazione delle particolarità del settore elettrico, che hanno condotto l'Autorità a ritenere che tale accertamento non potesse limitarsi alla misura della quota di mercato, ma dovesse essere ricondotto ad altri fattori, quali, appunto, il legame esistente tra Enel produzione, Erga ed Enel Trade all'interno del Gruppo (par. 175). L'Autorità ha così richiamato la particolare posizione del mercato elettrico del Gruppo Enel che costituisce e costituirà per il futuro il più grande produttore di Energia elettrica, dominante sul mercato della generazione, non solo a causa della ingente quota di mercato (che risulterà pari al 53,4%), ma anche per la composizione del parco di generazione, costituito da un numero di impianti che, adattandosi ai mutamenti orari e stagionali della domanda (impianti di modulazione e di picco) sono in condizione di consentire ad Enel di determinare il prezzo all'ingrosso dell'energia elettrica, soprattutto nelle ore di maggior richiesta. La stessa Autorità ha altresì rilevato che l'energia proveniente dalla limitata capacità di generazione non controllata dal Gruppo Enel è assimilabile a quella generata da impianti di base,

che non incidono sulla determinazione del prezzo all'ingrosso dell'energia elettrica; che l'impatto concorrenziale delle tre GENCO sarà rimandato almeno sino al completamento del processo di riconversione (stimato al 2008) previsto dal Piano di riconversione degli impianti; che la capacità di generazione delle tre GENCO sarà caratterizzata, per oltre due terzi, da impianti di base, con capacità limitata di influenzare il prezzo all'ingrosso; che tali condizioni di mercato consentiranno ad Enel Trade di mantenere la propria posizione dominante sul mercato della fornitura, dal momento che il Gruppo Enel potrà fissare un elevato prezzo di vendita per l'energia elettrica all'ingrosso, che tuttavia, risulterà sostenibile per Enel Trade sul mercato della fornitura grazie alla posizione dominante sul mercato della fornitura, mentre i concorrenti di Enel (affini nella fornitura ma non nella generazione) si troveranno nella necessità di vendere a prezzi inferiori ai propri costi di approvvigionamento.

L'AGCM ha infine ritenuto, sulla scorta dell'analisi delle più avanzate esperienze straniere (Stati Uniti, Regno Unito), che "anche il più sofisticato modello di borsa elettrica non è in grado di risolvere le distorsioni concorrenziali presenti nelle strutture di mercato", mentre "l'esistenza di una posizione dominante dal lato della generazione provoca effetti diretti sui livelli dei prezzi a cui si scambiano le quantità di energia elettrica in borsa, fino a limitare (o impedire) la possibilità che i prezzi siano fissati ad un livello concorrenziale" (par.86 del provvedimento).

Le conclusioni dell'AGCM sono state sostanzialmente confermate dal Gestore del mercato elettrico con riferimento alla borsa (par. 159) e dal Gestore della rete di trasmissione nazionale in relazione alla possibilità di Enel di determinare il prezzo sulla futura borsa, anche in ragione del fatto che Enel disporrà, rispetto agli altri operatori, di impianti in condizione di rispondere meglio ai picchi di domanda (par. 161).

In un quadro così articolato, acquista quindi, un rilievo meno significativo, sul piano logico, come osserva l'appellante, la vicenda della quota di mercato di Enel Trade. La coerenza e l'attendibilità logica della ricostruzione dell'analisi dell'Autorità non sono messe in discussione dai rilievi del Tribunale, che introduce una nuova valutazione alternativa, da una parte non considerando l'attuale inoperatività della borsa elettrica, e dall'altra non esaminando la coerenza logica di quanto osservato dall'Autorità in ordine al rapporto tra il funzionamento del (futuro) mercato borsistico e le strategie concorrenziali di Enel, rese possibili dalle condizioni dei mercati di generazione e dalla disponibilità, in capo ad Enel, della maggior parte degli impianti di modulazione e di picco, ed attribuendo, invece un rilievo decisivo ad un profilo non principale nella ricostruzione contenuta nel provvedimento (si tratta di quello di cui al par. 210, riguardante l'asserita possibilità che "quantità di energia elettrica potranno essere scambiate a prezzi diversi da quelli di borsa e definiti contrattualmente dalle parti. Ciò consentirà a Enel Trade di rimanere l'acquirente privilegiato dell'energia elettrica generata da Enel produzione"). Sotto questo profilo, le osservazioni formulate dal Tribunale o (secondo cui i comportamenti ipotizzati, ove attuati, si risolverebbero in un abuso di posizione dominante di Enel sul mercato della generazione e della stipula di contratti nulli per illiceità della causa) appaiono, per un verso inconferenti, e per l'altro non rilevanti: l'assunto dell'Autorità è, infatti che l'esercizio lecito del potere di mercato che il Gruppo Enel detiene nella generazione – e non la possibilità di porre in essere comportamenti illeciti – determinando prezzi elevati, ostacolerà i concorrenti di Enel Trade, sicché l'operazione di concentrazione, rendendo possibile una strategia di offerte multiutility, determinerà il rafforzamento del potere di mercato di Enel Trade.

La natura non decisiva delle osservazioni contenute nel paragrafo 210 della delibera impugnata è, d'altra parte, resa evidente dal successivo paragrafo 212, nel quale si osserva che anche nell'ipotesi che la borsa elettrica operi secondo meccanismi "virtuosi", "le strategie del Gruppo Enel non potranno non riflettere l'effetto congiunto della posizione dominante di Enel Produzione sul mercato della generazione e della posizione dominante di Enel Trade, rafforzata dalla operazione in esame sul mercato della fornitura".

15. Alla stregua delle osservazioni sopra esposte, l'appello dell'Autorità si rivela fondato, sicché, deve essere disposto l'annullamento della impugnata decisione del Tribunale, che ha accolto il secondo ed il terzo motivo del ricorso di primo grado di Enel s.p.a..

Dall'accoglimento, nei sensi sopra esposti, del gravame discende, peraltro, in via di stretta consequenzialità, il dovere del Collegio di esaminare le ulteriori doglianze proposte da Enel s.p.a., con il ricorso al TAR e da questo non esaminate; doglianze queste che sono state espressamente riproposte dall'appellata con la memoria depositata in giudizio.

16. Deve, innanzitutto, essere esaminata la censura (quarta del ricorso di primo grado, ma riproposta per prima con la memoria) con cui l'Enel s.p.a. deduce l'eccesso di potere, sotto il profilo dello sviamento e del travisamento dei fatti, con riguardo al preteso rafforzamento della posizione dominante di Enel Trade per effetto della concentrazione.

Ad avviso di Enel s.p.a., il modo di argomentare dell'Autorità evidenzerebbe che essa avrebbe strumentalizzato la procedura di controllo dell'operazione di concentrazione Enel e Infostrada, utilizzando tale occasione per compiere una valutazione degli assetti concorrenziali dei mercati elettrici e per modificarne le condizioni, pur non essendo queste ascrivibili all'operazione di acquisto di Infostrada (dove lo sviamento).

L'AGCM sarebbe poi, incorsa, in eccesso di potere per travisamento dei fatti, essendo il provvedimento fondato su una premessa non corrispondente al vero (l'essere l'operazione rivolta a rendere possibili offerte multiutility precluse ai concorrenti di Enel) ed affetto da una serie di errori logici.

Il Collegio osserva che la censura di eccesso di potere per sviamento appare infondata, e comunque non correttamente posta, con riferimento alla questione – oggetto del motivo in esame – del rafforzamento della posizione dominante di Enel Trade nel mercato della fornitura per effetto della concentrazione con Infostrada.

L'Autorità, infatti, illustra diffusamente nel provvedimento impugnato le ragioni che la inducono a ritenere che l'acquisizione di Infostrada porti ad un rafforzamento della posizione dominante di Enel Trade nel mercato della fornitura ai clienti idonei, evidenziando come l'operazione vada valutata sia con riferimento alle strategie di diversificazione perseguita dal Gruppo Enel, sia in relazione alla posizione dominante di questo nei mercati della fornitura e della generazione (par. 183). Viene, così illustrata la strategia multiutility (par. 184-190) da Enel utilizzata in coincidenza con la fase di liberalizzazione del mercato elettrico, che prende le mosse dalla considerazione il numero di utenti elettrici serviti (circa 30 milioni), costituisce una risorsa di partenza da preservare ed un vantaggio da utilizzare, nei confronti dei concorrenti, nella prospettiva di offerte congiunte di servizi, ed ha per obiettivo quello di registrare economie di gamma e di scala nella gestione congiunta di servizi di pubblica utilità, e per effetti quelli "di fidelizzare i clienti elettrici attuali e allargare la clientela non captive" (par. 187). Vengono, poi, illustrati gli effetti dell'acquisizione di Infostrada sul mercato rilevante (par. 191-202), da valutarsi nel contesto del processo di liberalizzazione del settore (par. 191); viene, in particolare chiarito che l'effetto strutturale provocato dall'operazione consiste nel fatto che almeno un 25-45% dei futuri clienti idonei, oggi vincolati a Enel distribuzione potrà diventare cliente di Enel Trade per l'energia elettrica e di Infostrada per i servizi di telecomunicazioni, aggiungendoci agli attuali clienti di Wind (par. 193), e che la circostanza che almeno il 25-45% dei futuri clienti idonei sia già oggi clienti di Infostrada rafforza la probabilità che Enel Trade metta in atto strategie fidelizzanti su questa base "base installata di clienti", oggi in larga maggioranza vincolati a Enel distribuzione (par. 194).

In una situazione del genere, può porsi un problema di correttezza dei presupposti di fatto della motivazione, e della sua coerenza ed attendibilità logica (come, appunto, ha fatto Enel s.p.a. con l'ulteriore profilo di illegittimità prospettata con la censura in esame) ma non può certamente dirsi che tale motivazione, analitica ed argomentata, evidenzia l'intenzione dell'Autorità di modificare gli assetti concorrenziali e le condizioni dei mercati elettrici, pur non essendo tali assetti ascrivibili all'operazione di acquisto di Infostrada.

Per altro verso, un problema del genere può, più appropriatamente porsi non tanto in relazione al rafforzamento della posizione dominante di Enel Trade, quanto piuttosto con riferimento alla determinazione delle misure correttive degli effetti anticoncorrenziali; e non a caso, un sospetto del genere viene prospettato da Enel s.p.a. con il quinto motivo del ricorso di primo grado, riguardante, appunto, tali misure correttive (punto 7.2 della memoria di Enel s.p.a.), e sarà con tale motivo, successivamente esaminato.

17. La censura di eccesso di potere per travisamento dei fatti è infondata, e deve, di conseguenza, essere disattesa.

Privo di consistenza è, infatti, il rilievo secondo cui il provvedimento si fonderebbe in una premessa contraria al vero, consistente nel far derivare la possibilità di offerte multiutility dall'operazione di concentrazione, dal momento che Enel, già prima di esse, poteva porre in essere tali strategie attraverso la propria controllata Wind.

- l'acquisizione di Infostrada (Il gestore nazionale) da parte di ENEL in aggiunta a Wind già controllata e determinava il rafforzamento della A.d.

La questione prospettata da Enel è stata già affrontata e correttamente risolta in sede di procedimento dinanzi all'Autorità.

In tale occasione è stato infatti, esattamente osservato, anche sulla scorta di quanto in precedenza argomentato dalla Commissione Europea, che la creazione di Wind nel 1998 precede la liberalizzazione del mercato per la fornitura di energia elettrica, realizzata nel 1999 con decreto legislativo n.79, mentre l'acquisizione di Infostrada viene realizzata "nel momento in cui il mercato per la fornitura di energia elettrica si sta aprendo ed è suscettibile di avere un impatto su detto mercato" (par. 188). E' stata, altresì sottolineata la diversità tra Infostrada e Wind, ed osservato che "la dimensione di Wind in termini di numero di clienti risulterebbe non sufficiente per attuare una strategia di fidelizzazione nei confronti dei clienti di Enel destinati a diventare idonei nel breve periodo" (par. 188).

Per altro verso, l'argomento prospettato da Enel sembra evidenziare proprio la correttezza della valutazione dell'Autorità, che ha considerato l'acquisto di Infostrada idoneo a determinare un rafforzamento della posizione dominante di Enel Trade proprio perché la posizione di Infostrada appare non confrontabile, per numero di clienti con quella di Wind. Il provvedimento da atto del fatto che il Gruppo Enel ha già iniziato a mettere in atto una strategia multiutility utilizzando le strutture di Enel distribuzione per vendere ai clienti vincolati servizi di telecomunicazione offerti da Wind, ma ricorda che, secondo quanto ha dichiarato Enel, "gli esiti commerciali scaturenti da tali contratti sono stati di scarsa rilevanza" (par. 189). Sarà, quindi, l'acquisizione di Infostrada a conferire un valore determinante sotto il profilo concorrenziale alla strategia sopra ricordata, "dal momento che la posizione di Wind nell'offerta di servizi di telecomunicazioni non è confrontabile, per numero di clienti, con quella di Infostrada" (par. 190).

18. Anche gli ulteriori rilievi di Enel, volti a dimostrare che il rafforzamento della posizione dominante nel mercato della fornitura non potrebbe farsi derivare dal fatto che almeno un terzo dei futuri clienti idonei sarebbe già oggi cliente di Infostrada, e che tale circostanza potrebbe consentire di mettere in atto strategie fidelizzanti, non possono trovare accoglimento.

Non appare decisivo il primo degli argomenti in proposito prospettati da Enel, secondo cui un terzo dei futuri clienti idonei (con consumi, cioè, non inferiori a 0,1 GWh) rappresenterebbero una quota di mercato dell'11%, che se sommata a quella che Enel potrebbe conservare nel futuro mercato rilevante (circa il 21%) non consentirebbe di parlare di dominanza. L'argomento appare obiettivamente inconferente, posto che oggetto della censura sono le affermazioni dell'Autorità riguardanti il rafforzamento della posizione dominante, a causa della concentrazione, e non l'esistenza della posizione dominante di Enel sul mercato della fornitura, esistenza già affermata in altra parte del provvedimento.

L'effetto dell'operazione di acquisizione di Infostrada da parte di Enel è stato, d'altra parte, valutato sulla scorta dei dati forniti dagli stessi interessati (par. 103-113) ed è stato identificato nel fatto che "un 25-45% dei clienti elettrici, oggi svincolati ma in procinto di divenire idonei, sarà almeno due volte e contemporaneamente cliente del Gruppo Enel, cioè per la fornitura sia di elettricità (Enel Trade) sia di servizi di telecomunicazioni (Wind e Infostrada, poi New Wind)" (par.113).

Quanto all'affermazione secondo cui i clienti Infostrada in procinto di diventare idonei (e quindi fidelizzabili) sarebbero molto meno di quanto l'AGCM abbia ipotizzato, si deve osservare che la stessa appare del tutto generica e, comunque non idonea ad incidere sulla logicità e coerenza del provvedimento oggetto del controllo di legittimità. Ciò che, infatti, appare rilevante, a tal fine, è che l'Autorità ha avuto presente la ripartizione dei clienti Infostrada (e le relative percentuali) in clienti residenziali, clienti SOHO (con utenze residenziali ma con consumo minimo) e in clienti industriali, per pervenire alla valutazione finale circa l'effetto strutturale dell'operazione di acquisizione sul mercato rilevante (par. 103-113). In particolare, con riferimento ai clienti SOHO, l'Autorità ha espressamente indicato e stimato quelli attribuibili al mercato rilevante. L'AGCM ha infatti, prima identificato la quantità di nuovi clienti voce costituenti piccole e medie imprese acquisiti a seguito dell'operazione Infostrada, osservando che veniva realizzato un incremento di oltre il 100% dei clienti Wind rientranti nella predetta categoria delle piccole e medie imprese (par. 110), e poi affermato che a tali clienti andava aggiunta una quota dei clienti SOHO Infostrada con più di due linee telefoniche (par. 111); secondo le dichiarazioni di Infostrada, "il numero dei propri clienti con più di 2 linee telefoniche approssima la grandezza delle piccole e medie imprese fino a 10 dipendenti" (par. 107). L'Autorità ha anzi, prudenzialmente considerato i soli utenti SOHO con più

di 5 linee telefoniche, "fra cui rientrano verosimilmente piccole utenze industriali, commerciali e professionali" (par. 111).

Del tutto generica, e quindi non idonea a evidenziare un'illegittimità, *in parte qua*, del provvedimento impugnato, appare altresì l'affermazione secondo cui gran parte dei clienti Infostrada oggi svincolati, che diverranno idonei, non sarebbe più servita da Enel distribuzione, avendo sede nelle grandi città, dove la fornitura dei clienti vincolati sarebbe stata già affidata alle aziende municipalizzate e sarebbe, di conseguenza sottratta alla possibilità di essere fidelizzata nella fase di transizione al mercato libero. Enel, infatti, non fornisce alcuna indicazione, anche percentuale, circa l'incidenza del denunciato fenomeno sulla valutazione dell'Autorità.

Non idoneo a fondare l'accoglimento della censura appare, poi, il rilievo alla stregua del quale i clienti Infostrada sarebbero altamente volatili e quindi non fidelizzabili, anche perché serviti mediante instradamento attraverso la rete di Telecom Italia. Si tratta, infatti, di un rilievo che suppone un vero e proprio fraintendimento, dal momento che irrilevante è la volatilità dei clienti Infostrada. Come è chiarito nello stesso provvedimento, gli effetti dell'acquisizione di Infostrada riguardano la fidelizzazione dei clienti elettrici di Enel in procinto di divenire idonei, attraverso un'offerta congiunta di servizi di telecomunicazioni ed elettricità, e non – come sembrerebbe intendere Enel – la fidelizzazione dei clienti Infostrada attraverso un'offerta di energia elettrica (par. 199). La questione posta dalla concentrazione riguarda, infatti, la possibilità di trattenere dei clienti elettrici attualmente vincolati ad Enel, con l'effetto di limitare il processo di liberalizzazione e di rafforzare la posizione dominante di Enel Trade.

L'ulteriore argomento prospettato da Enel trascura poi di considerare che con la liberalizzazione del c.d. ultimo miglio (unbulling local loop) i clienti di telecomunicazioni possono rescindere qualsiasi rapporto con Telecom Italia ed essere serviti in esclusiva dal nuovo operatore di telecomunicazioni. Esattamente si osserva, in proposito, nel provvedimento impugnato, che "in questo modo il Gruppo Enel, in seguito all'acquisizione di Infostrada, potrà offrire ai propri clienti elettrici e di telecomunicazioni un insieme di servizi esclusivi" (par. 199).

Quanto, infine, all'affermazione secondo cui l'AGCM avrebbe ommesso di considerare che la c.d. "non replicabilità delle offerte multiutility" da parte dei concorrenti di Enel, pare sufficiente osservare che essa non tiene in alcun conto l'obiettivo diversità della posizione di tali imprese sul mercato rispetto ad Enel Trade. Tali imprese acquistano, infatti, in gran parte, l'energia che rivendono ai clienti finali, mentre il loro fornitore principale è costituito dal Gruppo Enel.

Le osservazioni formulate da Enel s.p.a. non appaiono pertanto, idonee a mettere in discussione la correttezza dei dati posti dall'Autorità a fondamento delle proprie valutazioni, né l'attendibilità logica delle stesse; con il conseguente rigetto del quarto motivo del ricorso di primo grado, riproposto in appello.

19. Deve, adesso, essere esaminata la censura con cui l'Enel deduce la violazione e la falsa applicazione dell'art.6 della legge n.287 del 1990, nonché il vizio di eccesso di potere, in relazione alla natura conglomerale della concentrazione (già primo motivo del ricorso di primo grado). Ad avviso di Enel s.p.a., infatti, non potrebbero ritenersi sussistenti gli estremi della concentrazione in presenza di un'operazione conglomerale, e cioè in presenza di un'operazione che coinvolga imprese operanti su mercati assolutamente eterogenei. Ed infatti, ritenere che oggetto di valutazione – e poi di autorizzazione condizionata – possano essere operazioni che coinvolgano imprese operanti su mercati diversi, senza la produzione di un effetto strutturale, significherebbe concepire l'intervento dell'AGCM come caratterizzato non da una discrezionalità tecnica, ma da una rilevanza politica.

La doglianza in tal modo formulata è infondata e deve, di conseguenza, essere disattesa.

Va, in proposito in primo luogo osservato che la legge n.287 del 1990 fornisce la nozione di concentrazione, rilevante ai fini del controllo dell'Autorità non nell'art.6 – che pone, invece, il divieto delle concentrazioni che risultano restrittive della libertà di concorrenza – ma nell'art.5, volto appunto, ad individuare la relativa operazione. Ora, l'art.5 della legge n.287 del 1990 individua la nozione di concentrazione, rilevante ai fini del controllo dell'Autorità, in relazione alla fattispecie riguardante la fusione di due o più imprese (art.5, comma 1, lett. a), a quella dell'acquisizione del controllo dell'insieme e di parti di una o più imprese da parte di uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa o di una o più imprese (art.5, comma 1, lett.b), a quella della costituzione, attraverso la realizzazione di una nuova società, di un'impresa comune (art.5, comma 1 lett.c). Si tratta di una disciplina, sostanzialmente corrispondente a quella contenuta nel

Regolamento n.4064/89, caratterizzata dal fatto di collegare la concentrazione ad una modificazione duratura dell'assetto delle imprese, senza alcun riferimento al tipo ed alla natura dell'operazione (orizzontale, verticale o, appunto, conglomerale).

La nozione di concentrazione, secondo quanto espressamente ricavabile dall'art.5 della legge n.287 del 1990, si qualifica, pertanto, per l'effetto delle operazioni – la modificazione duratura dell'assetto delle imprese – senza che acquisti rilievo il tipo di operazione attraverso cui tale effetto viene conseguito. Se ne deduce che nessuna limitazione sulla possibilità di assoggettare a controllo le c.d. "concentrazioni conglomerali" – e cioè quelle che si realizzano attraverso l'integrazione di imprese operanti su mercati eterogenei – può essere tratta dalla disciplina legislativa che pone la nozione di concentrazione, rilevante per il controllo dell'AGCM.

Erronea appare, pertanto, l'affermazione, contenuta sostanzialmente negli scritti difensivi di Enel, secondo cui gli estremi della fattispecie "concentrazione" non potrebbero sussistere in presenza di un'operazione di natura conglomerale, dal momento che la norma di legge che identifica la fattispecie (art.5 legge n.287 del 1990) non fa alcun riferimento alla natura dell'operazione; tutte le operazioni di concentrazione soggette all'obbligo di comunicazione devono, pertanto, ritenersi, in linea di principio, suscettibili di ricadere nell'ambito del divieto di cui all'art.6 della legge.

20. Enel s.p.a. deduce, d'altra parte, proprio la violazione dell'art.6 della legge 287, la cui portata applicativa sarebbe stata erroneamente interpretata dall'Autorità. L'art.6 della legge 287 del 1990, identifica, come è noto le operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza facendo riferimento ad un effetto delle stesse sul mercato (la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza) e non sulla struttura delle imprese o alla natura dell'operazione. La doglianza prospettata da Enel deve, pertanto, essere intesa nel senso che da una concentrazione di tipo conglomerale non potrebbe in ogni caso derivare l'effetto sul mercato rilevante preso in considerazione dalla legge, sicché la natura dell'operazione rileverebbe con riferimento alla capacità di essa di causare gli effetti dalla stessa legge indicati. Secondo Enel, infatti alla concentrazione conglomerale non conseguirebbe, "alcuna, neppure in prospettiva, modificazione di tipo strutturale dell'assetto del mercato ed una, altrettanto strutturale riduzione della possibilità di concorrenza". L'effetto strutturale sarebbe, infatti, "connaturato al fatto nella sua dimensione naturalistica, mentre la stessa "concentrazione" sottenderebbe implicitamente "l'idea dell'eliminazione di una persistente contrapposizione tra imprese che si concentrano".

Nella prospettiva della doglianza di Enel, una modificazione strutturale del mercato potrebbe registrarsi soltanto in presenza di operazioni di imprese la cui "contrapposizione" verrebbe meno, per effetto della concentrazione; e poiché la costituzione ed il rafforzamento della posizione dominante potrebbe conseguire soltanto ad un effetto strutturale sul mercato come sopra inteso, l'impossibilità di collegare alle concentrazioni conglomerali effetti strutturali importerebbe, in via di stretta consequenzialità, l'impossibilità di far discendere da tali concentrazioni il rafforzamento o la costituzione di una posizione dominante. Come esattamente osserva la difesa dell'Autorità, riprendendo anche le osservazioni svolte in primo grado, l'argomento di Enel si fonda sull'idea che una concentrazione possa essere vietata soltanto se l'effetto anticoncorrenziale sulla struttura del mercato sia conseguenza diretta ed immediata dal semplice realizzarsi dell'operazione, senza la possibilità della valutazione delle nuove opportunità e delle nuove strategie che l'operazione renda possibile per le imprese concentrate.

L'assunto dell'Enel non può essere condiviso, non trovando giustificazione né nelle disposizioni della legge n.287 del 1990, né nella ratio del controllo sulle concentrazioni; né, infine, nei principi dell'ordinamento europeo.

Sotto il primo profilo, va ricordato che l'art.6 della legge n.287 del 1990 riconnette il divieto in essa previsto esclusivamente ad un effetto sul mercato, - la riduzione "stabile e durevole" della concorrenza -, indicando nel contempo in via meramente esemplificativa, alcuni elementi da tenere presenti ai fini della relativa valutazione. La legge, pertanto, considera decisivo soltanto la produzione dell'effetto in essa indicato, e proprio per tale ragione non contiene alcuna predeterminazione di elementi o criteri interpretativi volti a circoscrivere normativamente l'ampiezza del giudizio rimesso alla responsabile valutazione dell'Autorità. Non appare, pertanto, ravvisabile alcun elemento di carattere normativo che induca a limitare la possibilità di produzione dell'effetto indicato ad alcuni tipi di operazioni; si deve, anzi, osservare, che l'ampiezza e la generale rilevanza dei fattori da tener presente nella valutazione concernente l'effetto

concorrenziale inducono a ritenere preferibile un'interpretazione della norma che prenda in considerazione tutte le ipotesi in cui, in concreto, possa prodursi un effetto del tipo di quello che la norma intende scongiurare.

Non appare, pertanto, ragionevole né conforme alle indicazioni desumibili dalla legge n.287 del 1990 – in particolare, dall'art.6 – limitare l'effetto strutturale sul mercato, preso in considerazione dalla norma, a quello "connaturato al fatto nella sua dimensione naturalistica", secondo la formula utilizzata dall'Enel nei propri scritti difensivi.

La stessa complessità ed eterogeneità dei fattori da valutare, in forza del ricordato art.6 della legge n.287 del 1990 sembra escludere un esito del genere.

21. Le indicazioni sopra esposte appaiono, peraltro, trovare conferma nella considerazione della ratio del controllo sulle concentrazioni. Questo, infatti, è volto ad impedire che l'operazione presa in esame abbia l'effetto di eliminare o ridurre in modo durevole la concorrenza: si tratta, pertanto, di una valutazione di tipo prognostico sulle conseguenze dell'operazione e sui comportamenti che le imprese ed i consumatori saranno portati ad assumere a seguito di essa. La valutazione degli effetti dell'operazione oggetto del controllo non si esaurisce nella presa d'atto dei fatti avvenuti e delle immediate conseguenze di essi, ma implica – come efficacemente osserva la difesa dell'Autorità – una valutazione in chiave prospettica di elementi potenziali, tra i quali devono essere ricomprese anche le opportunità per comportamenti anticompetitivi ed anticoncorrenziali, che potranno essere posti in essere dall'impresa che si è concentrata; opportunità rese economicamente razionali dalle modifiche strutturali intervenute sul mercato per effetto dell'operazione.

Come, infatti, è esattamente osservato nel provvedimento impugnato in primo grado, mentre, nel caso di abuso di posizione dominante la valutazione dell'Autorità è incentrata sull'accertamento ex post di comportamento illecito, in sede di valutazione della concentrazione, ai fini dell'autorizzazione, l'Autorità è chiamata a valutare ex ante – all'atto cioè della operazione e della costituzione o rafforzamento della posizione dominante – quali ne siano i riflessi prevedibili e gli effetti possibili sulle strutture del mercato e sui comportamenti delle imprese (pag.226). E' appunto ad un'analisi del genere che ha provveduto, nel caso in esame, l'Autorità, (par. 191-202).

Coerentemente con tale impostazione, che fa di quella connessa con l'autorizzazione ex art.6 della legge n.287 del 1990 una valutazione di tipo prospettico, la "modifica strutturale" non può essere ridotta, semplicemente, né ad una modificazione della struttura economica delle imprese, né ad un'alterazione dell'equilibrio concorrenziale immediatamente e definitivamente realizzata, ma consiste in un mutamento di elementi importanti del mercato, destinato a realizzarsi in esito ad un processo.

Nel caso in esame, l'operazione oggetto di controllo è stata valutata nell'ambito del processo di liberalizzazione del settore elettrico (par. 191) ed il suo rilievo concorrenziale alla luce della strategia di diversificazione del Gruppo Enel nella direzione di un'offerta congiunta di servizi di pubblica utilità ad un vastissimo numero di clienti (par. 186), mentre l'effetto strutturale sul mercato della fornitura di energia elettrica è stato identificato nel fatto che almeno un 25-45% dei futuri clienti idonei, che sono oggi clienti vincolati ad Enel Distribuzione, potrà diventare contemporaneamente cliente di Enel Trade per l'energia elettrica e di Infostrada per i servizi di telecomunicazione, aggiungendosi agli attuali clienti di telecomunicazioni Wind (par. 193; 103-113). I vantaggi competitivi dell'operazione sono stati identificati oltre che nel consolidamento del portafoglio clienti delle società del Gruppo, nella possibilità di conseguire economie di gamma e di scala nella gestione congiunta di servizi di pubblica utilità, (par. 201), mentre l'effetto complessivo è stato ritenuto suscettibile di determinare una barriera all'ingresso nel mercato della fornitura di energia elettrica ai clienti idonei.

22. Deve, poi, essere osservato che – come ricorda la difesa dell'AGCM – la casistica della Commissione Europea conferma la rilevanza delle concentrazioni conglomerali ai fini della disciplina sul controllo delle concentrazioni (3 luglio 2001, General Electric, Honeywell, che ha anche valutato la creazione di posizioni dominanti in relazione a condotte escludenti che l'impresa concentrata avrebbe avuto l'opportunità e la convenienza economica di realizzare; Boeing – Mc Donnell Douglas, caso IV m580, GUGE, 1997, L22/38). Tale casistica costituisce espressione e concretizzazione dei principi antitrust dell'ordinamento comunitario, sicché essi devono essere adeguatamente tenuti in considerazione anche con riferimento alla disposizione di cui all'art.1, comma 4, della legge n.287 del 1990, alla stregua della quale l'interpretazione delle norme

contenute nel Titolo I della legge n.287 del 1990 è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità Europee in materia di disciplina della concorrenza. Sotto questo profilo, non appare condivisibile il tentativo, operato dalla difesa dell'Enel, di ridurre la portata della regola affermata con l'art.1, comma 4, della legge n.287 del 1990: la Sezione ha, infatti espressamente affermato che l'interpretazione delle norme in materia di concorrenza in senso "conforme ed omogeneo" ai principi dell'ordinamento comunitario è non semplicemente suggerita, ma imposta, sia dall'art.1 comma 4 della legge n.287 del 1990 sia dall'art.54 comma 5 della legge n.52 del 1996 (Cons. Stato, Sez.VI, n.1189 del 2000). Si tratta di un esito che non può sorprendere, sol che si tenga presente che la disciplina contenuta nell'art.1 della legge n.287 del 1990 costituisce una presa d'atto, sul piano della legislazione ordinaria, della circostanza che le stesse norme sulla costituzione economica contenute nell'art.41 Cost. vanno interpretate alla luce dei principi dell'Unione Europea.

23. Enel s.p.a. ha, altresì, riproposto in appello il quinto motivo del ricorso di primo grado, con cui l'interessata, nel dedurre la violazione di legge e l'eccesso di potere nell'applicazione delle misure correttive degli effetti anticoncorrenziali della concentrazione, lamenta che non vi sarebbe proporzionalità tra gli effetti concreti della concentrazione e le misure imposte.

In particolare, Enel, nel censurare quella parte del provvedimento impugnato con cui sono state identificate le misure correttive cui sottoporre l'operazione, non censura sostanzialmente i paragrafi del provvedimento con cui l'Autorità non ha ritenuto adeguati gli impegni dalla stessa società proposti, ma deduce, quattro diversi profili di doglianza, tutti attinenti (anche se sotto punti di vista diversi) alla misura imposta dalla medesima autorità (obbligo di dismissione di 5500 MW della capacità di generazione di Enel):

- a. l'Autorità non avrebbe adottato misure volte ad impedire alterazioni della concorrenza che si pongono in rapporto di causa ed effetto con la progettata concentrazione, ma invece, misure volte a porre rimedio ad una situazione strutturale di un mercato, diverso da quello rilevante, che esisteva già prima della concentrazione;
- b. l'Autorità avrebbe sovvertito il quadro normativo delineato dal d.lgs. 79 del 1999, che avrebbe definito tempi e modi del processo di liberalizzazione del mercato dell'energia;
- c. erroneamente il provvedimento impugnato avrebbe, sostanzialmente, ritenuto possibile intervenire con misure correttive della concorrenza su di un mercato diverso da quello rilevante, sulla scorta dei principi elaborati dal diritto comunitario in materia di concorrenza;
- d. il provvedimento impugnato si porrebbe in contrasto con il principio di proporzionalità.

24. Deve innanzi tutto essere esaminato il profilo indicato sub b), con cui Enel deduce che la misura imposta dall'Autorità si porrebbe in contrasto con le disposizioni di legge in materia di liberalizzazione del mercato elettrico.

La doglianza, in quanto volta ad evidenziare la radicale illegittimità delle misure imposte dall'Autorità alla luce della disciplina di cui al d.lgs. n.79 del 1999 è, infondata e deve, di conseguenza essere disattesa.

Va in proposito, ricordato che l'art.8 del decreto legislativo 16 marzo 1999 n.99, nel quadro della liberalizzazione del mercato elettrico, ha previsto, al comma 1, che, a decorrere dal 1° gennaio 2003, a nessun soggetto è consentito produrre o importare, direttamente o indirettamente, più del 50% del totale dell'energia elettrica prodotta o importata in Italia, disponendo altresì, nel caso di superamento di tale soglia, l'adozione, da parte dell'AGCM, dei provvedimenti sanzionatori di cui all'art.15 della legge n.287 del 1990. Lo stesso art.8, comma 1, allo scopo di realizzare la detta limitazione al 50% della produzione (o importazione) dell'Energia elettrica in Italia, ha previsto che entro la stessa data del 1° gennaio 2003 «l'Enel s.p.a. cede non meno di 15.000 MW della propria capacità produttiva», disponendo che a tale fine, si proceda a seguito di un apposito piano predisposto da Enel ed approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

L'Enel ha predisposto il piano e lo stesso è stato approvato con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 4 agosto 1999 (art.1), che, all'art.2, ha anche determinato le modalità di cessione.

Tale essendo il quadro normativo concernente la fattispecie, la doglianza prospettata appare priva di consistenza e deve, pertanto, essere disattesa. Essa, infatti, avrebbe avuto fondamento ove il decreto legislativo n.97 del 1999, nell'indicare le condizioni e le modalità del processo di liberalizzazione avesse riservato alla legge o ad un atto normativo dotato di pari forza la determinazione della quantità di MW da dismettersi da parte di Enel: avesse, cioè, riservato al legislatore ed alla sua valutazione ogni intervento riguardante la diminuzione della capacità produttiva di Enel s.p.a..

Il decreto legislativo n.79 del 1999 non si muove in tale ottica, dal momento che esso non ha posto una tale "riserva di legge" sulle diminuzioni da effettuarsi da parte di Enel sul mercato della generazione, ma si è limitato a fissare una quota minima – appunto 15.500 MW – la cui cessione è stata considerata sufficiente – con una valutazione effettuata questa volta dal legislatore delegato – per l'avvio e la realizzazione del processo di liberalizzazione.

→ Tale esito è, d'altra parte, reso evidente dalla stessa lettera della disposizione normativa, che appunto impone la cessione, da parte di Enel, di "non meno di 15.000 MW della propria capacità produttiva"; con ciò implicitamente, ma chiaramente autorizzando ulteriori cessioni da parte di Enel della propria capacità produttiva, ivi comprese quelle eventualmente disposte dall'autorità a seguito dell'esercizio del proprio potere di controllo sulle concentrazioni.

Si deve, pertanto, ritenere che quella di cui all'art.8, comma 1 del d.lgs. n.79 del 1999 sia una norma che conforma il mercato elettrico in Italia; essa, tuttavia, conforma tale mercato non nel senso di riservare alle valutazioni di politica economica del legislatore ogni decisione sulla dismissione, da parte di Enel, della propria capacità di generazione, ma nel senso di indicare ed esprimere una misura di dismissione della capacità produttiva (15.000 MW) in presenza della quale sono ritenute sussistenti – con una valutazione effettuata direttamente dal legislatore delegato – le condizioni per il processo di liberalizzazione nel mercato della produzione di energia elettrica.

Sotto questo profilo, la norma indica, con evidenza, una valutazione direttamente operata in sede di politica legislativa circa la quantità di capacità produttiva di Enel da dismettere per considerare avviato ed esistente il processo di liberalizzazione, che non può non essere presa in considerazione come punto di partenza per successive, eventuali dismissioni di tale capacità produttiva.

Le considerazioni sopra esposte, escludendo l'impossibilità di un intervento dell'AGCM sulla dismissione di capacità produttiva da parte di Enel, escludono, altresì, che i provvedimenti legittimamente in proposito adottati da parte dell'Autorità costituiscono esercizio di valutazioni di politica economica riservate al legislatore; mentre non risulta corrispondente alla realtà l'affermazione di Enel secondo cui l'AGCM, in sede di parere sul progetto di riforma del settore, aveva prospettato l'opportunità di introdurre l'obbligo di Enel di cedere 20.500 MW delle proprie capacità produttiva.

La difesa dell'Autorità ha, infatti, prodotto copia del parere di questa a suo tempo reso sullo schema di decreto legislativo recante la prima attuazione della direttiva 96/92/CE dal quale si evince che, in tale sede non fu indicata alcuna quantificazione della capacità produttiva la cui dismissione era ritenuta necessaria.

Con tale parere, recante la data del 5 novembre 1998, l'Autorità si limitò, infatti, ad osservare che in un mercato caratterizzato da rilevanti barriere all'ingresso, legate agli elevati costi di impianto "una quota, sia pure massima, del 50%, misurata anche in termini di capacità di produzione di energia elettrica, in capo ad un unico produttore" poteva "comportare una posizione dominante, con il rischio di abusi", e ad auspicarne, di conseguenza, la riduzione.

25. Deve, adesso, essere esaminato il profilo di doglianza (sopra indicato sub c), con cui Enel deduce, sostanzialmente, l'illegittimità di misure correttive della concorrenza riguardanti (esclusivamente) un mercato – quello della produzione – diverso da quello rilevante (la fornitura a clienti idonei, effettivi e potenziali).

La doglianza è infondata e deve essere disattesa.

Va, in proposito, ricordato che, come esattamente ricorda l'Avvocatura dello Stato, le misure adottate dall'Autorità devono essere in grado di risolvere in maniera effettiva e duratura il problema concorrenziale causato dalla concentrazione, rendendo contendibili i mercati su cui, diversamente, si costituirebbero o si rafforzerebbero. Tale risultato risulta ottenuto, nella prassi della Commissione, non solo attraverso misure disposte direttamente sul mercato interessato, ma anche

defetto di proporzionalità

attraverso misure riguardanti mercanti connessi, quando ciò sia strettamente necessario per assicurare l'effettività e l'adeguatezza delle misure. Di ciò dà espressamente atto il provvedimento impugnato, ricordando che, in generale, il mezzo più efficace per mantenere o ripristinare condizioni di effettiva concorrenza sul mercato interessato, è quello di creare le condizioni per l'emergere di una nuova entità concorrenziale, e che a tal fine, può essere indispensabile procedere a cessioni di attività svolte anche su mercati connessi (par. 236). Lo stesso provvedimento richiama in proposito non soltanto la Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento n.4064/89 (par. 235-236), ma anche uno specifico precedente della Commissione (decisione del 7 febbraio 2001, nel caso COMP/M 1853, EDF/EnBW), relativa ad una concentrazione nel settore dell'energia elettrica, che, pur inserendosi in un mercato nazionale con caratteristiche peculiari, come quello francese, avendo individuato una posizione dominante di un'impresa nel mercato della fornitura a clienti idonei che sarebbe stata rafforzata dall'operazione, ed una posizione dominante sul mercato della generazione, ha previsto, considerando adeguati gli impegni in proposito assunti da EDF (pag.113), misure volte ad incidere sul mercato della generazione (par. 90-104 della decisione della Commissione). Sotto questo profilo, non appare rilevante la circostanza che gli impegni ivi previsti abbiano una durata limitata nel tempo, con riferimento all'evoluzione del mercato francese nel quinquennio successivo (par. 102 della decisione della Commissione): ciò che, infatti, appare decisivo, è che la Commissione abbia riconosciuto legittimo un intervento su di un mercato diverso da quello rilevante, ma con esso connesso, mentre la questione della temporaneità della misura può, eventualmente, attenersi al profilo della proporzionalità della medesima.

L'esperienza della Commissione Europea conferma, pertanto, la legittimità di misure correttive degli effetti anticoncorrenziali apposte su mercati diversi da quello rilevante; è poiché quello relativo alla preferenza per rimedi di carattere strutturale con riferimento agli effetti anticoncorrenziali delle concentrazioni costituisce, secondo la Commissione, un principio fondamentale, che, in quanto tale, non può non essere tenuto in considerazione in sede di interpretazione della disciplina nazionale della concorrenza, privi di consistenza appaiono i rilievi con cui Enel s.p.a. nega la legittimità delle misure disposte sul mercato della generazione, in quanto disposte su di un mercato diverso da quello rilevante.

Ed infatti, come risulta con chiarezza dal provvedimento impugnato in primo grado, il mercato della generazione e quello della fornitura di energia elettrica a clienti idonei sono, fra di loro, strettamente connessi, considerata la dominanza di Enel sia sul mercato della fornitura che su quello della generazione. L'imposizione di una misura sul mercato a monte della generazione, al fine di assicurare la contendibilità del mercato a valle, appare allora, oltre che conforme alle indicazioni provenienti dalla Commissione, attendibile e non irragionevole, e quindi esente da censure di legittimità.

25. Devono, infine, essere congiuntamente esaminati gli ultimi due profili di doglianza prospettati, con cui Enel s.p.a. deduce che le misure imposte dall'Autorità, da una parte si porrebbero in contrasto con il fondamentale principio di proporzionalità, e dall'altra, si risolverebbero in misure intese a porre rimedio in realtà ad una situazione strutturale di un mercato, diverso da quello rilevante, esistente già prima della concentrazione, a prescindere da essa.

I due profili devono essere trattati congiuntamente perché, pur attenendo, in astratto, a questioni diverse, appaiono, tuttavia, nel caso di specie, intimamente connessi.

Come si vedrà, infatti, in una situazione come quella in esame, in cui il rafforzamento della posizione dominante si verifica sul mercato della fornitura ai clienti idonei, ma le misure correttive sono imposte soltanto sul diverso mercato della generazione, la coerenza delle misure all'esigenza di evitare le conseguenze negative sul piano concorrenziale dell'operazione, e quindi la coerenza tra le misure in concreto adottate e lo scopo tipico per il cui perseguimento il potere dell'Autorità è esercitato, è assicurato in modo sostanzialmente determinante, proprio dalla proporzionalità e dall'adeguatezza di tale misura rispetto alla situazione che, anche in via prospettica, si intende evitare.

Come ricorda esattamente la difesa di Enel, il principio di proporzionalità è espressamente richiamato dal Regolamento 4064/89 CEE ed affermato dalla Corte di Giustizia e richiede che i provvedimenti che incidano sulle situazioni soggettive degli interessati siano proporzionati ed adeguati alla situazione cui intendono porre rimedio, in modo da non imporre misure eccedenti; e che, fra le varie possibili alternative, sia sempre imposta la misura meno restrittiva e meno

Criteri della
proporzionalità

①

invasiva. L'affermazione del principio di proporzionalità richiede, pertanto, non soltanto la dimostrazione dell'idoneità della misura a raggiungere lo scopo perseguito, ma anche la dimostrazione della sua adeguatezza, nel duplice senso della corrispondenza alla situazione presa in considerazione e della non eccedenza rispetto ad essa, in modo che la stessa risulti corrispondente a quanto è strettamente necessario per raggiungere lo scopo. Le valutazioni connesse, poi al principio di proporzionalità delle misure destinate ad incidere sulle situazioni soggettive, attenendo all'emanazione di provvedimenti amministrativi destinati ad inserirsi in un ordinamento positivo, non possono non tenere in considerazione le indicazioni e le valutazioni provenienti da tale ordinamento.

L'applicazione del principio di proporzionalità alle misure correttive volte a far fronte ad una situazione come quella in esame, esige, pertanto, che sia prima esaminata la possibilità di misure idonee sul mercato delle forniture, e che soltanto in caso di valutazione negativa, si passi a misure riguardanti il mercato connesso della generazione, nell'ambito delle quali devono essere scelte quelle non soltanto idonee a risolvere il problema concorrenziale proposto da Enel, ma soprattutto strettamente corrispondenti al vantaggio concorrenziale derivante ad Enel, secondo le valutazioni prospettiche effettuate, e coerenti con il quadro ordinamentale in cui la misura viene ad inserirsi.

Se, infatti, il passaggio da misure riguardanti il mercato della fornitura a misure riguardanti il mercato della generazione appare giustificato dall'impossibilità di inserire misure efficaci sul mercato della generazione, la legittimità delle misure eventualmente da assumere sul diverso, ma connesso, mercato della generazione dipende strettamente dal collegamento di esse con la situazione ipotizzata sul mercato rilevante a seguito della concentrazione, e quindi non solo dalla sua idoneità a evitare il prospettato effetto anticoncorrenziale, ma dalla sua adeguatezza e stretta corrispondenza con il vantaggio competitivo creato dall'operazione: adeguatezza e corrispondenza che va valutata anche alla stregua delle disposizioni in proposito presenti nell'ordinamento.

Il passaggio da misure riguardanti direttamente il mercato rilevante (nella specie, quello della fornitura a clienti idonei) a misure riguardanti un mercato diverso, ma connesso a quello rilevante, e nel quale esista anche una posizione dominante del soggetto interessato alla concentrazione nel mercato rilevante, richiede un'applicazione assai rigorosa del principio di proporzionalità. Il potere dell'Autorità di incidere sul mercato connesso a quello rilevante, esercitato ai sensi dell'art.6, comma 2, della legge n.297 del 1990 non deriva infatti dalla situazione di dominanza esistente sul mercato connesso, e più in generale dalla situazione presente su di esso, ma esclusivamente dal rafforzamento della posizione dominante sul mercato della fornitura; la proporzionalità della misura, intesa come corrispondenza al vantaggio competitivo assicurato dall'operazione e che si intende evitare, assicura che la misura sia realmente posta a contrastare tale vantaggio competitivo e non si risolva, invece, in un intervento di modificazione del mercato connesso, in ragione della situazione su questo autonomamente esistente. Si tratta di un profilo che investe un'importanza decisiva in una situazione in cui la legge, se non riserva al legislatore ogni valutazione circa la dismissione della capacità di generazione di Enel, ha tuttavia valutato sufficiente, ai fini della liberalizzazione del mercato della produzione dell'energia elettrica, la dismissione di 15.000 MW.

Una misura di dismissione di un'ulteriore quantità della capacità produttiva di Enel che non fosse soltanto idonea; ma strettamente proporzionata e corrispondente al vantaggio competitivo che, secondo la valutazione prospettica dell'Autorità, Enel Trade si è assicurata sul mercato della generazione, risulterebbe, infatti, in concreto, non giustificata, e si risolverebbe, pertanto, in un sacrificio ingiustificato delle capacità di generazione di Enel, eccedente quello che la norma avente valore di legge ha ritenuto, con propria valutazione sufficiente ai fini dell'avvio del processo di liberalizzazione.

Nel caso in esame l'Autorità, dopo aver valutato e ritenuti inidonei gli impegni proposti da Enel (prevalentemente riguardanti, come ricorda l'Avvocatura dello Stato, il mercato della fornitura) ha ritenuto necessario un intervento sul mercato connesso della produzione (par.236-240), volto a ridurre la capacità di generazione di Enel, considerato l'unico rimedio idoneo ad impedire durevolmente le conseguenze anticoncorrenziali sul mercato delle forniture ai clienti idonei (par. 240) ed ha considerato misura "proporzionata e strettamente necessaria" la cessione da parte del Gruppo Enel di una quota della capacità di generazione di non meno di 5.500 MW.

Fondata appare, allora, la censura di eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità spiegato dall'Enel, dal momento che, nel determinare la misura in questione anche

nel suo concreto ammontare (che, contrariamente a quanto affermato dall'Avvocatura dello Stato nella propria memoria deve ritenersi censurata da Enel, avendo questa dedotto l'integrale illegittimità della misura correttiva) l'Autorità, da una parte, non ha tenuto presente che, con valutazione autonoma effettuata direttamente in sede legislativa, la dismissione di 15.000 MW della capacità produttiva di Enel era stata considerata sufficiente ai fini del processo di liberalizzazione, e, dall'altra, non ha provveduto a determinare e ad evidenziare specificamente la corrispondenza della misura di dismissione imposta sul mercato della generazione al vantaggio competitivo pronosticato sul mercato della fornitura.

Nello stabilire l'ammontare concreto di una misura di dismissione valutata dall'AGCM, della capacità produttiva di Enel, ulteriore rispetto a quella richiesta dalla legge, il punto di partenza non può non essere costituito da quell'ammontare dal decreto legislativo ritenuto necessario e sufficiente ai fini della liberalizzazione e dell'avvio del relativo processo; è infatti, a partire da tale valutazione legislativa, che conforma dall'esterno il mercato della generazione dell'energia elettrica e che quindi condiziona l'esercizio del potere dell'Autorità di cui all'art.6, comma 2, della legge n.287 del 1990, che può essere stabilita la quantità "strettamente necessaria" di capacità di generazione da dismettere per evitare i paventati effetti anticoncorrenziali sul mercato rilevanti. La determinazione di tale quantità strettamente necessaria non può prescindere dalla considerazione specifica della quantità di capacità produttiva che il legislatore delegato ha ritenuto sufficiente per assicurare il processo di liberalizzazione.

Di tale considerazione e valutazione specifica non vi è traccia nel provvedimento impugnato, sicché sotto questo profilo la relativa valutazione appare illegittima. Ma, oltre a ciò, la deliberazione dell'Autorità non ha provveduto a valutare autonomamente e specificamente la proporzionalità della misura prescritta, e cioè la corrispondenza della dismissione imposta sul mercato della generazione al vantaggio competitivo che, l'operazione di concentrazione secondo il giudizio prognostico dell'Autorità, ha assicurato ad Enel Trade.

Non risulta, in altri termini, che tale vantaggio competitivo sul mercato della generazione "valga" la dismissione di 5.500 MW sul mercato della generazione (e non, eventualmente un ammontare inferiore): valutazione questa, strettamente indispensabile per assicurare sia l'intrinseca legittimità ed adeguatezza delle misure, sia la corrispondenza del potere in concreto esercitato dall'Autorità allo scopo ed alle finalità istituzionali per cui esso è dalla legge attribuito.

Né, al riguardo, può essere considerata utile l'affermazione, contenuta nel provvedimento impugnato, secondo cui la misura dovrebbe essere ritenuta proporzionata e strettamente necessaria perché "corrispondente alla portata di un nuovo concorrente effettivo, in grado di competere in maniera efficace e durevole con Enel produzione, avendo dimensione compresa tra quelle dei suoi principali concorrenti attuali (Edison - Sondel) e potenziali (le due Genco, Eurogen ed Elettrogen)".

Una motivazione del genere appare, infatti, per un verso ininfluenza con riferimento al problema della proporzionalità, e per altro del tutto elusiva. Per un verso, infatti, essa fa riferimento alla diversa questione dell'idoneità e dell'efficacia della misura correttiva, ma non a quello della proporzionalità della misura e della sua corrispondenza al vantaggio competitivo ipotizzato: una misura correttiva idonea non è, per ciò solo, una misura proporzionata ed adeguata, ed una misura efficace ma non proporzionata è comunque illegittima in quanto impone un sacrificio non corrispondente a quello necessario.

Per altro verso, ridurre il problema della proporzionalità a quello dell'idoneità della misura correttiva, significa eludere del tutto la questione della concreta adeguatezza di quest'ultima al vantaggio competitivo realizzato con la concentrazione, e della conseguente corrispondenza delle modificazioni introdotte sul mercato connesso alla situazione verificatasi sul diverso mercato rilevante.

Le considerazioni sopra esposte, che evidenziano l'illegittimità della misura di dismissione di 5.500 MW sul mercato della generazione, in relazione al principio di proporzionalità, evidenziano, infine, la fondatezza del profilo di doglianza con cui Enel ha dedotto l'eccesso di potere per sviamento. La rilevata assenza di valutazione della proporzionalità della misura fa, infatti, venir meno il collegamento della medesima con la situazione di vantaggio competitivo indicata sul mercato rilevante e fa, quindi, di essa, in concreto, una misura di riduzione del potere di mercato di Enel nella generazione, non giustificata dal potere di cui all'art.6, comma 2, della legge n.297 del 1990, che è quello da Enel esercitato nella fattispecie.

26. In conclusione, il quinto motivo del ricorso di primo grado appare fondato sotto i profili sopra indicati e nei limiti di essi, sicché deve essere disposto l'annullamento del provvedimento impugnato, in primo grado, nella parte in cui ha disposto la ricordata misura correttiva, con salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'Autorità.

Dall'accoglimento del ricorso di primo grado, nei sensi e nei limiti sopra esposti, deriva, infatti, la semplice illegittimità della misura correttiva così come sopra determinata, ma non la definizione della fattispecie sostanziale sottesa dal provvedimento autorizzativo; definizione che, invece, avverrà a seguito del nuovo esercizio, da parte dell'Autorità, del potere di cui all'art.6, comma 2, della legge n.287 del 1990, tenendo conto delle risultanze dell'accertamento giurisdizionale.

Tale esito appare coerente, come suggerisce la difesa dell'Autorità, a quanto previsto dal Regolamento CEE n.4064/89 sulle concentrazioni, cui è ispirata la disciplina nazionale, ed alla consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo, che in via generale, ed in assenza di divieto legislativo, ammette l'Amministrazione al riesercizio dei propri poteri istituzionali in caso di annullamento in sede giurisdizionale dei relativi provvedimenti.

La particolarità delle questioni trattate suggerisce di disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando, così provvede:

1. dichiara inammissibili le domande spiegate dal Codacons con la memoria notificata nei giorni 5 e 6 giugno 2002;
2. accoglie, nei sensi di cui in motivazione, l'appello dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, e, per l'effetto, annulla l'impugnata decisione di primo grado;
3. giudicando sui motivi del ricorso di primo grado riproposti in appello e non esaminati dal Tribunale, accoglie, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, il quinto motivo del ricorso di primo grado, e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato in primo grado nella parte riguardante le misure con esso imposte, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;
4. compensa integralmente tra le parti le spese processuali.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 18 giugno 2002, dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giorgio GIOVANNINI Presidente

Sergio SANTORO Consigliere

Alessandro PAJNO Consigliere Est.

Lanfranco BALUCANI Consigliere

Rosanna DE NICTOLIS Consigliere

Depositata in segreteria il 1° ottobre 2002