

Deliberazione 7 giugno 2010 - VIS 39/10

Irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481 nei confronti di Ses Reti S.p.A.

L'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS

Nella riunione del 7 giugno 2010

Visti:

- l'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481;
- la legge 24 novembre 1981, n. 689;
- l'art. 11bis del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, introdotto dalla legge 14 maggio 2005, n. 80;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244;
- la deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito: l'Autorità) 2 ottobre 2008, ARG/com 144/08;
- il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164;
- la deliberazione dell'Autorità 29 luglio 2009, n. 138/04, come successivamente modificata e integrata;
- il codice di rete tipo per il servizio di distribuzione del gas naturale, adottato dall'Autorità con deliberazione 6 giugno 2006, n. 108/06, come successivamente modificato e integrato (di seguito: codice tipo);
- la deliberazione dell'Autorità 20 aprile 2009, VIS 33/09.

Fatto

1. Con nota in data 20 ottobre 2008 (prot. Autorità n. 32723), la società Enel Energia S.p.A. ha segnalato all'Autorità presunte violazioni della disciplina in materia di accesso al servizio di distribuzione del gas naturale, da parte della Ses Reti S.p.A., che le avrebbero sostanzialmente precluso l'accesso al servizio da quest'ultima erogato.
2. Con nota in data 14 novembre 2008 (prot. Autorità n. 42787), Ses Reti ha confermato di aver rifiutato le richieste di accesso di Enel Energia relative ad alcuni punti di riconsegna, in accoglimento delle eccezioni sollevate da Attiva S.p.A. (il c.d. utente di rete uscente cui Enel Energia sarebbe subentrata), la quale le avrebbe comunicato alcune irregolarità relative allo scioglimento dei propri contratti di fornitura con i clienti finali interessati.

3. Con lettera in data 4 dicembre 2008 (prot. Autorità n. 38316), il Direttore della Direzione Mercati dell'Autorità:
 - ha richiamato il principio, più volte affermato dall'Autorità, che l'impresa di distribuzione non ha titolo per sindacare le vicende dei rapporti contrattuali tra cliente finale ed utente uscente, essendo tenuta a dar seguito alla richiesta di accesso solo per il fatto che essa sia completa degli elementi elencati dall'articolo 14, commi 3 e 4, della deliberazione n. 138/04;
 - ha invitato Ses Reti a dimostrare di aver consentito l'accesso ai punti di riconsegna indicati mediante adempimento di quanto previsto dall'articolo 14, commi 9 e 10, della citata deliberazione n. 138/04.
4. Con nota in data 12 febbraio 2009 (prot. Autorità n. 6799), Enel Energia ha segnalato la perdurante condotta omissiva di Ses Reti rispetto ai punti di riconsegna oggetto delle proprie richieste di accesso.
5. Con note in data 15 gennaio 2009 (prot. Autorità n. 2083) e in data 3 marzo 2009 (prot. Autorità n. 9950), Ses Reti, in risposta rispettivamente alla lettera del Direttore della Direzione Mercati e all'ultima nota di Enel Energia, si è limitata a compiere un generico richiamo alla propria precedente nota del 14 novembre 2008, senza smentire i rilievi di Enel Energia sull'inosservanza delle disposizioni sopra richiamate.
6. Pertanto, con deliberazione 20 aprile 2009, VIS 33/09, l'Autorità ha avviato nei confronti di Ses Reti, un'istruttoria formale per:
 - (a) accertare la violazione dell'articolo 14, commi 9 e 10, della deliberazione n. 138/04 ed irrogare la relativa sanzione amministrativa pecuniaria;
 - (b) ordinare alla società di consentire ad Enel Energia l'accesso alla rete, trasmettendole le informazioni previste ai precedenti commi, relative a ciascun punto di riconsegna oggetto delle richieste di accesso.
7. Nell'ambito dell'istruttoria, oltre ai documenti sopra richiamati è stata acquisita la memoria difensiva di Ses Reti in data 8 ottobre 2009 (prot. Autorità n. 58561).
8. Con nota in data 2 marzo 2010 (prot. Autorità n. 9638), il responsabile del procedimento ha comunicato a Ses Reti le risultanze istruttorie ai sensi dell'art. 16, comma 1, del d.P.R. n. 244/01.
9. In data 4 maggio 2010 si è svolta l'audizione finale dinanzi al Collegio dell'Autorità che ha consentito a Ses Reti di depositare una memoria (prot. Autorità n. 17683).

Valutazione giuridica

A. Le argomentazioni di Ses Reti

10. Nella memoria dell'8 ottobre 2009, Ses Reti prima di tutto dichiara di aver dato accesso ad Enel Energia presso tutti i punti di riconsegna oggetto della deliberazione VIS 33/09, con decorrenza dall'1 giugno 2009.
11. Ses Reti ammette quindi di non aver consentito l'accesso prima di quella data ma sostiene la correttezza della sua condotta per le seguenti ragioni.
12. La società premette che l'impresa di distribuzione, in quanto gestore di un pubblico servizio, è tenuta a svolgerlo secondo criteri di trasparenza, imparzialità ed obiettività, che imporrebbero di *"mantenere una posizione di*

neutralità tra il venditore uscente ed il venditore subentrante, non potendo in nessun caso favorire un soggetto piuttosto che l'altro”.

13. Secondo Ses Reti, tale principio comporterebbe che l'impresa di distribuzione, nel dar seguito alle richieste di accesso per sostituzione nella fornitura di clienti finali regolate dall'articolo 14 della deliberazione n. 138/04 (c.d. *switching*), non può non considerare eventuali segnalazioni da parte dell'utente uscente che evidenzino la carenza dei presupposti della richiesta di accesso presentata dal nuovo utente (c.d. utente subentrante). In tali casi, pertanto, l'impresa di distribuzione avrebbe *“un vero e proprio dovere di sospendere le operazioni di switching in attesa di ricevere gli opportuni chiarimenti da parte dei venditori in merito alle anomalie riscontrate”*.
14. Nel caso concreto, la società, dopo aver dato seguito a diverse richieste di accesso presentate da Enel Energia (per circa 700 punti di prelievo) avrebbe ricevuto delle diffide da parte dell'utente uscente (la società Attiva), che avrebbe dimostrato l'inosservanza da parte di Enel Energia degli adempimenti necessari per l'accesso stabiliti dall'art.14, comma 2, della deliberazione n.138/04, relativi alla conclusione di un nuovo contratti di fornitura con i clienti finali, nonché all'esercizio del diritto recesso di tali clienti dai contratti di fornitura conclusi con Attiva.
15. In particolare, Attiva avrebbe evidenziato situazioni in cui:
 - i clienti finali che avevano concluso un contratto di fornitura con Enel Energia ne avrebbero denunciato l'invalidità;
 - le comunicazioni di recesso dal contratto di fornitura con Attiva sarebbero state compiute in violazione della disciplina adottata della Autorità (deliberazione 25 giugno 2007, n. 144/07).
16. Conseguentemente, Ses Reti avrebbe sospeso le procedure di *switching* *“al fine di compiere la dovuta chiarezza sulle sottostanti vicende contrattuali”*.
17. Infine, secondo la società, la liceità della propria condotta sarebbe confermata dal fatto che a tutt'oggi continuerebbe a riscontrare una situazione anomala da parte di Enel Energia nella gestione dei rapporti con i propri clienti finali.
18. A tale riguardo, Ses Reti segnala un caso specifico che riguarda un punto di riconsegna tra quelli oggetto di contestazione in cui Ses Reti avrebbe consentito l'accesso ad Enel Energia a decorrere dall'1 giugno 2009. Il cliente finale titolare del punto di riconsegna, dopo la conclusione di un contratto di fornitura con Enel Energia ne avrebbe contestato la validità, manifestando la volontà di proseguire nel precedente rapporto con Attiva. In seguito alla comunicazione di Ses Reti che consentiva ad Enel Energia l'accesso anche per tale punto (22 maggio 2009), quest'ultima società (con nota del 20 agosto 2009) ha chiesto l'annullamento della relativa richiesta per non meglio precisati disguidi di natura commerciale.
19. Infine, nell'ambito dell'audizione finale, la società precisa di aver agito *“in piena buona fede”*, nell'esclusivo interesse dei clienti finali. Solo in un momento successivo Ses Reti avrebbe appreso la diversa *“interpretazione”* dell'Autorità alla disciplina in materia di *switching* e avrebbe pertanto eseguito tempestivamente (con effetto dall'1 giugno 2009) le richieste di Enel Energia nei punti oggetto di contestazione.

B. Valutazione delle argomentazioni di Ses Reti

20. Gli articoli 14 e 28 della deliberazione n. 138/04, in attuazione dell'art.24 del decreto legislativo 24 maggio 2000, n. 164, disciplinano le condizioni volte a garantire l'accesso al servizio di distribuzione di gas naturale all'utente che intenda avviare una nuova fornitura presso punti di riconsegna forniti da altri utenti (c.d. accesso per sostituzione nella fornitura, o *switching*).
21. In particolare, le procedure di *switching* consentono ad un'impresa di vendita che abbia concluso un contratto per la fornitura ad un cliente finale titolare di un determinato punto di riconsegna (c.d. utente subentrante), di acquistare il diritto nei confronti dell'impresa di distribuzione di trasportare il proprio gas sino a tale punto, sostituendosi al precedente utente (c.d. utente uscente) che perde così il proprio diritto (art.14, comma 8 della deliberazione n. 138/04).
22. La disciplina della procedura di *switching* è particolarmente dettagliata e prevede che l'impresa di distribuzione verifichi la completezza e la coerenza della richiesta pervenuta rispetto agli elementi contenuti nell'art.14, commi 3 e 4, nonché ai termini previsti dall'art.28, comma 1. Qualora la richiesta sia completa (e nel rispetto dei predetti termini) si perfeziona l'effetto sostitutivo di cui all'art.14, comma 8, e scatta, per l'impresa di distribuzione, l'obbligo di comunicare all'utente subentrante le informazioni indicate ai commi 9 e 10 del medesimo articolo:
 - *“l'elenco dei punti di riconsegna oggetto della sostituzione nella fornitura, così come identificati nella richiesta di accesso, e la data dalla quale la sostituzione ha effetto”* (comma 9);
 - *“i dati tecnici e contrattuali caratterizzanti ciascun punto di riconsegna, ivi inclusi almeno: i dati di cui all'articolo 13, comma 3, lett.a1, a2, a3, a4 e a9; il profilo di prelievo standard associato al punto di riconsegna; il prelievo annuo; il massimo prelievo orario contrattuale; il codice del punto di consegna dell'impianto di distribuzione che alimenta il punto di riconsegna; il progressivo del volume annuo prelevato sino alla data della sostituzione; la lettura corrispondente alla data della sostituzione della fornitura con la caratterizzazione della tipologia di lettura (effettiva o stimata); la pressione di misura, se diversa da quella corrispondente alla bassa pressione; la presenza di un convertitore dei volumi; l'eventuale coefficiente correttivo dei volumi nel caso di assenza del convertitore dei volumi”* (comma 10).
23. Il margine di valutazione che residua all'impresa di distribuzione nella gestione delle procedure di *switching* è minimo ed è circoscritto alla verifica di eventuali ipotesi di *“errori materiali o di completezza della richiesta”*: l'art.14, commi 6 e 7, della deliberazione n. 138/04, prevede in tale caso tempi e modalità con cui l'impresa di distribuzione consente le necessarie rettifiche e integrazioni.
24. Non è pertanto configurabile un ruolo diverso dell'impresa di distribuzione, tanto meno un suo potere/dovere di prendere in considerazione eventuali *“contestazioni”* del venditore uscente, come sostiene Ses Reti.
25. Ciò vale soprattutto nei casi in cui la contestazione riguardi vicende relative alla fase funzionale del rapporto di fornitura tra venditore uscente e cliente finale. In questi termini si esprime anche la Relazione Tecnica (p. 10) alla deliberazione

- n. 138/04 (redatta all'epoca dell'adozione del provvedimento nella sua originaria versione), proprio con riferimento all'opportunità di non riconoscere una sorta di "diritto di opposizione" all'utente uscente.
26. Tale scelta dell'Autorità è coerente con l'esigenza (espressa dalla disciplina legislativa) di garantire la neutralità nell'erogazione del servizio da parte dell'impresa di distribuzione, precludendole ogni azione che possa avvantaggiare società di vendita afferenti al proprio gruppo societario (il che si è peraltro verificato nel caso di specie in cui Ses Reti ha rifiutato l'accesso ad Enel Energia a vantaggio di Attiva, società appartenente al proprio gruppo).
27. L'assetto sopra descritto vale anche qualora, come nel caso prospettato da Ses Reti, le criticità segnalate dall'utente uscente potrebbero incidere sugli adempimenti che, ai sensi dello stesso art.14, comma 2, della deliberazione n. 138/04, l'utente entrante deve aver soddisfatto alla data di presentazione della richiesta:
- essere titolare di un contratto di fornitura presso il punto di riconsegna per il quale viene richiesto l'accesso;
 - *“avere la disponibilità della documentazione che attesti la comunicazione all'utente uscente del recesso dal rapporto contrattuale tra il soggetto fornito dallo stesso utente uscente e quest'ultimo”*.
28. Infatti, la circostanza che l'Autorità abbia posto tali adempimenti in capo all'utente entrante non implica affatto che l'impresa di distribuzione sia tenuta (o comunque autorizzata) a verificarne il rispetto. Anzi (come mostrato ai §§ 23-25) una tale verifica è preclusa all'impresa di distribuzione che si deve limitare alla verifica della completezza e coerenza di cui ai commi 3, 4, 6 e 7 dell'art.14, che richiama analiticamente gli elementi degli art. 13, comma 3, ma non anche quelli di cui all'art. 14, comma 2.
29. Le verifiche sulla sussistenza di un contratto di fornitura tra cliente finale ed utente subentrante, o sul corretto esercizio del diritto di recesso da parte del cliente finale nei confronti dell'utente uscente, rientrano tra le competenze che l'ordinamento attribuisce alla giurisdizione civile (per quanto riguarda la soluzione di controversie relative alla costituzione, estinzione ed adempimento dei rapporti contrattuali tra utenti e cliente finale), nonché alla competenza dell'Autorità (limitatamente all'accertamento dell'eventuale violazione, da parte dell'utente subentrante, dell'art.14, comma 2 – o della disciplina dell'Autorità in materia di recesso, per l'adozione di provvedimenti sanzionatori e/o prescrittivi).
30. Inoltre, le predette verifiche implicano attività conoscitive e valutazioni complesse che l'impresa di distribuzione non solo non ha titolo, ma che non è neppure in grado di compiere. A riprova di ciò, è opportuno notare che le prove che Ses Reti dichiara di aver ottenuto dall'utente uscente non risultano in realtà consistenti. Infatti:
- in primo luogo, Ses Reti compie un generico riferimento alle sole dichiarazioni ricevute dalla società Attiva circa un presunto inadempimento da parte dei clienti finali (o di Enel Energia per conto di questi) della disciplina del recesso di cui alla deliberazione n. 144/07; inoltre, sotto tale aspetto, la società si limita a produrre documentazione relativa ad un solo caso che peraltro non risulta tra le richieste di accesso oggetto del presente procedimento;

- in secondo luogo, Ses Reti allega alla sua memoria dell'8 ottobre 2009 copie di comunicazioni di 3 (tre) clienti finali, ricevute dall'utente uscente, con le quali sono contestate le modalità di conclusione del nuovo contratto di fornitura con Enel Energia; in disparte il fatto che si tratta di un campione non significativo (posto che le richieste di Enel Energia disattese da Ses Reti riguardavano circa 280 clienti), l'esame di tali comunicazioni evidenzia tuttavia la presenza di fattispecie non univocamente ed immediatamente risolvibili sulla base delle sole dichiarazioni del cliente finale.
31. In ogni caso, il rispetto della disciplina dell'Autorità da parte di Enel Energia non costituisce oggetto del presente procedimento, non costituendo elemento rilevante ai fini della violazione contestata a Ses Reti.
 32. Per quanto riguarda, infine, il caso relativo alla controversia tra Enel Energia ed un cliente finale (rispetto al cui punto di riconsegna Enel Energia ha chiesto di "annullare" la propria richiesta di accesso), si tratta di una circostanza irrilevante perché non risulta la violazione dell'art.14, comma 2, della deliberazione n. 138/04 da parte dell'utente subentrante.
 33. Inoltre, dalla documentazione trasmessa dalla società non risulta che le contestazioni del cliente finale rivolte ad Enel Energia traggano effettivamente origine da uno scorretto comportamento commerciale di quest'ultima.
 34. A fronte di quanto sopra, pertanto, Ses Reti aveva l'obbligo di dar seguito alle richieste di Enel Energia (complete ai sensi dell'art.14, commi 3 e 4, o integrate ai sensi dei commi 6 e 7 del medesimo articolo), fornendole le informazioni di cui ai commi 9 e 10.
 35. La società non lo ha fatto commettendo pertanto l'infrazione contestata con la deliberazione VIS 33/09.
 36. Al riguardo è bene precisare che la società, nel commettere la violazione, non poteva agire "in piena buona fede", sia perché il quadro normativo sopra descritto è chiaro nella sua formulazione (anche sulla base delle indicazioni dalla relazione tecnica alla deliberazione n. 138/04 – cfr. § 24), sia perché tale quadro è stato ribadito a Ses Reti dagli Uffici dell'Autorità in un momento anteriore all'avvio del presente procedimento, in particolare con la nota del Direttore della Direzione Mercati del 4 dicembre 2008 che invitava la società a dar seguito alle richieste di accesso di Enel Energia (cfr. § 3).
 37. La documentazione fornita da Ses Reti (sia allegata alla memoria dell'8 ottobre 2009, sia prodotta durante l'audizione finale) dimostra che la società ha consentito l'accesso ad Enel Energia, per i punti richiesti, con decorrenza dall'1 giugno 2009, comunicandole, con nota del 22 maggio, le informazioni previste dal commi 9 e 10 dell'art.14 della deliberazione n. 138/04.
 38. Pertanto, è venuta meno l'esigenza di adottare il provvedimento prescrittivo prospettato nella deliberazione VIS 33/09.

Quantificazione della sanzione

39. L'art.11 della legge n. 689/81 prevede che la quantificazione della sanzione sia compiuta in applicazione dei seguenti criteri:
 - gravità della violazione;

- opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione;
 - personalità dell'agente;
 - condizioni economiche dell'agente.
40. L'Autorità, con deliberazione ARG/com 144/08, ha adottato "*Linee guida sull'applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità ai sensi dell'art.2, comma 20, lett. c), della legge n. 481/95*", pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 246, in data 20 ottobre 2008 (Supplemento Ordinario n. 234).
 41. Sotto il profilo della *gravità della violazione*, Ses Reti ha disatteso norme funzionali all'accesso al sistema. L'interesse tutelato dalle disposizioni in esame è pertanto di primaria importanza per la promozione della concorrenza e l'apertura del mercato.
 42. La violazione è dunque particolarmente grave perché con la sua condotta Ses Reti ha impedito l'ingresso nel mercato locale della vendita al dettaglio ad un'impresa di vendita (Enel Energia) concorrente della società Attiva, appartenente al proprio gruppo societario. Tale illegittimo comportamento è stato perpetrato nonostante una chiara indicazione contraria degli Uffici dell'Autorità, che hanno invitato Ses Reti a dare seguito alle richieste di Enel Energia.
 43. La violazione, inoltre, si è protratta per quasi un anno.
 44. Il rifiuto all'accesso coinvolge circa 280 clienti finali. Tuttavia, riguarda solo una parte dell'insieme delle richieste di accesso pervenute da Enel Energia: Ses Reti dichiara infatti di aver comunque dato positivamente corso ad altre 700 richieste di accesso. Tale circostanza non è stata smentita da Enel Energia nel corso del procedimento e può quindi essere ritenuta attendibile.
 45. Con riferimento alla *opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione*, non risulta alcuna circostanza rilevante.
 46. Quanto al criterio della *personalità dell'agente*, la società non si è resa responsabile di analoghe violazioni di provvedimenti dell'Autorità.
 47. In merito al criterio delle *condizioni economiche dell'agente*, la Ses Reti ha un fatturato rilevante di circa 3.730.000 euro.
 48. Per le suddette ragioni la sanzione amministrativa pecuniaria dovuta da Ses Reti viene quantificata in 76.000,00 euro

DELIBERA

1. si accerta la violazione, da parte di Ses Reti S.p.A., dell'art.14, commi 9 e 10, della deliberazione n. 138/04, nei termini di cui in motivazione;
2. è irrogata nei confronti di Ses Reti S.p.A., ai sensi dell'art.2, comma 20, lett.c), della legge n. 481/95, una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad euro 76.000,00 (settantaseimila);
3. non sussistono i presupposti per adottare il provvedimento prescrittivo di cui all'articolo 2, comma 20, lettera d), della legge n. 481/95, stante la sopravvenuta cessazione della violazione;

4. si ordina a Ses Reti S.p.A. di pagare la suddetta sanzione entro il termine di 30 (trenta) giorni dalla data di notifica del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio di riscossione, oppure mediante delega ad una banca o alle Poste Italiane S.p.A., presentando il modello allegato (recante codice ente “QAE” e codice tributo “787T”), che costituisce parte integrante e sostanziale del presente provvedimento (Allegato A), come previsto dal decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 237;
5. decorso il termine di cui al punto precedente, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento (codice tributo “788T”); in caso di ulteriore ritardo nell’adempimento, saranno applicate le maggiorazioni di cui all’art.27, comma 6, della legge n. 689/81 (codice tributo “789T”);
6. si ordina a Ses Reti S.p.A. di comunicare l’avvenuto pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria di cui sopra all’Autorità, mediante l’invio di copia del documento attestante il versamento effettuato;
7. il presente provvedimento sarà notificato mediante plico raccomandato con avviso di ricevimento a:
 - Ses Reti S.p.A., via E. Menga sn, 73043 Copertino (LE), domiciliata presso lo studio legale degli Avv.ti Fabio Todarello e Andrea Conforto, Piazza Velasca 4, 20122 Milano;
 - Enel Energia S.p.A. – Divisione Mercato, via San Giovanni Sul Muro 9, 20121 Milano.

Avverso il presente provvedimento, ai sensi dell’art.2, comma 25, della legge n. 481/95, può essere proposto ricorso avanti al Tribunale amministrativo regionale competente, entro il termine di 60 (sessanta) giorni dalla data di notifica dello stesso.

7 giugno 2010

Il Presidente: Alessandro Ortis