

Documento per la consultazione (approvato il 28-7-98)

ESITO DELL'ISTRUTTORIA CONOSCITIVA SU CONTRATTI PLURIENNALI DI FORNITURA DI ENERGIA ELETTRICA AD UTENTI CON ELEVATI CONSUMI E PREFIGURAZIONE DI POSSIBILI INTERVENTI IN VIA AMMINISTRATIVA

Ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lettera h) della legge 14 novembre 1995, n. 481

1. Premessa

Con lettera in data 14 maggio 1998, l'Unione nazionale aziende produttrici e consumatrici di energia elettrica ha denunciato all'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito: l'Autorità) e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, un comportamento tenuto dalla società Enel spa, concessionaria del servizio elettrico nazionale, ritenuto rilevante quale possibile presupposto per l'adozione di provvedimenti rientranti nelle competenze dell'Autorità.

Il comportamento, a detta del denunciante, costituisce l'evidenza di una linea aziendale dell'Enel improntata alla occupazione del costituendo mercato libero dell'energia elettrica mediante l'instaurazione di rapporti contrattuali pluriennali per la fornitura di energia elettrica ad utenti con elevati consumi. Questi rapporti contrattuali costituirebbero sia un ostacolo al formarsi di condizioni favorevoli al processo di liberalizzazione in via di definizione, sia una possibile violazione di diritti di altri utenti del servizio elettrico.

L'Autorità, inoltre, nel corso dello svolgimento di attività di approfondimento conoscitivo afferenti questioni diverse, ha ricevuto indicazioni in ordine al fatto che nel settore elettrico è in corso l'adozione di comportamenti commerciali analoghi a quelli oggetto della segnalazione sopra richiamata anche da parte di altre imprese produttrici, attualmente già in possesso della struttura organizzativa e produttiva necessaria per l'immediata operatività nel futuro mercato delle forniture di energia elettrica a grandi consumatori.

A fronte di tali risultanze l'Autorità ha assunto, con delibera 21 maggio 1998, n. 49/98 (di seguito delibera n. 49/98), la decisione di avviare un'istruttoria conoscitiva finalizzata ad acquisire elementi di valutazione per verificare se da parte di imprese produttrici od erogatrici sia in atto il ricorso a pratiche commerciali che possano introdurre impedimenti alla prossima apertura del mercato elettrico.

2. Il contesto giuridico di riferimento

2.1 Aspetti sostanziali

Al fine di individuare i dati giuridici necessari alla valutazione dei comportamenti di cui sopra, è necessario richiamare che si sta preparando il recepimento nell'ordinamento italiano della direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996 concernente norme comuni per il mercato interno dell'elettricità, (di seguito: direttiva europea 96/92/CE) secondo le disposizioni di cui all'articolo 36, della legge 24 aprile 1998, n. 128 recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria 1995-1997).

Uno dei passaggi fondamentali del processo di liberalizzazione, le cui condizioni minime sono poste dalla direttiva europea, è costituito dalla previsione dell'apertura del mercato elettrico nazionale per una quota almeno pari al 25% del consumo totale a partire dal febbraio 1999 e pari al 32% a partire dal 2003. Tale apertura si sostanzia nel riconoscimento a determinati clienti definiti idonei della libertà di scelta del fornitore.

I clienti idonei sono individuati, ai sensi dell'articolo 19 della stessa direttiva europea, come quei soggetti che, qualora superino soglie di consumo prefissate, sono liberi di concludere contratti di fornitura di energia elettrica con operatori nazionali ed esteri. Pertanto il recepimento delle suddette disposizioni nell'ordinamento italiano comporterà il venire meno del regime di riserva, nell'ambito del quale oggi opera l'Enel, e l'emergere di un mercato concorrenziale.

La fase che si protrarrà sino all'avvenuto recepimento della direttiva europea 96/92/CE, si configura come periodo di transizione verso una situazione nella quale la struttura del servizio elettrico sarà oggetto di profonde innovazioni, e nella quale sarà necessario evitare che si possano preconstituire situazioni fattuali e giuridiche di ostacolo all'ingresso dei nuovi entranti, o comunque tali da alterare il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali.

Al riguardo, il settore delle telecomunicazioni offre precedenti e fornisce indicazioni sui possibili comportamenti anticompetitivi e contraddizioni rispetto alle esigenze di liberalizzazione delle attività economiche in settori caratterizzati dalla presenza di operatori cui sono attribuiti diritti di esclusiva. Invero la direttiva europea concernente la liberalizzazione del settore dei terminali di telecomunicazione (direttiva 88/301/CE della Commissione europea del 16 maggio 1988 relativa alla concorrenza nel mercato dei terminali di telecomunicazione) mostra come ai fini della effettiva introduzione di ambiti aperti alla competizione economica, assuma importanza primaria proprio l'impostazione dei rapporti contrattuali con la clientela potenzialmente interessata dall'offerta nei settori liberalizzati da

parte dei competitori già presenti e titolari di regimi di esclusiva, prima dell'effettiva apertura del mercato. Hanno sotto questo profilo rilievo:

- a) la durata dei rapporti contrattuali (vale a dire la copertura di segmenti temporali la cui estensione si colloca ben oltre il momento previsto per l'apertura del mercato);
- b) l'irrigidimento delle clausole di recesso con l'introduzione di limiti e con l'esclusione per l'utente servito della facoltà di recedere unilateralmente dal vincolo contrattuale.

Al riguardo appare rappresentativa della centralità della suddetta questione la formulazione di un "considerando" della sopra richiamata direttiva europea 88/301/CE in cui si afferma: "che i detentori di diritti speciali o esclusivi riguardanti gli apparecchi terminali in causa sono riusciti ad imporre ai loro clienti contratti di lunga durata; che contratti di questo genere impedirebbero di pervenire ad una libera concorrenza; che pertanto occorre prevedere che l'utente possa ottenere un riesame della durata del contratto".

Inoltre tanto le decisioni della Commissione europea quanto la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea consentono di acquisire, più in generale, una casistica significativa dei comportamenti anticoncorrenziali che si traducono nella costituzione di ostacoli all'ingresso di nuovi competitori nei mercati, tra i quali si debbono primariamente ricordare le clausole di esclusiva e la manovra della leva dei prezzi (ivi inclusa la concessione di sconti-premio).

La rilevanza dei suddetti comportamenti come elementi contrastanti con lo sviluppo di un sistema concorrenziale effettivo è naturalmente più spiccata nei contesti concorrenziali fragili, e in particolar modo nei settori da poco tempo liberalizzati.

Questa è la situazione che contraddistingue il settore elettrico nazionale, in cui la definizione di un nuovo assetto delle attività è in corso di elaborazione. Ne consegue che il perseguimento dell'obiettivo di introdurre efficienza attraverso lo sviluppo di dinamiche concorrenziali si connette alla trasposizione nell'ordinamento interno della direttiva europea. Ma tale processo di trasformazione, per poter produrre un esito sostanzialmente coerente con gli obiettivi, dovrebbe essere supportato da un'azione rivolta a prevenire i comportamenti degli operatori economici che sin dalla fase attuale possono dar vita a situazioni ostative quali quelle sopra sinteticamente rappresentate.

2.2 Aspetti istituzionali

Dopo aver inquadrato la rilevanza giuridica dei comportamenti segnalati all'Autorità, allo scopo di ricostruire il contesto giuridico di riferimento, occorre verificare l'esistenza di funzioni amministrative tali da indurre

l'Autorità ad interventi coerenti con il previsto processo di liberalizzazione del settore elettrico.

La legge 14 novembre 1995, n. 481 (di seguito legge n. 481/1995) istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità può essere considerata il primo passaggio del processo di riforma strutturale del settore elettrico che sarà completato con il recepimento delle disposizioni della direttiva europea. Tale primo passaggio si è sostanziato nella creazione di un sistema di regolazione, che persegue l'esigenza di curare e promuovere finalità di interesse generale in settori economici aperti alla concorrenza. Tra gli obiettivi primari dell'azione regolatrice che l'Autorità per l'energia elettrica e il gas è chiamata a svolgere vi è proprio quello di garantire la promozione della concorrenza. Sotto questo profilo assume il valore il possibile contenuto degli interventi dell'Autorità da realizzarsi attraverso le leve amministrative di carattere normativo (tariffe, condizioni di accesso alle interconnessioni, modalità di erogazione dei servizi), nonché attraverso le funzioni di controllo e intervento individuale (ordini di cessazione dei comportamenti lesivi dei diritti degli utenti). Di conseguenza, il sistema di regolazione è già operativo nel momento in cui si avvia la liberalizzazione e può tradursi in un'azione diretta a prevenire il costituirsi di condizioni ostative all'effettività di tale regime e ai benefici che ne dovranno derivare sul piano dell'efficienza.

Posta la finalità di riferimento, nella fase attuale il sistema di regolazione può meglio esprimere la vocazione ad esso assegnata dal legislatore con un'azione preparatoria e complementare rispetto a quella delle istituzioni chiamate a svolgere una funzione di vigilanza sul servizio già liberalizzato.

In questo quadro l'Autorità ha già posto in essere alcuni interventi, tra i quali il parere fornito al Ministro dei lavori pubblici in ordine ad un'istanza presentata dall'Enel avente ad oggetto il rinnovo dell'autorizzazione ad importare energia elettrica (istanza che per periodo di riferimento e per incremento dei quantitativi poteva produrre effetti impeditivi allo sviluppo del nuovo assetto concorrenziale e rispetto alla quale, in relazione al parere rilasciato dall'Autorità, il Ministro ha confermato solo temporaneamente l'attuale autorizzazione sino all'effettivo recepimento della direttiva europea 96/92/CE.

3. Svolgimento dell'istruttoria conoscitiva

Ai fini della conduzione dell'istruttoria conoscitiva avviata con la delibera dell'Autorità 21 maggio 1998, n. 49/98, con lettera del 19 giugno 1998, gli uffici hanno richiesto, ai sensi dell'articolo 2, comma 22, della legge 14 novembre 1995, n. 481, copia:

a) dei contratti posti in essere con clienti con consumi superiori ai 15 GWh annui sottoscritti successivamente al 19 dicembre 1996;

b) delle proposte contrattuali inoltrate a clienti con consumi superiori ai 15 GWh annui successivamente al 19 dicembre 1996.

La richiesta dell'Autorità, allo scopo di conferire all'indagine l'ampiezza di verifica la cui necessità originava dai riferimenti soggettivi enucleabili dalle denunce e dalle indicazioni dalle quali ha preso spunto l'istruttoria, è stata inviata all'Enel, alle imprese elettriche degli enti locali e ad operatori come Edison e Sondel. In sostanza la richiesta è stata inviata ad un campione qualificato di soggetti potenzialmente in grado presentarsi sul lato dell'offerta nel futuro mercato libero nonché attualmente riconducibili alla qualifica di soggetto esercente e come tali sottoposti all'azione di regolazione dell'Autorità.

Le risposte sono giunte all'Autorità entro i termini con alcune eccezioni a fronte delle quali sono stati inoltrati solleciti formali. In esito a tali attività l'Autorità dispone oggi di una base documentale più che adeguata all'obiettivo di verificare se nel settore poteva essere rilevata una prassi commerciale in contrasto con il processo di liberalizzazione in atto.

4. Risultanze dell'istruttoria conoscitiva

Dalla documentazione acquisita risulta chiaramente che più di un operatore economico, già presente nel settore ed in grado di entrare immediatamente nel mercato liberalizzato, ha stipulato accordi contrattuali, ovvero formalizzato proposte contrattuali, nei confronti di utenti con consumi superiori a 15 GWh annui, con accordi e proposte caratterizzati da periodi di validità che si pongono ben al di là del termine presumibile di introduzione del regime di liberalizzazione e che nel contempo precludono sostanzialmente all'utenza la possibilità di cambiare il fornitore per periodi consistenti, di fatto rappresentando ostacoli obiettivi all'accesso di nuovi competitori.

L'analisi condotta dagli uffici dell'Autorità ha posto in evidenza due aspetti potenzialmente rilevanti nel senso sopra indicato, l'uno riguardante la struttura dei contratti e delle proposte contrattuali esaminate, l'altro attinente alle condizioni economiche di fornitura.

4.1 Aspetti contrattuali

Le fattispecie contrattuali che evidenziano in generale un mutamento della consolidata prassi di configurazione dei rapporti con l'utenza, che nel passato si basava su contratti annuali rinnovabili tacitamente per analoghi periodi, sono i seguenti:

A] Contratti triennali stipulati fissando le condizioni di fornitura per gruppi industriali (stipulati con una società che ne rappresenta un insieme facente

parte di un gruppo e quindi rappresentativi di una quota di consumo di notevole rilievo dimensionale, ben superiore, complessivamente, ai 15 GWh annui). La durata di tali contratti è di un triennio rinnovabile per analogo periodo, salvo disdetta comunicata almeno due mesi prima della scadenza del primo triennio (il segmento temporale iniziale, nei casi esaminati, ha decorrenze settembre 1997 o gennaio 1998). Sul versante delle clausole di recesso si rileva che: a fronte della possibilità di disporre di fonti di approvvigionamento più favorevoli, come conseguenza di provvedimenti che incidano sul regime giuridico delle attività di settore (al riguardo una prima situazione in tal senso potrebbe verificarsi anche prima dell'effettivo recepimento della direttiva europea 96/92/CE qualora venisse effettivamente liberalizzata, secondo le indicazioni dell'Autorità, la vendita delle cosiddette eccedenze di energia elettrica), l'utente può recedere dall'accordo solo a fronte della non competitività del fornitore originario, cui è comunque riconosciuta priorità nelle offerte alternative dovendo essere preferito a parità di condizioni. In un caso si è constatata una impostazione meno incisiva (con generica affermazione della facoltà di recesso condizionata alla dimostrazione della possibilità di approvvigionamento a condizioni più favorevoli), ma comunque significativa ai fini dell'istruttoria.

B] Contratti triennali con decorrenza marzo 1997 privi del riconoscimento all'utente della facoltà di recesso.

C] Contratti annuali rinnovabili per analoghi periodi, salvo disdetta comunicata almeno tre mesi prima della scadenza, con riserva all'esercente dell'esclusiva della fornitura per la durata del contratto, ivi inclusi i suoi eventuali rinnovi, e della preferenza per almeno un quinquennio dalla cessazione dello stesso contratto.

D] Proposte di contratti triennali sottoposti a condizione sospensiva individuata nella data di "apertura" del mercato dell'energia (decorrendo il triennio dal momento in cui si verificherà la condizione sospensiva); la facoltà di recesso è riconosciuta a fronte della possibilità di avere la fornitura a condizioni più vantaggiose, peraltro con l'obbligo di comunicare le nuove condizioni al dante causa che può adeguare le tariffe al nuovo livello.

4.2 Aspetti tariffari

L'istruttoria dell'Autorità ha permesso di rilevare che, in alcuni dei casi esaminati, la configurazione di contratti limitativi della libertà di scelta dei potenziali clienti idonei nel periodo di prima operatività della liberalizzazione del servizio elettrico è stata associata all'offerta, nella fase attuale, di condizioni tariffarie molto favorevoli che non troverebbero né analogie, né fondamenti nel regime tariffario attuale. Appare evidente invece il tentativo, da parte di uno degli operatori che beneficiano del

regime di esclusiva, di avvalersi di una delle leve tradizionalmente utilizzate, nelle fasi di apertura dei mercati, per precludere l'accesso al mercato di nuovi competitori, ossia la leva dei prezzi (concessione di sconti).

Tale risultato verrebbe raggiunto tra l'altro, attraverso l'anomalo utilizzo della cosiddetta "clausola di avviamento", ossia di una struttura contrattuale la cui finalità, secondo la prassi commerciale consolidata, era quella di consentire, per periodi limitati e determinati (da sei mesi ad un anno), a nuove utenze elettriche, ovvero a utenze esistenti, in ragione di consistente aumento della propria dimensione produttiva (aumento della capacità produttiva, nuovi macchinari) con relativo aumento della potenza contrattuale impegnata, (di cui non si poteva conoscere con precisione l'impegno di potenza da stabilire nel contratto di fornitura) di evitare l'automatica applicazione delle penalità previste per i superi di potenza.

In sede di istruttoria è emerso uno scostamento dalla suddetta prassi, dimostrato non solo da rilevanti prolungamenti del periodo di applicazione della clausola (sostanzialmente per tutta la durata delle fattispecie contrattuali indicate sub A), ma anche dall'applicazione ad utenze non qualificabili come nuove o con aumento consistente della capacità produttiva e conseguente aumento della potenza impegnata, il tutto ad evidenziare come la clausola appaia del tutto scollegata, in questi casi, dalla sua originaria finalità.

5. Valutazione giuridica e prefigurazione di possibili interventi in via amministrativa

In conclusione, la prassi commerciale rilevata sul versante della impostazione dei rapporti contrattuali di fornitura con utenti con consumi superiori a 15 GWh annui, rappresenta un ostacolo all'effettività delle determinazioni che saranno assunte in sede di recepimento della direttiva europea 96/92/CE.

La suddetta situazione costituisce presupposto per un intervento dell'Autorità in attuazione del mandato a svolgere un'azione di regolazione orientata alla promozione della concorrenza.

L'intervento dell'Autorità trova il suo primario referente, per quanto concerne gli aspetti contrattuali, nel potere, previsto dall'articolo 2, comma 12, lettera h), della legge n. 481/1995, di adottare concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti, materia che certamente ricomprende anche le forme contrattuali attraverso le quali viene instaurato il rapporto con l'utenza.

La direttiva che l'Autorità intende adottare potrà prevedere che i contratti pluriennali stipulati con clienti con consumi superiori ai 15 GWh annui

anteriormente al recepimento della direttiva europea 96/92/CE ovvero nell'anno successivo, debbano prevedere il riconoscimento al cliente di un diritto di recesso unilaterale salvo preavviso non superiore a tre mesi. Tale diritto dovrà essere riconosciuto per periodi non inferiori ad un anno dalla entrata in vigore delle disposizioni attuative della sopra richiamata direttiva europea 96/92/CE, come stabilito dall'articolo 36 della legge 24 aprile 1998, n.128.

La direttiva che l'Autorità intende adottare potrà altresì comportare in capo agli esercenti l'obbligo di adeguare i contratti eventualmente già conclusi prima della sua entrata in vigore.

Infine, per quanto concerne gli aspetti tariffari, l'Autorità sta procedendo ad ulteriori approfondimenti finalizzati a verificare l'effettiva esistenza dei presupposti per un intervento, qualora fosse riscontrata una violazione del regime tariffario vigente. Specifica attenzione sarà dedicata dalla stessa Autorità alla verifica delle implicazioni della prassi aziendale rilevata in termini di violazione del principio di parità di trattamento tra gli utenti, e in termini di possibile indiretto aggravamento delle condizioni di fornitura per l'utenza vincolata ai sensi della direttiva europea 96/92/CE.