

DETERMINAZIONE DSAI/60/2018/EEL

**AVVIO DI PROCEDIMENTO SANZIONATORIO E PRESCRITTIVO IN MATERIA DI OBBLIGHI
DI SEPARAZIONE FUNZIONALE E CONTABILE**

**IL DIRETTORE DELLA DIREZIONE SANZIONI E IMPEGNI
DELL'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE
PER ENERGIA RETI E AMBIENTE**

Il giorno 2 ottobre 2018

VISTI:

- la direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009;
- la direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009;
- la legge 24 novembre 1981, n. 689;
- l'articolo 2, comma 12, lett. f) e comma 20, lettere c) e d), della legge 14 novembre 1995, n. 481 e s.m.i. (di seguito: legge 481/95);
- l'articolo 11 *bis*, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35 e s.m.i., convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80;
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79;
- il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93 e s.m.i. (di seguito: decreto legislativo 93/2011);
- il decreto-legge 18 giugno 2007, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2007, n. 125;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244;
- la deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità) 18 gennaio 2007, 11/07 di approvazione del Testo integrato delle disposizioni "in merito agli obblighi di separazione amministrativa e contabile (*unbundling*) per le imprese operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas e relativi obblighi di pubblicazione e comunicazione" e s.m.i. (di seguito: TIU);
- la deliberazione dell'Autorità 22 maggio 2014, 231/2014/R/com di approvazione del Testo integrato delle disposizioni "in merito agli obblighi di separazione

contabile (*unbundling* contabile) per le imprese operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas e relativi obblighi di comunicazione" (di seguito: TIUC);

- l'Allegato alla determinazione del Direttore della Direzione Infrastrutture *Unbundling* e Certificazione del 4 giugno 2015, 8/2015, recante "Manuale di contabilità regolatoria per la redazione dei conti annuali separati di cui all'Allegato A alla deliberazione 22 maggio 2014, 231/2014/R/com (TIUC)" (di seguito: Manuale di contabilità regolatoria);
- la deliberazione dell'Autorità 22 giugno 2015, 296/2015/R/com di approvazione del Testo Integrato delle disposizioni "in merito agli obblighi di separazione (*unbundling*) funzionale per le imprese operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas" e s.m.i. (di seguito: TIUF);
- la deliberazione dell'Autorità 28 aprile 2017, 283/2017/E/eel (di seguito: deliberazione 283/2017/E/eel);
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità 14 giugno 2012, 243/2012/E/com, recante "Adozione del nuovo regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni" e s.m.i. (di seguito: Allegato A alla deliberazione 243/2012/E/com);
- la deliberazione dell'Autorità 14 novembre 2016, 658/2016/A (di seguito: deliberazione 658/2016/A);
- gli Allegati A e B alla deliberazione dell'Autorità 2 febbraio 2018, 57/2018/A (di seguito: deliberazione 57/2018/A);
- la deliberazione dell'Autorità 2 febbraio 2018, 58/2018/A (di seguito: deliberazione 58/2018/A).

CONSIDERATO CHE:

- l'art. 2, comma 12, lett. f) della legge 481/95 prevede che l'Autorità verifichi i costi delle singole prestazioni per assicurare, tra l'altro, la loro corretta disaggregazione ed imputazione per funzione svolta, per area geografica e per categoria di utenza;
- con il TIU l'Autorità ha introdotto regole di separazione funzionale e contabile per le imprese verticalmente integrate nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale al fine di promuovere la concorrenza, l'efficienza ed adeguati livelli di qualità nell'erogazione dei servizi. Le regole della separazione funzionale hanno l'obiettivo di garantire la neutralità della gestione delle infrastrutture essenziali per lo sviluppo di un libero mercato energetico, impedire discriminazioni nell'accesso ad informazioni commercialmente sensibili e impedire i trasferimenti incrociati tra i segmenti delle filiere (art. 2, comma 1). Obiettivo delle regole di separazione contabile è quello di assicurare un flusso informativo certo, omogeneo e dettagliato circa la situazione economica e patrimoniale delle imprese operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas nonché impedire discriminazioni e trasferimenti incrociati di risorse tra attività e tra comparti (art. 2, comma 2);

- il decreto legislativo 93/11, nel dare attuazione alle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, sancisce l'obbligo di separazione funzionale all'articolo 38, stabilendo in particolare che *“il gestore del sistema di distribuzione, qualora faccia parte di un'impresa verticalmente integrata, è indipendente, sotto il profilo dell'organizzazione e del potere decisionale, da altre attività non connesse alla distribuzione”*; a tale scopo lo stesso articolo individua una serie di criteri minimi cui l'Autorità si deve adeguare nei propri provvedimenti, che pertanto incidono sull'assetto di *governance* dell'intera impresa verticalmente integrata;
- il TIUC e il TIUF regolano in sostituzione del TIU e per le medesime finalità (art. 2 del TIUC e art. 3 del TIUF), i principali obblighi di separazione contabile e funzionale per le imprese operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas a decorrere dall'esercizio 2014 ovvero dal primo esercizio successivo al 31 dicembre 2013 (per il TIUC) e dall'1 gennaio 2016 (per il TIUF).

Con riferimento alla separazione funzionale

- l'articolo 8 del TIU e l'articolo 7 del TIUF hanno previsto che l'impresa verticalmente integrata conferisca autonomia decisionale ed organizzativa ad alcune attività (tra le quali, quella di distribuzione dell'energia elettrica) e, a tal fine, ne affidi l'amministrazione ad un Gestore Indipendente (di seguito: GI), che garantisca il rispetto delle disposizioni in materia di separazione funzionale;
- più nel dettaglio, il TIU e il TIUF hanno previsto che non possano essere componenti del GI, tra l'altro, coloro che fanno parte di strutture dell'impresa verticalmente integrata o di imprese del gruppo societario di questa, responsabili direttamente o indirettamente della trasmissione, della produzione e della vendita di energia elettrica anche qualora svolte all'estero, nonché del trasporto, della coltivazione, della vendita del gas naturale anche qualora svolte all'estero (art. 11, comma 3, lett. a), del TIU e art. 10, comma 1, lett. a), del TIUF);
- l'articolo 10, comma 5, del TIUF prevede che il GI non possa avere un ruolo decisionale nei confronti di strutture facenti parte dell'impresa verticalmente integrata o di altre imprese del gruppo societario cui questa appartiene, che svolgano attività di vendita o di produzione di energia elettrica o di gas naturale;
- l'articolo 15, comma 1, del TIUF prevede che al Responsabile della conformità si applichino, tra l'altro, i requisiti di indipendenza di cui all'articolo 10 del TIUF, previsti per il GI;
- l'articolo 12, comma 1, del TIU e l'articolo 14, comma 1, del TIUF impongono al GI di assicurare che l'attività che amministra sia gestita secondo criteri di efficienza, economicità, neutralità e non discriminazione; inoltre, l'articolo 14, comma 1, del TIU e l'articolo 14, comma 4 del TIUF, dispongono che il GI assicuri che gli acquisti di beni e servizi necessari per l'attività di cui è responsabile avvengano nel rispetto dei principi di economicità ed efficienza.

Con riferimento alla separazione contabile

- l'articolo 25, comma 1, del TIU e l'articolo 19, comma 1, del TIUC stabiliscono che, indipendentemente dal prezzo effettivamente pagato, la valorizzazione delle cessioni di beni e le prestazioni di servizi interne al gruppo societario avvenga in base al principio del prezzo di libera concorrenza tra le parti o di valore normale, vale a dire il principio del prezzo che sarebbe stato concordato tra imprese indipendenti per operazioni identiche o similari a condizioni similari o identiche nel libero mercato;
- l'articolo 25, comma 2, lettera b), del TIU e l'articolo 19, comma 2, lettera b), del TIUC impongono all' esercente di conservare per almeno 10 anni tutta la documentazione che evidenzia le modalità di calcolo dei prezzi unitari di trasferimento utilizzati per le operazioni;
- il Manuale di contabilità regolatoria, al punto 11, precisa che, al fine dell'applicazione pratica delle disposizioni del TIUC, è utile fare riferimento alle linee guida fornite dall'OCSE sui prezzi di trasferimento le quali prevedono che il prezzo di libera concorrenza tra le parti, laddove possibile, sia rappresentato dal prezzo di mercato; il medesimo punto 11 del Manuale di contabilità regolatoria chiarisce che il metodo del prezzo di mercato, di cui all'articolo 19 del TIUC, prevede la comparazione del prezzo di beni o servizi trasferiti tra imprese appartenenti al medesimo gruppo societario con il prezzo applicato a beni o servizi di una transazione comparabile effettuata sul libero mercato in circostanze comparabili; precisa altresì che tale confronto potrà essere con una società interna al gruppo se quest'ultima conclude transazioni comparabili con terzi indipendenti sul mercato;
- il punto 11 del Manuale di contabilità regolatoria precisa, altresì, che, qualora il metodo del prezzo di mercato non sia applicabile, possa essere adottato, come metodo alternativo, quello del *cost plus* o metodo del costo maggiorato che prende a riferimento il costo pieno aziendale (comprensivo di costi diretti e indiretti) di un bene o servizio a cui può essere aggiunto un margine o *mark up* in relazione alla specifica tipologia di bene o servizio; inoltre, al medesimo punto 11, il Manuale di contabilità indica la necessità che, ai fini della corretta applicazione dell'articolo 19 del TIUC, i prezzi utilizzati per la valorizzazione delle transazioni infragruppo siano periodicamente aggiornati.

CONSIDERATO, INOLTRE, CHE:

- con la deliberazione 283/2017/E/eel, al fine di accertare il rispetto delle disposizioni in materia di *unbundling* di cui al decreto legislativo 93/2011, al TIU, al TIUF e al TIUC, l'Autorità ha approvato tre verifiche ispettive nei confronti di altrettante società appartenenti al gruppo Enel (multinazionale operante, tra l'altro, nei settori della produzione e distribuzione di energia elettrica nonché della vendita di energia elettrica e gas; di seguito: Gruppo) – tra cui e-distribuzione S.p.A. (di seguito: E.D. o società), società del Gruppo

- avente per oggetto sociale l'esercizio dell'attività di distribuzione di energia elettrica;
- in attuazione di tale deliberazione, l'Autorità, in collaborazione con il Nucleo Speciale per l'Energia e il Sistema Idrico della Guardia di Finanza, ha effettuato, nei giorni 10, 11, 12 e 13 ottobre 2017, una verifica ispettiva presso la sede legale della società;
 - con note del 23 ottobre 2017 (acquisite con prot. Autorità 34608 e 34609) e del 13 novembre 2017 (acquisita con prot. Autorità 36970) E.D. ha integrato le risposte e i documenti prodotti nell'ambito della verifica ispettiva;
 - con nota del 22 febbraio 2018 (prot. Autorità 5158) il Direttore della Direzione Accountability e Enforcement ha richiesto a E.D. una serie di chiarimenti in merito alla documentazione acquisita in occasione della verifica ispettiva e tramite le successive integrazioni documentali; tali chiarimenti sono stati resi dalla società con nota del 19 marzo 2018 (acquisita con prot. Autorità 9607);
 - in data 20 marzo 2018 si è tenuto, presso gli Uffici dell'Autorità, un incontro con E.D. al fine di ottenere alcuni chiarimenti in merito alle informazioni fornite dalla società in occasione della verifica ispettiva e delle successive integrazioni documentali, nonché a seguito della richiesta di chiarimenti dell'Autorità; all'esito di tale incontro è emersa la necessità di richiedere ulteriori informazioni che sono state fornite dalla società con nota del 6 aprile 2018 (acquisita con prot. Autorità 11975);
 - dall'esame degli elementi acquisiti in sede di verifica ispettiva, nonché delle note successivamente inviate all'Autorità da E.D., emergerebbe che:
 - i. in violazione dell'articolo 10, comma 1, lettera a) e comma 5, del TIUF e dell'articolo 15, comma 1, del TIUF, la società non avrebbe rispettato i requisiti di indipendenza ivi previsti per il Responsabile della conformità; in particolare, un componente del Responsabile della conformità, nella persona *omissis*, sembrerebbe avere, dal 19 febbraio 2016, un ruolo di responsabilità diretta o indiretta e/o un ruolo decisionale nei confronti di strutture delle imprese del Gruppo che svolgono attività di produzione e vendita di energia elettrica avendo, tra l'altro, una procura a "*rappresentare la Società (Enel S.p.A.) nelle Assemblee delle società di diritto italiano del Gruppo Enel, per l'esercizio del diritto di voto da parte di Enel S.p.A. in qualità di socio anche in esecuzione di delibere del Consiglio di Amministrazione e/o di determinazioni dell'Amministratore Delegato della Società*" (documento *omissis* di cui al documento 4.2.b allegato alla *check list*);
 - ii. in violazione dell'articolo 12, comma 1 e dell'articolo 14, comma 1, del TIU e dell'articolo 14, commi 1 e 4, del TIUF, il GI di E.D. non avrebbe gestito secondo criteri di efficienza ed economicità l'attività di distribuzione di energia elettrica, in occasione dell'acquisto di servizi necessari all'attività stessa; in particolare, E.D. ha esternalizzato i servizi di Staff relativi a "Amministrazione finanza e controllo", "Personale e Organizzazione", "Servizi Legali e Affari societari" e "Regolamentazione e Antitrust"

stipulando, per gli anni 2015 e 2016, un contratto *intercompany* (n. 14 dell'Allegato A alla presente determinazione, di seguito: Allegato A) con la società Enel Italia S.r.l. e trasferendo alla stessa circa *omissis* risorse interne. E.D. ha dichiarato che per i suddetti servizi ha corrisposto per il 2016 ad Enel Italia S.r.l. un importo di circa *omissis* di euro, a fronte di un costo pari a circa *omissis* di euro che sembrerebbe essere stato sostenuto nel 2014 per i medesimi servizi gestiti internamente da E.D. avvalendosi del personale poi trasferito a Enel Italia S.r.l. (allegato 4 alla nota del 23 ottobre 2017, prot. Autorità 34609, nota del 23 ottobre 2017, prot. Autorità 34608, nota del 13 novembre 2017, nota del 19 marzo 2018, nota 6 aprile 2018); inoltre, E.D. ha stipulato nel 2012 con la società Enel Finance International N.V., appartenente al medesimo Gruppo, due contratti *intercompany* di finanziamento (nn. 19 e 20 dell'Allegato A), di cui uno finalizzato alla realizzazione di investimenti, la cui tipologia e la cui gestione potrebbe non aver rispettato i citati principi di efficienza ed economicità in ragione:

- del valore del tasso di interesse applicato ai finanziamenti che sembrerebbe non essere mai stato rinegoziato nonostante la diminuzione dei tassi di interesse negli anni successivi e dell'ammontare complessivo degli interessi passivi da pagare (peraltro notevolmente superiore a quelli dei finanziamenti bancari della stessa E.D.);
 - degli investimenti effettivamente realizzati dalla società dal 2013 in poi, che risulterebbero inferiori all'importo dei citati finanziamenti (doc. 6.1.c e 6.1.d allegati alla *check list*, nota del 23 ottobre 2017, prot. Autorità 34608, nota del 19 marzo 2018 e nota 6 aprile 2018, nonché doc. 3.3.a allegato alla *check list* della verifica ispettiva presso Enel S.p.A. in data 25-26 ottobre 2017);
- iii. in violazione dell'articolo 25, comma 1, del TIU e dell'articolo 19, comma 1, del TIUC e del punto 11 del Manuale di contabilità regolatoria, i contratti *intercompany* di cui all'Allegato A, sottoscritti da E.D. con Enel S.p.A., Enel Italia S.r.l. e Enel Finance International N.V. non sarebbero stati valorizzati in base al principio del prezzo che avrebbe potuto essere concordato tra imprese indipendenti per operazioni identiche o similari a condizioni similari o identiche nel libero mercato; in particolare, la società ha dichiarato, con riferimento ai contratti *intercompany* nn. 1-18 di cui all'Allegato A, di aver determinato il prezzi con il metodo del *cost plus* e, limitatamente ai due contratti di finanziamento nn. 19 e 20 dell'Allegato A, con il metodo del “*Comparable Uncontrolled Price* interno modificato” (doc. 6.1.b e 6.1.d allegati alla *check list*, nota del 23 ottobre 2017, prot. Autorità 34608, nota del 19 marzo 2018 e nota 6 aprile 2018, nonché Allegato 4 alla nota di Enel S.p.a. del 14 novembre 2017, prot. Autorità 37157);
- iv. in violazione dell'articolo 19, comma 2, del TIUC, E.D. non avrebbe prodotto, con riferimento ai contratti nn. 1-20 di cui all'Allegato A, la

documentazione completa che evidenzi puntualmente le modalità di calcolo dei prezzi unitari di trasferimento utilizzati per le operazioni prima della stipula dei contratti (doc. 6.1.b e 6.1.d allegati alla *check list*, nota del 23 ottobre 2017, prot. Autorità 34608, nota del 19 marzo 2018 e nota 6 aprile 2018);

- dagli elementi acquisiti non risulterebbe che le condotte contestate siano cessate, con possibile pregiudizio dell'interesse degli utenti ad una gestione neutrale ed efficiente delle infrastrutture essenziali per lo sviluppo di un libero mercato energetico.

RITENUTO CHE:

- gli elementi acquisiti costituiscano presupposto per l'avvio di un procedimento per l'adozione di provvedimenti sanzionatori e prescrittivi ai sensi dell'art. 2, comma 20, lettere c) e d), della legge 481/95, nei confronti di e-distribuzione S.p.A.

DETERMINA

1. di avviare un procedimento nei confronti di e-distribuzione S.p.A. per l'accertamento, nei termini di cui in motivazione, delle violazioni in materia di obblighi di separazione funzionale e contabile e per l'adozione di provvedimenti sanzionatori e prescrittivi, ai sensi dell'art. 2, comma 20, lettere c) e d), della legge 481/95;
2. di comunicare che, ai sensi dell'articolo 13, comma 1, lettera k) e dell'articolo 14, comma 3, dell'Allegato A, del punto 1.7 dell'Allegato B alla deliberazione 57/2018/A nonché del punto 4 della deliberazione 658/2016/A e del punto 2 della deliberazione 58/2018/A, il responsabile del procedimento è il Direttore della Direzione Sanzioni e Impegni;
3. di comunicare che, ai sensi dell'articolo 4 *bis*, comma 2, dell'Allegato A alla deliberazione 243/2012/E/com, il termine di durata dell'istruttoria è di 120 (centoventi) giorni, decorrenti dalla comunicazione del presente provvedimento;
4. di comunicare che, ai sensi dell'articolo 4 *bis*, comma 1, dell'Allegato A alla deliberazione 243/2012/E/com, il termine per l'adozione del provvedimento finale è di 100 (cento) giorni, decorrenti dal termine dell'istruttoria di cui al precedente punto 3;
5. di avvisare che le comunicazioni, di cui all'articolo 33 dell'Allegato A alla deliberazione 243/2012/E/com, possono essere inviate tramite posta elettronica certificata (PEC) all'indirizzo sanzioni-impegni.aeegsi@pec.energia.it e di invitare, altresì, i partecipanti al presente procedimento a comunicare, nel primo atto utile, l'eventuale casella di PEC o altro indirizzo (nel solo caso di assenza di indirizzo PEC) presso cui ricevere le comunicazioni relative al procedimento sanzionatorio avviato col presente provvedimento;

6. di avvisare che i soggetti che hanno titolo per partecipare al procedimento, ai sensi dell'articolo 8 dell'Allegato A della deliberazione 243/2012/E/com, possono presentare alla Direzione Sanzioni e Impegni richiesta di accesso agli atti del procedimento, secondo le modalità di cui al precedente punto 5;
7. di comunicare il presente provvedimento a e-distribuzione S.p.A. (P. IVA 05779711000) mediante PEC all'indirizzo e-distribuzione@pec.e-distribuzione.it e di pubblicarlo sul sito *internet* dell'Autorità www.arera.it.

2 ottobre 2018

Il Direttore
avv. Michele Passaro