

RELAZIONE TECNICA

PER L'ADOZIONE DI UNA DIRETTIVA CONCERNENTE L'EROGAZIONE DEL SERVIZIO ELETTRICO AI SENSI DELL'ARTICOLO 2, COMMA 12, LETTERA h), DELLA LEGGE 14 NOVEMBRE 1995, N. 481

1. Premessa

Con delibera 29 luglio 1998, n.91/98, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito: l'Autorità) ha avviato il procedimento per l'adozione di un provvedimento ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lettera h), della legge 14 novembre 1995, n. 481 (di seguito: legge n. 481/95), recante direttive di comportamento aventi ad oggetto modalità di impostazione dei contratti di fornitura di energia elettrica ad utenti con consumi superiori a 15 GWh annui.

La sopra richiamata delibera dell'Autorità trova la sua ragione d'essere nelle risultanze dell'istruttoria conoscitiva, avviata con delibera dell'Autorità 21 maggio 1998, n.49/98 su contratti pluriennali di fornitura di energia elettrica ad utenti con elevati consumi, che aveva permesso di evidenziare due specifici profili rilevanti ai fini dell'eventuale esercizio di poteri istituzionali da parte dell'Autorità, l'uno riguardante la struttura dei contratti e delle proposte contrattuali esaminate, l'altro attinente alle condizioni economiche e tariffarie delle forniture.

Con la delibera 29 luglio 1998, n. 91/98 l'Autorità approvava inoltre il documento per la consultazione "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", in relazione al quale i soggetti interessati venivano invitati a presentare osservazioni scritte.

2. Esito della consultazione

In esito al processo di consultazione sono state acquisite osservazioni scritte da parte di: Aicep, Confindustria, Edison Spa, Enel Spa, Federelettrica, Sondel Spa e Unapace.

Qui di seguito si riportano brevemente le posizioni espresse, raggruppate sotto i due profili identificati nel documento per la consultazione: quello contrattuale e quello tariffario.

2.1 Profilo contrattuale

Sotto questo profilo, da parte della maggioranza dei soggetti consultati, si riscontra una sostanziale condivisione dell'analisi svolta e degli interventi prospettati nel documento di consultazione. Anzi, rispetto al contenuto degli interventi, da più parti si auspica che l'Autorità vada al di là di quanto prefigurato e, più in particolare, arrivi ad imporre o a dichiarare:

- la decadenza automatica di tutti i contratti – indipendentemente dalla loro durata - attualmente vigenti con consumatori idonei, a far data dall'entrata in vigore dei decreti attuativi della direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996 concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (di seguito: direttiva europea 96/92/CE);

- la facoltà di recesso anticipata per tutti i clienti idonei, che abbiano in corso alla data del recepimento della direttiva europea 96/92/CE, un contratto di somministrazione di energia elettrica indipendentemente dalla sua durata, senza preavviso e penalità;
- la rescindibilità automatica, a far data dall'entrata in vigore delle norme relative al nuovo assetto del mercato elettrico nazionale (prevista dalla legge 29 aprile 1998, n. 128 concernente "disposizioni per l'adeguamento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee), di tutti i contratti e le proposte contrattuali in oggetto fino a quel momento stipulati ed aventi validità anche posteriore alla data in questione.

Rispetto alle soluzioni sopra rappresentate, quella delineata nel documento per la consultazione in base al quale si disporrebbe 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 ai tre mesi", sembra più equilibrata.

In primo luogo è necessario premettere che la legge n.481/95 attribuisce all'Autorità il potere di adottare previsioni comportamentali ciò comportando l'impossibilità di imporre la decadenza automatica dei contratti in questione. Analoghe argomentazioni possono essere portate rispetto alla richiesta di disporre la "rescissione automatica".

Secondariamente la previsione di una clausola di recesso nel senso ipotizzato dall'Autorità assicura una adeguata compensazione tra l'esigenza di garantire la libertà contrattuale e l'esigenza di creare le condizioni perché tutti i competitori possano presentarsi nella fase di transizione con pari opportunità sul mercato.

Quanto al possibile inserimento della clausola di recesso anche nei contratti annuali, si rileva che le direttive di comportamento alla cui adozione è diretto il provvedimento dell'Autorità trova il suo fondamento nella maggior durata del contratto rispetto a quella annuale normalmente prevista per i contratti di fornitura, durata che si pone ben al di là del termine presumibile di apertura del mercato e che, posta la difficoltà di recedere dal contratto, preclude sostanzialmente all'utenza la possibilità di cambiare fornitore per periodi consistenti. Analoga motivazione non si riscontra per i contratti annuali per i quali, anche a fronte di una durata ultronea rispetto all'entrata in vigore della direttiva, la disdetta garantisce comunque al cliente la possibilità di svincolarsi in un lasso ragionevole di tempo.

Come si è più sopra osservato il contenuto del documento per la consultazione dell'Autorità è stato condiviso dai soggetti intervenuti nella consultazione, con l'unica eccezione dell'Enel Spa. che ha formulato alcune riserve di seguito analiticamente presentate.

Per quanto riguarda gli aspetti giuridico istituzionali, l'Enel Spa osserva che non appare corretto il richiamo all'articolo 2, comma 12, lettera h) della legge n.481/95, in quanto questo si limita a legittimare l'Autorità ad emanare solo direttive concernenti la "produzione e l'erogazione dei servizi" che non possono spingersi in alcun modo fino al punto di dettare lo specifico contenuto delle clausole contrattuali inerenti al singolo rapporto, che rientrano invece nella disponibilità delle parti.

Per quanto riguarda gli aspetti contrattuali ed in relazione a quanto evidenziato dall'Autorità nel paragrafo 4.1 del documento per la consultazione, l'Enel Spa si ritiene interessata, tra le fattispecie censurate dall'Autorità, a quella individuata alla lettera A) che fa riferimento a "contratti triennali stipulati fissando condizioni di fornitura per gruppi industriali", e ricorda che le clausole di recesso inserite in tali contratti prevedono l'obbligo per l'Enel Spa di rinegoziare le condizioni dei contratti

stessi in relazione alle modifiche destinate ad intervenire nel quadro normativo per effetto del recepimento della direttiva comunitaria; inoltre, al cliente viene riconosciuta facoltà di recesso a titolo gratuito qualora riceva da parte di altri operatori l'offerta di condizioni di fornitura per lui più vantaggiose; tale facoltà è legata alla maggior durata del contratto, che pone il cliente in una posizione più favorevole rispetto a quella prevista per i contratti di fornitura di durata annuale; il fatto che il recesso possa avvenire solo a fronte dell'offerta di condizioni contrattuali di miglior favore rispetto a quelle praticate dal fornitore originario, risponde ad un principio di "conservazione" del contratto, immanente nel nostro ordinamento, che tende a salvaguardare, in assenza di giustificati motivi, il vincolo liberamente assunto dalle parti, principio che, nel caso di specie, trova giustificazione in relazione alla necessità da parte dell'Enel Spa di programmazione delle attività produttive e di continuità del servizio.

In sostanza, si tratta di condizioni, sempre secondo l'Enel Spa, certamente compatibili con le esigenze di apertura del mercato, dal momento che, lungi dal precludere al cliente la possibilità di cambiare nel corso del rapporto il proprio fornitore, costituiscono in realtà uno strumento giuridico che consente al cliente stesso di ampliare l'ambito delle proprie opzioni e di beneficiare pienamente ed in ogni momento di tutti i possibili vantaggi della futura concorrenza nel settore elettrico.

Con riguardo poi allo specifico intendimento dell'Autorità di imporre che i contratti pluriennali riconoscano al cliente "un diritto di recesso unilaterale, salvo preavviso non superiore a tre mesi", l'Enel Spa osserva che "dovrà essere il legislatore, in sede di adozione della direttiva europea 96/92/CE sulla base della delega rilasciata al Governo dal Parlamento, ad emanare le disposizioni per la fase transitoria. Si tratta di aspetti delicati che stanno formando oggetto di studi e di approfondimento in quanto ben evidenti sono le conseguenze che possono derivare, in caso di recesso dovuto alla scelta di un altro fornitore, da una diversa definizione dei tempi di preavviso, atteso che incidono sulla possibilità di riprogrammazione dell'offerta da parte dell'Acquirente unico e, di conseguenza sulle entità degli eventuali "costi incagliati" o "stranded costs" da riconoscere. E' evidente quindi che l'adozione anticipata di un provvedimento amministrativo destinato a disciplinare degli aspetti che formeranno oggetto del decreto legislativo allo studio risulterebbe comunque viziato e censurabile in quanto pregiudizievole degli interessi sia dei clienti che degli esercenti".

Altrettanto dubbia appare secondo l'Enel Spa, la possibilità che il diritto di recesso venga riconosciuto per un periodo limitato di tempo dal momento che la direttiva europea 96/92/CE non fissa alcun limite temporale all'esercizio, da parte degli utenti eleggibili, della propria facoltà di scelta di un nuovo fornitore.

Con riguardo alle su esposte argomentazioni dell'Enel Spa, si obietta quanto segue:

- Con riferimento all'estensione ed i limiti del potere attribuito all'Autorità si osserva che il riferimento contenuto nell'articolo 2, comma 12, lettera h) della legge n.481/95 al fatto che "tali determinazioni producono gli effetti di cui al comma 37", non costituisce un limite nel caso di specie dal momento che riguarda una sola delle possibili esplicitazioni (direttive sulla qualità dei servizi) del generale potere attribuito all'Autorità di adottare direttive in materia di produzione ed erogazione dei servizi.
- Con riferimento all'obbligo per l'Enel Spa di rinegoziare le condizioni contrattuali, si osserva che tale obbligo non garantisce al cliente la certezza di ottenere le condizioni più favorevoli che il mercato in quel dato momento è in grado di offrirgli; d'altra parte non consentendogli di cambiare liberamente il fornitore impedisce il formarsi di un mercato.

- Con riferimento alla facoltà di recesso, questa, anche se prevista dai contratti dell'Enel Spa, è formulata in modo tale da renderla difficilmente esercitabile da parte del cliente. Comunque la formulazione adottata penalizza il fornitore concorrente che non avrà alcuna possibilità dal momento che l'Enel Spa potrà mantenere il cliente offrendogli le medesime condizioni.
- Con riferimento all'osservazione secondo la quale l'offerta di condizioni contrattuali di miglior favore rispetto a quelle praticate dal fornitore originario, risponde ad un principio di "conservazione" del contratto, si osserva che il richiamato principio della conservazione dei contratti non può essere considerato alla stregua di un limite generale all'autonomia contrattuale con specifico riferimento alla previsione di clausole di recesso unilaterale, né, tantomeno, un limite alla potestà di imporre l'utilizzo di una siffatta clausola nei contratti di erogazione.
- Con riferimento all'argomentazione secondo la quale dovrà essere il legislatore, in sede di adozione della direttiva europea 96/92/CE, ad emanare le disposizioni per la fase transitoria, e che si tratta di risolvere aspetti delicati attualmente oggetto di approfondimenti in quanto "ben evidenti sono le conseguenze che possono derivare – in caso di recesso dovuto alla scelta di un altro fornitore – da una diversa definizione dei tempi di preavviso atteso che incidono sulla possibilità di riprogrammazione dell'offerta da parte dell'Acquirente unico e, di conseguenza, sulle entità degli "stranded costs" eventuali da riconoscere", si osserva che, ferma restando la competenza del legislatore di adottare le disposizioni in questione, non può essere affermato alcun nesso di causalità diretto tra il provvedimento dell'Autorità e l'entità delle conseguenze diminutive che il monopolista dovrà sopportare in conseguenza dell'apertura del mercato avendo in precedenza sostenuto costi strettamente connessi con la missione di servizio pubblico che con l'apertura del mercato divengono non recuperabili – i così detti "stranded costs" -. Se tali effetti ci saranno questi sono da correlare direttamente ai provvedimenti normativi primari che definiranno il livello di liberalizzazione e di apertura del mercato, non già al provvedimento dell'Autorità la cui unica valenza è, al più, quella di creare condizioni più favorevoli all'effettività di tale processo.
- Quanto poi al rilievo secondo il quale il diritto di recesso viene riconosciuto per un periodo limitato di tempo, si osserva che si tratta, ancora una volta, di una mediazione tra due diverse esigenze: quella di assicurare la libertà contrattuale e quella di tutela della concorrenza nella fase di avvio del mercato libero. La finalità della limitazione temporale all'esercizio del diritto di recesso è quella, da una parte, di assicurare che nel corso dell'anno successivo alla data di apertura del mercato il cliente abbia la facoltà di scegliere se rimanere o meno vincolato al fornitore originario, e, dall'altra parte, di salvaguardare il fornitore originario nel senso che il diritto di recesso unilaterale decade se trascorso questo primo anno non sia stato esercitato.

2.2 Profilo tariffario

Sotto questo profilo preme innanzitutto ricordare che nel documento per la consultazione l'Autorità osservava di aver riscontrato, da parte di uno degli operatori che beneficiano del regime di esclusiva, il tentativo di avvalersi della leva dei prezzi per precludere l'accesso al mercato di nuovi competitori. Tale finalità è stata perseguita attraverso la concessione di condizioni tariffarie molto favorevoli che non trovavano né analogie né fondamento nel regime tariffario attuale. L'Autorità concludeva segnalando che stava procedendo ad ulteriori approfondimenti finalizzati a verificare l'effettiva esistenza dei presupposti per un intervento, qualora fosse riscontrata una violazione del regime tariffario vigente.

L'esame della documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria conoscitiva e delle osservazioni scritte che sono pervenute all'Autorità in occasione della consultazione dei soggetti interessati,

hanno confermato che, effettivamente l'Enel Spa, sta applicando condizioni tariffarie e di fornitura in violazione della vigente disciplina.

L'Enel Spa, secondo quanto riportato nelle sue osservazioni al documento per la consultazione, ha cercato, in questi ultimi anni, di adattarsi e parametrarsi alle mutate esigenze del mercato adottando “nuove formule contrattuali sia attraverso l'introduzione di “avviamenti” (di durata anche triennale) più adeguati alle nuove istanze, sia definendo accordi a livello di gruppo industriale”. Tutto ciò, a suo dire, nel contesto della normativa attuale e in attesa di un processo di definizione del nuovo assetto del settore elettrico.

Dalla sostanza delle indicazioni fornite nel documento sembra si possa desumere che, in ultima analisi, l'Enel Spa consideri il vigente ordinamento tariffario come una cornice di principi, all'interno della quale muoversi interpretando secondo le contingenti esigenze commerciali le disposizioni tariffarie.

La valutazione di tale impostazione deve muovere dalla osservazione del fatto che l'Enel Spa opera in un regime, almeno nella fase attuale, caratterizzato da “prezzi amministrati” il che comporta che i provvedimenti tariffari, indipendentemente dalla loro natura giuridica (atti amministrativi o atti normativi) abbiano valore imperativo e si impongono alle parti restringendone l'autonomia contrattuale. Il meccanismo operativo è quello di cui all'articolo 1339 c.c., ai sensi del quale “ le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge [o da norme corporative] sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione di clausole difformi apposte dalle parti”. In ragione di questo meccanismo qualsiasi clausola contrattuale difforme è necessariamente nulla.

Queste sono le infrazioni al regime tariffario che sarebbero riscontrabili dall'esame della documentazione contrattuale consegnata:

- a) è stata applicata la “tariffa binomia con clausola di supero a corrispettivo unitario” in violazione a quanto previsto dal capitolo II del provvedimento del Comitato interministeriale dei prezzi (di seguito: Cip) 14 dicembre 1993, n.15, pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie generale del 24 dicembre 1993. Detto provvedimento prevede che per le forniture in locali e luoghi diversi dalle abitazioni non regolate dalle tariffe multiorarie”, per i prelievi eccedenti la potenza contrattualmente impegnata e contenuti entro il 25 % della stessa, l'utente corrisponderà per il solo mese in cui tali superi si siano verificati, un corrispettivo, per ogni kWh di maggior prelievo, pari a tre volte quello corrispondente alla potenza contrattualmente impegnata; per eventuali prelievi di potenza, di carattere eccezionale, superiori al 25 % oltre la potenza contrattualmente impegnata di cui al precedente capoverso, l'utente corrisponderà, per il solo mese in cui tali prelievi si siano verificati, un importo, per ogni kWh di maggior prelievo oltre il 25 %, pari a quattro volte quello corrispondente alla potenza contrattualmente impegnata”;
- b) la potenza prelevata è stata determinata assumendo il valore medio del prelievo effettuato nel periodo di 30 minuti primi consecutivi di maggior carico e ciò in palese contrasto con quanto previsto dai provvedimenti Cip 14 settembre 1979, n. 36, pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie generale n. 263 del 25 settembre 1979, capitolo I, paragrafo B), punto b, e Cip 23 dicembre 1982, n. 58, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Supplemento straordinario, n.358 del 30 dicembre 1982, titolo II, punto 3. In detti provvedimenti viene precisato che per le forniture a tariffe non multiorarie “come potenza prelevata si assume il valore medio del prelievo effettuato nel periodo di 15 minuti primi consecutivi di maggior carico”, mentre per le forniture a tariffe multiorarie “si assume come potenza prelevata il valore medio dei tre prelievi di ciascun mese, effettuati nei periodi di 15 consecutivi minuti primi di maggior carico di ogni fascia oraria”;

- c) sono stati stipulati contratti unici per un insieme di forniture cui corrispondono diversi punti di consegna in netto contrasto con quanto indicato ai punti 4 e 7 del titolo I del provvedimento Cip 30 luglio 1986, n.42, pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie generale n.181 del 6 agosto 1986. Detto provvedimento del Cip prevede che “la consegna e la misura dell’energia si effettuano nel luogo di utilizzazione della fornitura,...” e “a ciascun punto di consegna corrisponde una fornitura di energia elettrica a se stante”.

3. Valutazioni conclusive

3.1 Aspetti contrattuale

Per quanto concerne il profilo contrattuale, alla luce delle considerazioni su esposte, si ritiene che dalla consultazione non siano emerse controindicazioni circa gli interventi prospettati nel documento di consultazione dell’Autorità.

Si ritiene pertanto che nulla osti all’adozione di una direttiva di comportamento ai sensi dell’articolo 2, comma 12, lettera h), della legge n.481/95 che imponga agli esercenti di inserire nei contratti con potenziali clienti eleggibili una clausola di recesso unilaterale a favore del cliente.

3.2 Profilo tariffario

Per quanto concerne il profilo tariffario, è opportuno ricordare che, ai sensi dell’articolo 28 della convenzione di concessione Enel Spa del 28 dicembre 1995, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 39 del 16 febbraio 1996 “La Società è obbligata ad applicare a tutti i propri utenti le tariffe, i contributi di allacciamento e le condizioni di fornitura fissati dalle norme e disposizioni vigenti, salvo modifiche disposte, ai sensi dell’articolo 3, commi 1 e 7 della legge n. 481/95, dal Ministro dell’industria del commercio e dell’artigianato o dall’Autorità.

E’ facoltà della società quando ne sussistano i presupposti e le condizioni proporre all’Autorità, in conformità alle procedure di cui all’articolo 3 comma 4 della legge n. 481/1995, nuove tariffe e trattamenti particolari connessi a controprestazioni dell’utenza o ad altre esigenze di carattere generale”.

Stanti le argomentazioni sopra esposte vi sono elementi per ritenere che l’Enel Spa sia venuta meno a tale obbligo applicando condizioni di fornitura e prezzi non conformi a quanto prescritto dalle norme e disposizioni vigenti in materia tariffaria, senza preventivamente proporre all’Autorità modifiche in tal senso a detta disciplina e esserne autorizzata.

Al riguardo si ritiene opportuno che l’Autorità svolga ulteriori approfondimenti al fine di delimitare analiticamente i riscontri e di prefigurare gli eventuali interventi di competenza dell’Autorità, rinviando ad una ulteriore delibera l’esercizio di propria competenza ai sensi della legge n. 481/95 e della convenzione di concessione delle attività elettriche dell’Enel approvata con decreto del Ministero dell’industria, del commercio e dell’artigianato 28 dicembre 1995 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 39 del 16 febbraio 1996.