

26 settembre '06

Audizione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, Cons. Antonio Catricalà, presso la Commissione attività produttive della Camera dei Deputati – 26 settembre 2006 – sulla segnalazione dell'Autorità garante in merito alle modalità di alienazione delle partecipazioni azionarie di ENEL in Eurogen, Elettrogen e Interpower.

Onorevole Presidente, onorevoli deputati,

nel testo che segue esporrò la ricostruzione del contesto e delle ragioni che hanno indotto l'Autorità garante che presiedo a formulare la segnalazione in merito alla violazione delle regole stabilite nella prima fase del processo di liberalizzazione dei mercati elettrici, con riferimento ai limiti posti alle partecipazioni da parte di soggetti pubblici al capitale delle società cui era stata attribuita la titolarità degli impianti già appartenenti all' ENEL.

Infine, darò conto della insorta esigenza di approfondimenti conoscitivi del mercato elettrico e della conseguente opportunità di svolgere un aggiornamento/integrazione dell'indagine conoscitiva sui mercati dell'energia elettrica, chiusa all'inizio del 2005.

Il contesto nel quale si è verificata la vicenda.

Il D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79, che ha recepito la Direttiva 96/92/CE, ha introdotto misure tese a liberalizzare il mercato elettrico, a partire proprio, per quanto di interesse, dalle attività di produzione e importazione di energia elettrica, fatte salve le funzioni di indirizzo del Governo e le attribuzioni dell'AEEG, *“con particolare riferimento all'art. 2, comma 12, della l. n. 481/95”* (art. 1, commi 1 e 5 del D.Lgs. n. 79/99).

Più precisamente, con riguardo all'attività di produzione, l'art. 8 del D.Lgs. n. 79/99 aveva previsto che:

- i) a decorrere dal 1° gennaio 2003, a nessun soggetto fosse consentito produrre o importare, direttamente o indirettamente, più del 50 per cento del totale dell'energia elettrica prodotta e importata in Italia. Nel caso in cui tale soglia, calcolata come media su base triennale, fosse stata superata, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato avrebbe adottato i provvedimenti di cui all'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287;
- ii) a tale scopo, entro la stessa data, ENEL avrebbe dovuto cedere non meno di 15.000 MW della propria capacità produttiva (la c.d. cessione delle tre “Genco”), secondo il piano di cessione e le modalità di alienazione determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, di concerto con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

Sulla base dell'art. 8, comma 3, del D.Lgs. n. 79/99, sono stati adottati il D.P.C.M. 4 agosto 1999, che ha approvato il piano per le cessioni degli impianti, a seguito del quale ENEL ha costituito le tre società di generazione (le c.d. tre “Genco”), cui ha trasferito i propri impianti, e il D.P.C.M. 8 novembre 2000 che ha determinato le modalità di alienazione delle partecipazioni azionarie detenute da ENEL in tali società.

Il D.P.C.M. 8 novembre 2000 ha ribadito che la dismissione delle partecipazioni di ENEL nelle “Genco” avvenisse mediante trattativa diretta – modalità scelta con DM del 25 gennaio 2000 – precisando che alla trattativa potevano essere ammessi soggetti, singoli o agenti di concerto tra loro, rispetto ai quali l'eventuale partecipazione al capitale sociale di enti pubblici, anche economici, o di imprese pubbliche, italiane o estere, avrebbe dovuto essere complessivamente limitata, per un periodo non inferiore a cinque anni, nella misura massima del 30%, con l'impegno da parte dell'acquirente o degli acquirenti, a mantenere stabile l'assetto azionario per il medesimo periodo.

Il D.P.C.M. in questione non determina l'autorità competente a vigilare sul rispetto del limite del 30%, né le conseguenze dell'eventuale superamento di esso nel periodo minimo di cinque anni sopra ricordato.

In questo contesto normativo, l'Autorità che presiede e la Commissione sono intervenute su più questioni:

- a) nel 2002, la Commissione Europea ha autorizzato l'operazione di concentrazione con cui Edison, appartenente al gruppo Italoenergia, a sua volta controllato dal gruppo Fiat, ha acquisito il controllo di Eurogen, mediante acquisto di azioni, per il tramite di una società di nuova costituzione denominata Edipower¹;
- b) nel 2003, l'Autorità ha ritenuto non restrittiva l'intesa comunicata da Edipower, riguardante gli accordi da questa stipulati - per un periodo di otto anni dalla cessazione del sistema transitorio di offerte di vendita dell'energia elettrica (c.d. STOVE) - con le società EDISON Trading, AEM Trading, ATEL Energia e SIET, al fine di disciplinare l'utilizzo in via esclusiva della capacità di generazione delle unità di produzione di proprietà di Edipower²; tali accordi realizzavano l'obiettivo finale dell'operazione di acquisizione del controllo esclusivo di Eurogen (oggi Edipower) da parte di Edison - autorizzata dalla Commissione -, ossia la condivisione e lo sfruttamento in comune da parte dei soci industriali degli impianti di generazione di Eurogen, secondo quote prestabilite³;

¹ Cfr. la decisione del 3 maggio 2002, caso n. COMP/M. 2792, Edison/Edipower/Eurogen, in GUCE n. C 217, del 13 settembre 2002, pag. 16.

² Cfr. il citato provvedimento del 22 dicembre 2003, n. 12742.

³ In particolare, i soci industriali di Edipower (ossia Edison, Aem S.p.A., Aar e Ticino SA di Eletticità e Aem Torino S.p.A.) avevano sottoscritto, in data 4 marzo 2002, un Accordo Quadro che contemplava l'obbligazione, in caso di aggiudicazione ad essi di Eurogen, di stipulare con tale società contratti di tolling, al fine di disporre in via esclusiva della totalità della capacità produttiva e dell'energia elettrica prodotta da Eurogen, ai sensi dell'art. 8 del D. Lgs. n. 79/99 e degli artt. 1 e 2 del DPCM 4 agosto 1999.

- c) nel 2004, l'Autorità ha ritenuto restrittive della concorrenza due intese intercorse fra Enel Produzione S.p.A., Enel Green Power S.p.A., Endesa Italia S.r.l., Edipower (Edison) e Tirreno Power S.p.A. (ACEA), costituite, rispettivamente, dalla partecipazione di esse all'organismo denominato *Team Energy Management* – TEM e dalla decisione, adottata nell'ambito del Comitato STOVE, di utilizzare valori *benchmark* dei costi di generazione per l'organizzazione del dispacciamento e la previsione di soglie di tolleranza nel margine del $\pm 5\%$. Questa seconda intesa è stata autorizzata, ai sensi dell'art. 4, comma 1, della legge n. 287/90, fino al 1° ottobre 2004, in ragione dei profili di rilevante interesse pubblico propri del rifornimento di energia elettrica⁴;
- d) nel 2005, la Commissione Europea ha autorizzato la concentrazione relativa all'acquisizione del controllo congiunto da parte di EDF e di AEM su Edison, attraverso l'impresa comune TdE⁵.

In particolare, quest'ultima operazione nasce dall'esercizio dei diritti di opzione alla vendita delle azioni in IEB a favore di Electricité de France S.A. (di seguito EDF), che deteneva una partecipazione non di controllo in IEB pari al 18%, con esercizio del diritto di voto limitato al 2%. Venuto meno tale limite per effetto della sentenza della Corte di Giustizia del 2005⁶, EDF e AEM hanno raggiunto un accordo per acquisire il controllo congiunto di Edison, attraverso le seguenti fasi:

- EDF ha acquisito il controllo di IEB, che poi ha venduto a TdE le restanti azioni ordinarie e garanzie sul capitale di Edison. In questo modo, TdE (e dunque, indirettamente, EDF e AEM) ha acquisito il controllo di Edison. Nei 30 giorni successivi a tale momento, TdE, ha lanciato un'OPA obbligatoria sulle azioni residue di Edison.
- inoltre, poiché, a seguito di tali passaggi, TdE ha raggiunto fra il 51% e il 60% delle azioni di Edison, EDF detiene *“una partecipazione diretta in Edison che, aggiunta alla metà delle azioni di EDF in TdE, consentirà a EDF di raggiungere il 50% delle azioni di voto di Edison”*.

Dunque, a seguito di questa operazione, autorizzata dalla Commissione europea EDF, interamente posseduta dallo Stato francese, e AEM S.p.A., controllata dal Comune di Milano, hanno acquisito, attraverso un'impresa comune, il controllo congiunto di Edison S.p.A. (di seguito Edison)

⁴ Cfr. provvedimento del 10 giugno 2004, n. 13268, Enel Produzione-Endesa Italia (1530), in Boll. n. 24/04.

⁵ Cfr. la decisione del 12 agosto 2005, caso n. COMP/M. 3729, EDF/AEM/Edipower, non ancora pubblicata.

⁶ L'art. 1, comma 1, del decreto legge n. 192/2001 prevedeva la sospensione automatica dei diritti di voto eccedenti il 2% per i soggetti pubblici operanti nel settore dell'energia in altri Stati membri, al fine di evitare «attacchi (...) anticoncorrenziali da parte di » tali soggetti. Con la sentenza del 2 giugno 2005, causa C-174/04, *Commissione/Italia*, la Corte di Giustizia ha dichiarato che tale disposizione costituisce una restrizione alla libera circolazione dei capitali vietata, in linea di principio, dall'art. 56 CE.

in misura del 50% ciascuna⁷, violando in questo modo il limite disposto dal citato D.P.C.M. 8 novembre 2000. Infatti, Edison ha a sua volta acquisito Eurogen S.p.A. (di seguito Eurogen) - una delle c.d. Genco (insieme a Elettrogen SpA e Interpower SpA) cedute da ENEL SpA (di seguito ENEL) in ottemperanza all'art. 8, comma 1, del D.Lgs. 16 marzo 1999 n. 79 – che ha ora acquisito la denominazione di Edipower S.p.A.. Pertanto, l'acquisizione del controllo congiunto di Edison da parte di EDF e di AEM fa sì che la misura della partecipazione, seppure indiretta, di tali imprese pubbliche in Eurogen (ora Edipower S.p.A.) superi ampiamente la descritta soglia del 30%.

Le conseguenze del mancato rispetto del limite posto dal D.P.C.M. 8 novembre 2000 alle partecipazioni pubbliche: violazione delle procedure di alienazione e alterazione della *par condicio* sul mercato.

La violazione del limite posto dal citato DPCM, a parere dell'Autorità, costituisce un fatto molto grave in quanto ha pregiudicato lo sviluppo non distorto di un mercato liberalizzato. Con l'introduzione del limite del 30% alla partecipazione di imprese ed enti pubblici al capitale delle c.d. Genco, si era voluto completare il processo di liberalizzazione del settore dell'energia elettrica, avviato dal D. Lgs. n. 79/99, stabilendo una correlazione stretta tra il processo di liberalizzazione e la privatizzazione degli asset in mano pubblica.

L'apertura alla concorrenza del mercato elettrico costituiva un'occasione di notevole rilievo per consentire l'ingresso sul mercato di nuovi soggetti privati, sviluppando così nuove imprenditorialità che avrebbero aumentato il grado di concorrenza in un mercato tradizionalmente caratterizzato dalla presenza di imprese pubbliche. Tale più intensa concorrenza si sarebbe poi dovuta riflettere in sostanziali benefici sia per le imprese utilizzatrici di energia, sia per i consumatori finali. A tale scopo, era stato posto il limite alle partecipazioni pubbliche nelle società a cui erano stati assegnati gli impianti ex-Enel. Il mancato rispetto del limite individuato dal citato D.P.C.M. appare, dunque, tradire lo spirito ed i principi che hanno ispirato il processo di liberalizzazione e di privatizzazione del settore dell'energia.

Il superamento del limite indicato ha in sostanza integrato la violazione delle regole della procedura di dismissione delle GENCO, che condizionavano esplicitamente la trattativa diretta al rispetto di quel limite.

Inoltre, il superamento del limite ha determinato l'alterazione della *par condicio* nel mercato. Si deve, infatti, osservare che il diverso comportamento adottato dalle imprese pubbliche rispetto al citato limite del 30% ha prodotto effetti distorsivi sul mercato. Infatti, vi sono alcuni soggetti, controllati da enti pubblici, che, ritenendo giustamente di dovere rispettare tale limite, hanno dovuto perseguire politiche di espansione fondate esclusivamente sulla crescita interna, con ingenti oneri. Al contrario, altre imprese, sempre in mano pubblica, che, in spregio alla disposizione del D.P.C.M. citato, hanno superato tale limite, hanno potuto così accrescere la loro dimensione sul mercato

⁷ Cfr. la decisione del 12 agosto 2005, caso n. COMP/M. 3729, *EDF/AEM/Edipower*, non ancora pubblicata.

attraverso un processo di acquisizione assai meno oneroso e più rapido. Ciò evidentemente ha determinato ingiustificate disparità tra gli operatori presenti sul mercato.

Il D.P.C.M. 8 novembre 2000 come *lex minus quam perfecta* e l'opportunità di un intervento chiarificatore.

L'Autorità ha, poi, rilevato che la formulazione del citato D.P.C.M. non definisce le conseguenze a carico dei trasgressori e, per tale ragione, non riesce ad impedire comportamenti quali quelli stigmatizzati. Ecco perché l'Autorità ha ritenuto suo dovere accertare l'esistenza della violazione, affinché essa possa essere eventualmente sanata con opportuni interventi volti a riequilibrare la situazione di mercato alterata o, quanto meno, a conferire una maggiore certezza al quadro normativo, essenziale di per sé al corretto svolgimento delle dinamiche competitive.

In particolare, allo scopo di realizzare un'effettiva privatizzazione, potrebbe essere reiterato il vincolo imposto alle partecipazioni pubbliche (circostanza, in fondo, ammessa dallo stesso tenore letterale del DPCM del 2000, il quale afferma “*per un periodo non inferiore a cinque anni*”) e dovrebbero, in questo caso, essere attribuiti all'Autorità garante della concorrenza gli adeguati poteri per imporne l'effettivo rispetto.

La necessità di ulteriori approfondimenti sui mercati, anche con riferimento agli eventuali effetti concorrenziali che possono derivare delle modifiche negli assetti societari nel frattempo verificatesi.

Il quadro di mercato tenuto presente nell'indagine conoscitiva IC22 “*Sullo stato di liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale*”, condotta congiuntamente con l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, (le cui conclusioni sono state formulate nel febbraio del 2005) sembra aver subito cambiamenti importanti.

L'anno 2005, infatti, è stato caratterizzato da una serie di modifiche concernenti la struttura dell'offerta e le regole di funzionamento del mercato elettrico, in particolare:

- a. nel corso del 2005, ha fatto ingresso nel mercato nuova capacità di generazione e/o *repowering* di impianti esistenti a disposizione di soggetti diversi dall'operatore dominante, sono state potenziate alcune linee di interconnessione tra macrozone, nonché avviata la domanda attiva nel sistema delle offerte;
- b. con decisione del 12 agosto 2005, la Commissione Europea ha analizzato l'operazione di concentrazione (Caso n. IV/M.3729 - EDF / AEM / EDISON), dichiarando compatibile con le norme del mercato comune l'acquisizione del controllo congiunto di Edison Spa da parte delle società EDF e AEM Spa;
- c. dal Rapporto Annuale del Gestore del Mercato per l'anno 2005, si desumono una serie di informazioni non sempre univoche: una crescita dei prezzi dell'energia elettrica a fronte di una sensibile riduzione del grado di concentrazione nel mercato; inoltre sembra risultare che pur diminuendo il numero di ore nella quali l'operatore dominante è stato indispensabile per il sistema, esso tuttavia ha determinato il prezzo

di borsa; analoghe considerazioni possono essere desunte dalle informazioni di mercato per i primi mesi del 2006;

Tutti questi elementi potrebbero lasciar pensare che un'evoluzione degli assetti nei mercati della vendita di energia elettrica all'ingrosso possa incidere sulle posizioni relative delle imprese attive e possa aver un riflesso sui rispettivi comportamenti di offerta.

Di fronte ad un simile quadro, è parso all'Autorità che presiedo opportuno procedere, congiuntamente con l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, ad un supplemento di indagine, al fine di valutare se le citate modifiche strutturali e regolatorie possano avere avuto impatto sulle configurazioni di mercato e sulle dinamiche competitive nel mercato della vendita di energia elettrica all'ingrosso in Italia.

Il supplemento di indagine, avviato l'8 agosto u.s. è ancora agli inizi e non è possibile fornire elementi certi.

Nello stesso arco di tempo, l'Autorità ha ricevuto circostanziate segnalazioni in merito alla presunta esistenza di stringenti legami tra alcuni grandi imprese in certe aree del nostro Paese che, se trovassero conferma, dimostrerebbero il formarsi di un pericoloso contesto collusivo, in relazione a cui l'Autorità non esiterebbe ad intervenire. Tuttavia, anche in questo caso, la valutazione è appena iniziata e non è possibile formulare alcuna considerazione neanche indicativa.