

DELIBERAZIONE 11 FEBBRAIO 2020

30/2020/S/GAS

IRROGAZIONE DI SANZIONI AMMINISTRATIVE PECUNIARIE E ADOZIONE DI PROVVEDIMENTI PRESCRITTIVI PER VIOLAZIONI IN MATERIA DI SEPARAZIONE FUNZIONALE E CONTABILE (UNBUNDLING)

**L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA
RETI E AMBIENTE**

Nella 1099^a riunione del 11 febbraio 2020

VISTI:

- la direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 (di seguito: direttiva 98/30/CE);
- la direttiva 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003 (di seguito: direttiva 2003/55/CE);
- la direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 (di seguito: direttiva 2009/73/CE);
- la legge 24 novembre 1981, n. 689 (di seguito: legge 689/81);
- l'articolo 2, comma 20, lett. c) e d), della legge 14 novembre 1995, n. 481 (di seguito: legge 481/95);
- il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 (di seguito: decreto legislativo 164/00);
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244 (di seguito: d.P.R. 244/01);
- l'articolo 11-*bis*, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, introdotto dalla legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80;
- l'art. 45 del decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93 (di seguito: decreto legislativo 93/11);
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità) 18 gennaio 2007, 11/07, recante 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, come successivamente modificato e integrato, come successivamente integrato e modificato (di seguito: TIU);
- la deliberazione dell'Autorità 23 settembre 2008, ARG/com 132/08 (di seguito: deliberazione ARG/com 132/08);
- la deliberazione dell'Autorità 20 aprile 2010, ARG/com 57/10 (di seguito: deliberazione ARG/com 57/10);

- 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: Regolamento Sanzioni);
- la deliberazione dell'Autorità 17 gennaio 2013, 8/2013/S/com (di seguito: deliberazione 8/2013/S/com);
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità 22 maggio 2014, 231/2014/R/com, recante Testo integrato *unbundling* contabile per le imprese operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas (di seguito: TIUC);
- la deliberazione dell'Autorità 29 maggio 2014, 240/2014/E/gas (di seguito: 240/2014/E/gas);
- la deliberazione dell'Autorità 20 novembre 2014, 568/2014/S/gas (di seguito: deliberazione 568/2014/S/gas);
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità 22 giugno 2015, 296/2015/R/com, recante Testo integrato delle disposizioni in merito agli obblighi di separazione (*unbundling*) funzionale per le imprese operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas, come successivamente modificato e integrato (di seguito: TIUF).

FATTO:

1. Con deliberazione 240/2014/E/gas l'Autorità ha approvato una verifica ispettiva in materia di separazione amministrativa e contabile (*unbundling*) nei confronti di un'impresa di distribuzione del gas naturale e di un'impresa di vendita appartenente al medesimo gruppo societario. In attuazione di ciò, nei giorni 4, 5 e 6 giugno 2014 è stata effettuata una verifica ispettiva nei confronti dell'impresa distributrice Valle Umbra Servizi S.p.A. (di seguito: VUS o società) e in data 4 giugno 2014 una verifica ispettiva nei confronti della società di vendita del gruppo VUS Com S.r.l. (di seguito: VUS Com).
2. Dall'esame delle informazioni e dei documenti acquisiti nel corso della verifica ispettiva è emersa l'inosservanza da parte di VUS, detentrica del 100% del capitale sociale di VUS Com, società del gruppo attiva nella vendita del gas naturale ai clienti finali, di diverse disposizioni del TIU.
3. Pertanto, con deliberazione 568/2014/S/gas l'Autorità ha avviato nei confronti di VUS il presente procedimento per accertare la violazione di alcune disposizioni in materia di separazione funzionale e contabile e per l'adozione di provvedimenti sanzionatori e prescrittivi ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c) e d) della legge 481/95.
4. In data 28 gennaio 2015 (prot. Autorità 3023) il responsabile del procedimento ha consentito l'accesso agli atti del procedimento, richiesto dalla società con nota 30 dicembre 2014 (acquisita con prot. Autorità 37957). Nella medesima nota la società ha chiesto di essere sentita in audizione finale davanti al Collegio.
5. Nel corso dell'istruttoria la società ha depositato una memoria (acquisita con prot. Autorità 2399 del 23 gennaio 2015). Successivamente, in risposta alla richiesta di informazioni del Responsabile del procedimento (prot. Autorità 19066 del 17 luglio

2019), la società ha inviato un'ulteriore memoria con allegata documentazione (acquisita con prot. 23028 del 12 settembre 2019).

6. Con nota 19 novembre 2019 (prot. Autorità 30410) il Responsabile del procedimento ha comunicato le risultanze istruttorie.
7. Con nota 27 dicembre 2019 (acquisita con prot. Autorità 35168) VUS ha trasmesso una ulteriore memoria difensiva.
8. Con lettera 13 gennaio 2020 (prot. Autorità 924), la società ha rinunciato all'audizione finale ritualmente convocata dall'Autorità per il 21 gennaio 2020.

VALUTAZIONE GIURIDICA:

Contesto normativo

9. Le disposizioni della legge 481/95 rispondono, tra l'altro, alla finalità di promuovere la concorrenza e l'efficienza nei settori dell'energia elettrica e del gas. La promozione della concorrenza è ostacolata nel caso in cui possano essere tratti sussidi incrociati e vantaggi informativi dalla gestione delle infrastrutture essenziali per lo sviluppo del mercato. In particolare, ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. f) della legge 481/95, l'Autorità emana le direttive per la separazione contabile e amministrativa e verifica i costi delle singole prestazioni per assicurare, tra l'altro, la loro corretta disaggregazione e imputazione per funzione svolta, al fine di impedire la sussidiatura incrociata tra attività. In attuazione di ciò, 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, disponendone l'entrata in vigore in corrispondenza con il primo esercizio che si apre dopo il 31 dicembre 2006 o, per le imprese che ne facciano richiesta e limitatamente alle disposizioni di cui alle Parti V (separazione contabile) e VI (separazione contabile semplificata) del medesimo TIU, col primo esercizio che si apre dopo il 31 dicembre 2007, e stabilendo al 1 gennaio 2008 il termine per la prima attuazione degli obblighi di separazione funzionale delle attività di cui all'art. 8, comma 1, del TIU.
10. Per quanto concerne la separazione funzionale, l'art. 7, comma 1, del TIU stabilisce che gli obblighi in materia di separazione funzionale si applicano all'impresa verticalmente integrata che opera in almeno una delle attività ivi elencate, tra cui la distribuzione del gas naturale (lett. h). Il comma 2 del medesimo articolo dispone che tali attività sono soggette agli obblighi di separazione funzionale "*quando vengono svolte in condizioni di separazione giuridica*". Il successivo comma 4 precisa che qualora l'impresa verticalmente integrata sia organizzata in forma di gruppo societario, la capogruppo esercita i propri poteri di indirizzo e controllo garantendo il rispetto delle finalità della separazione funzionale. L'impresa verticalmente integrata conferisce autonomia decisionale e organizzativa ad ogni attività di cui al citato art. 7, comma 1 (tra cui quella di distribuzione del gas naturale) e ne affida l'amministrazione ad un Gestore indipendente (di seguito: GI) (art. 8 del TIU), assicurando che non possano esserne componenti coloro che fanno parte di strutture societarie dell'impresa verticalmente integrata responsabili,

direttamente o indirettamente (...) nel settore del gas naturale (...) della vendita a clienti finali del gas naturale (art. 11, comma 3, lett. a) punto ii. del TIU). Il TIU disciplina dettagliatamente la figura del GI (art. 11) e ne individua gli obblighi (art. 12), tra cui quello di predisporre ed inviare all'Autorità un programma di adempimenti (di seguito: PdA), di cui garantisce l'osservanza, e di comunicare all'Autorità ogni sua modifica rilevante ai fini della separazione funzionale. Tra i compiti del GI vi è anche quello di nominare un garante per la corretta gestione delle informazioni commercialmente sensibili (di seguito anche: garante informazioni sensibili) gestite nell'ambito dell'attività oggetto di separazione funzionale (art. 15, comma 1, lett. d) del TIU) e di limitare l'accesso a dette informazioni (in particolare da parte di soggetti appartenenti all'impresa verticalmente integrata ma esterni al GI), definendo a tal fine una procedura che preveda la presentazione di richieste scritte motivate e la tenuta di un registro di tali richieste, accessibile in ogni momento all'Autorità (art. 15, comma 2, del TIU).

11. Per quanto riguarda la separazione contabile, l'art. 25 del TIU, inerente alle transazioni nell'ambito del gruppo societario, stabilisce che la valorizzazione delle cessioni dei beni e delle prestazioni di servizio interne al gruppo societario debba avvenire in base al principio del prezzo di libera concorrenza tra le parti (vale a dire il prezzo che sarebbe stato concordato tra imprese indipendenti per operazioni identiche o simili nel libero mercato) (comma 1) e che, al fine della verifica del rispetto di ciò, l'esercente sia tenuto a conservare per almeno 10 anni tutta la documentazione necessaria, tra cui, come minimo, quella ivi elencata (contratti di servizio, modalità di calcolo dei prezzi unitari di trasferimento, consuntivo delle operazioni registrare) (comma 2).

Contestazioni

12. Sulla base degli elementi acquisiti dagli Uffici, con deliberazione 568/2014/S/gas l'Autorità ha contestato a VUS che:
 - a) con riferimento alla separazione funzionale:
 - i. la struttura del gruppo VUS e, in particolare, il fatto che la società di vendita sia direttamente controllata al 100% dall'impresa di distribuzione, consentendo a quest'ultima di funzionalizzare, attraverso il controllo societario, l'operatività della società di vendita, è in contrasto con l'art. 8 del TIU (ora art. 7 del TIUF) ai sensi del quale l'impresa verticalmente integrata conferisce autonomia decisionale ed organizzativa, tra l'altro, all'attività di distribuzione del gas, separandola amministrativamente da tutte le altre attività, tra cui l'attività di vendita ai clienti finali del gas naturale; il contrasto è anche con l'art. 11, comma 3, lett. a), punto ii. del TIU (ora art. 10, comma 1, lett. a), punto ii. del TIUF), perché un membro del GI, tale nella sua qualità di membro del Consiglio di Amministrazione (di seguito CdA) di VUS, si trova nella situazione di incompatibilità di cui alla predetta disposizione, facendo parte di una struttura societaria (il CdA di VUS)

- che indirettamente, ossia per il tramite della controllata VUS Com, gestisce l'attività di vendita del gas naturale ai clienti finali; inoltre, la stessa composizione del GI è in contrasto con l'art. 11, comma 5, del TIU (ora art. 9, comma 2, del TIUF) non ricorrendo due delle tre condizioni che consentono alla società di prevedere che non tutti i consiglieri di amministrazione siano componenti del GI;
- ii. VUS, anziché limitarsi all'esercizio dei poteri di indirizzo e controllo propri della società capogruppo, dal 2004 ha svolto – tramite i propri dipendenti e per conto della società di vendita – attività proprie dell'attività di vendita, come risulta dalla “convenzione per la fornitura di *services*” stipulata da VUS con la sua controllata VUS Com, quali il “recupero dei crediti” e l’“assistenza e consulenza strategico-commerciale”, nonché dal 2013 mediante proprio personale in comando, in violazione dell'art. 7, comma 4, del TIU (ora art. 13, comma 1, del TIUF);
 - iii. il GI non ha garantito l'osservanza del PdA che prevedeva la predisposizione di un elenco nominativo del personale coinvolto nell'attività di distribuzione (e la sua affissione nella bacheca aziendale), senza procedere alla modifica dello stesso PdA, in violazione dell'art. 12, commi 2 e 5, del TIU (ora art. 14, commi 5 e 6, del TIUF); tuttavia ai sensi dell'art. 14, comma 7, del TIUF le imprese con meno di 100.000 PdR sono esonerate dagli obblighi di predisposizione del PdA;
 - iv. il garante informazioni sensibili è stato nominato dal CdA di VUS, anziché dal GI, in contrasto con l'art. 15, comma 1, lett. d), del TIU (previsione abrogata dal 1 gennaio 2016);
 - v. il GI non ha adottato una procedura per l'accesso alle informazioni commercialmente sensibili, in violazione dell'art. 15, comma 2, del TIU;
- b) con riferimento alla separazione contabile:
- vi. con riguardo alla convenzione tra VUS e VUS Com del 2004, avente tra l'altro ad oggetto servizi della società di vendita che per loro natura non possono essere svolti dall'impresa di distribuzione del gruppo, ed alla successiva convenzione del 2014, l' esercente – in violazione dell'art. 25, comma 2, del TIU (ora art. 19, comma 2, del TIUC) – non ha conservato la documentazione necessaria a verificare il rispetto del principio del prezzo di libera concorrenza di cui all'art. 25, comma 1, del TIU (ora art. 19, comma 1, del TIUC).

Argomentazioni di VUS di carattere preliminare

13. Nella memoria difensiva 23 gennaio 2015 (prot. Autorità 2399) la società chiede, in via principale, l'archiviazione del presente procedimento e, in subordine, l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura del minimo edittale. Ad avviso della società, infatti, in considerazione dell'asserita cessazione di tutte le condotte contestate, il presente procedimento avrebbe già realizzato la

funzione deterrente e un'eventuale sanzione di importo superiore al minimo edittale sarebbe inutile ed ingiustificata.

14. Nella successiva memoria, trasmessa in data 12 settembre 2019 (prot. Autorità 23028), VUS reitera la richiesta di archiviazione del presente procedimento, contestando altresì la legittimità della richiesta di informazioni inviata dal Responsabile del procedimento.
15. La società deduce che la richiesta istruttoria del Responsabile del procedimento sarebbe illegittima per i seguenti motivi:
 - a) violazione del termine di conclusione del procedimento, in quanto la richiesta sarebbe stata inviata quando era già decorso il termine di conclusione del procedimento indicato nella deliberazione di avvio;
 - b) violazione dell'oggetto del procedimento come definito dalle deliberazioni 240/2014/E/gas e 568/2014/S/gas, poiché la richiesta istruttoria riguarderebbe la situazione di VUS rispetto agli attuali obblighi di separazione funzionale e contabile e comporterebbe dunque un'indebita estensione dell'oggetto del procedimento sanzionatorio avviato con deliberazione 568/2014/S/gas volto, invece, all'accertamento di eventuali violazioni delle disposizioni *pro tempore* vigenti.
16. La società avrebbe quindi fornito le informazioni e i chiarimenti richiesti dal Responsabile del procedimento solo per trasparenza, lealtà e spirito di collaborazione, e comunque *“nei limiti di quanto pertinente con l'oggetto del procedimento”*.
17. Nella nota 27 dicembre 2019 (prot. Autorità 35168) la società insiste con le argomentazioni di cui sopra.

Valutazione delle argomentazioni di VUS di carattere preliminare

18. Le ragioni dedotte dalla società sono prive di pregio.
19. Anzitutto va disattesa la tesi della società secondo la quale la cessazione delle condotte contestate nel procedimento sanzionatorio, assorbirebbe la sua funzione deterrente, rendendo conseguentemente inutile e ingiustificata un'eventuale sanzione. Infatti, la mera cessazione delle violazioni contestate non è comunque sufficiente a realizzare la funzione deterrente, ovvero a dissuadere il soggetto sanzionando (funzione specialpreventiva) e la collettività (funzione generalpreventiva) dal commettere in futuro il fatto oggetto di procedimento sanzionatorio. Ciò perché, privando la sanzione del suo carattere afflittivo, si finirebbe per porre sullo stesso piano coloro che *ab origine* hanno rispettato il comando primario e coloro che per farlo hanno avuto bisogno di una contestazione formale.
20. In secondo luogo, contrariamente a quanto affermato dalla società alcune delle condotte contestate persistono (cfr. *infra*).
21. Per quanto riguarda la dedotta illegittimità della richiesta di informazioni del Responsabile del procedimento per asserita violazione del termine di conclusione del presente procedimento sanzionatorio, come noto il termine *de quo* non ha

carattere perentorio, ma meramente ordinatorio, non essendo previsto dal legislatore a pena di decadenza. La rilevanza che il decorso del tempo può avere ai fini della validità degli atti (processuali e/o) procedurali rientra nel libero apprezzamento del legislatore nazionale e, pertanto, al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate dalla legge, il decorso del tempo non comporta la consumazione o l'estinzione del potere sanzionatorio, con la conseguente conservazione dell'azione procedimentale punitiva. Analogo ragionamento vale per il superamento del termine di conclusione della fase istruttoria. Ne consegue la legittimità della richiesta di informazioni inviata ai sensi dell'art. 10 del Regolamento Sanzioni.

22. Né risulta conferente il richiamo alla giurisprudenza in materia di proroga dei termini del procedimento, riferendosi questa a procedimenti sanzionatori dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) regolati dal d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217. L'argomentazione difensiva non tiene conto della disciplina speciale delineata dal d.P.R. 244/2001 che, *ratione temporis*, si applica al presente procedimento e che non prevede che il termine di conclusione del procedimento vada prorogato nel caso in cui esso non possa essere rispettato in considerazione della complessità dell'istruttoria (cfr. punti 23 e 24). D'altra parte, il Consiglio di Stato, con la stessa sentenza richiamata dalla Società, ha avuto modo di escludere che l'illegittimità dei provvedimenti di proroga – situazione assimilabile a quella nella quale, in considerazione dell'ordinarietà del termine di conclusione del procedimento, non sia stata adottata alcuna proroga – si ripercuota sulla validità del provvedimento conclusivo dell'istruttoria.
23. Peraltro, il presente procedimento involge plurime e differenti questioni, alcune delle quali di particolare complessità. Ed è proprio la complessità del procedimento il parametro per valutare la ragionevolezza della sua durata, secondo la giurisprudenza che pure VUS richiama. In particolare, il presente procedimento si caratterizza per accertamenti complessi che da un lato richiedono una approfondita conoscenza dei fatti e quindi un'articolata istruttoria e, dall'altro, un completo contraddittorio con il soggetto destinatario dell'atto di avvio del procedimento, al fine di consentire a quest'ultimo un pieno esercizio del diritto di difesa.
24. Nel presente procedimento, avviato anche per l'adozione dell'ordine di cessazione delle condotte lesive dei diritti degli utenti ex art. 2, comma 20, lett. d) della legge 481/95, la circostanza del persistere della maggior parte delle condotte contestate al momento dell'invio della prima memoria della società ha reso necessaria la richiesta di informazioni del Responsabile del procedimento al fine di verificare se, a distanza di tempo, l'esercente si fosse adoperato per cessare gli illeciti, in modo da darne eventualmente conto nelle risultanze istruttorie. La richiesta istruttoria da un lato consente agli Uffici di acquisire elementi utili alla piena conoscenza degli eventuali mutamenti della situazione di fatto inerente alle contestazioni di cui alla deliberazione di avvio del procedimento e, dall'altro lato, permette all'interessato di dimostrare le eventuali iniziative *medio tempore* intraprese oppure, ove non l'abbia già fatto, di attivarsi in tal senso e/o infine di svolgere ulteriori difese, come in effetti è accaduto nel caso di specie. In altri termini, la richiesta del Responsabile

del procedimento è funzionale all'attività istruttoria e all'attività difensiva. Quanto al primo profilo, le informazioni inviate da VUS in risposta alla richiesta istruttoria assumono rilievo al fine di valutare la persistenza o meno della necessità di adottare un provvedimento prescrittivo all'esito del presente procedimento.

25. In ordine alla pretesa illegittimità della richiesta di informazioni per presunta violazione dell'oggetto del procedimento, come già esposto, la richiesta istruttoria era volta a verificare l'eventuale intervenuta cessazione di tutte o alcune delle condotte contestate a VUS. Peraltro, nonostante le modifiche regolatorie intervenute dopo l'avvio del presente procedimento (con deliberazioni 231/2014/R/com e 296/2015/R/com), molte delle disposizioni contenute nel TIU sono rimaste pressoché identiche e gli obblighi in capo agli esercenti sono rimasti gli stessi.
26. Pertanto, con riguardo agli obblighi di separazione funzionale e contabile rimasti immutati, per i quali è variato solo il *nomen* delle disposizioni che li prevedono (come si desume dai richiami contenuti nel precedente paragrafo relativo alle contestazioni) – quali l'obbligo della capogruppo di esercitare i poteri di indirizzo e controllo garantendo il rispetto delle finalità della separazione funzionale, il divieto di nominare nel GI coloro che fanno parte di strutture societarie dell'impresa verticalmente integrata responsabili, anche indirettamente, della vendita a clienti finali del gas naturale, l'obbligo di valorizzare le transazioni all'interno del gruppo societario in base al principio del prezzo di libera concorrenza e di conservare per almeno 10 anni la documentazione necessaria a verificarne il rispetto – è stato coerentemente chiesto a VUS di dare conto della situazione attuale fornendo prova di un'eventuale intervenuta modifica della situazione dalla medesima rappresentata nella memoria 23 gennaio 2015. Per quanto concerne, invece, gli obblighi caducati dalle successive modifiche regolatorie – quali l'obbligo per le imprese di distribuzione di gas naturale con meno di 100.000 PdR di predisposizione di un PdA (art. 14, comma 7, del TIUF) e l'obbligo di nomina del garante informazioni sensibili – è stato chiesto alla società di comunicare se, prima del venire meno di detti obblighi (che peraltro la richiesta di informazioni richiamava), la società avesse adempiuto agli stessi. Con la richiesta istruttoria, dunque, non si è operata alcuna estensione dell'oggetto del procedimento, trattandosi, con tutta evidenza, degli stessi obblighi di separazione funzionale e contabile di cui alla deliberazione di avvio del procedimento.
27. Le ulteriori deduzioni della società inerenti alla quantificazione della sanzione sono esaminate nel paragrafo a ciò destinato

Argomentazioni di VUS in merito alla violazione sub i.

28. Quanto alla violazione relativa all'incompatibilità della struttura societaria del gruppo con le regole di separazione funzionale, ad avviso della società la dedotta circostanza che la capogruppo VUS – esercente l'attività di distribuzione del gas naturale e all'interno della quale è stato istituito il GI che amministra tale attività –

detenga il 100% del capitale sociale di VUS Com – esercente l’attività di vendita di gas naturale – sarebbe conforme alle norme europee e nazionali in materia.

29. Argomentando al contrario, infatti, la capogruppo VUS sarebbe costretta a scorporare l’attività di distribuzione del gas all’interno di un’altra società che non controlli VUS Com, laddove un obbligo di separazione societaria ulteriore – oltre a quello di cui all’art. 21, comma 2, del decreto legislativo 164/00, ai sensi del quale *“(…) l’attività di distribuzione di gas naturale è oggetto di separazione societaria da tutte le altre attività del settore del gas”* – non sarebbe previsto né dalle direttive comunitarie, né dalle legge nazionali. Ciò troverebbe conferma sia nell’art. 8 del TIU, che parla di separazione amministrativa delle attività soggette all’*unbundling* funzionale, sia nel chiarimento pubblicato sul sito internet dell’Autorità, nella sezione *Domande e risposte frequenti sulla deliberazione 18 gennaio 2007, n. 11/07 (FAQ)*, in cui si legge che *“gli obblighi di separazione societaria derivano esclusivamente dalla normativa primaria e non dalle disposizioni contenute nel TIU”*.
30. In ogni caso, quanto al divieto dei componenti del GI di far parte di strutture societarie dell’impresa verticalmente integrata responsabili, direttamente o indirettamente, della vendita ai clienti finali del gas naturale sancito dall’art. 11, comma 3, lett. a), del TIU, esso non si applicherebbe a VUS, in quanto il servizio di distribuzione è fornito da quest’ultima a meno di 100.000 punti di riconsegna (di seguito: PdR). A sostegno di tale tesi la società richiama l’art. 23 del decreto legislativo 93/11, in base al quale le imprese di distribuzione di gas naturale che fanno parte di un’impresa verticalmente integrata devono essere indipendenti, sotto il profilo dell’organizzazione e del potere decisionale, dalle altre attività non connesse alla distribuzione (comma 1) e *solo* nel caso le predette imprese abbiano più di 100.000 clienti allacciati vengono introdotti requisiti minimi di separazione, tra cui il divieto in esame (comma 2, lett. a). Tale disposizione, in quanto di rango superiore e successiva nel tempo, prevarrebbe rispetto alle disposizioni del TIU.
31. Con le informazioni fornite con nota 12 settembre 2019 (prot. Autorità 23028), in risposta alla richiesta istruttoria, la società ha indicato l’attuale composizione – un Consigliere di Amministrazione e il direttore dell’Area Servizi e Rete, dirigente apicale – del GI, asserendone la conformità a quanto previsto dall’art. 9, comma 2, del TIUF. Tale nomina, infatti, sarebbe stata fatta dal Consiglio di Amministrazione di VUS in ottemperanza all’art. 17 dello statuto, secondo il quale il Consiglio di Amministrazione deve nominare uno dei suoi membri, munito dei requisiti di indipendenza, come GI, conferendogli la delega per la gestione dell’attività di distribuzione del gas naturale ed i poteri di ordinaria amministrazione sulla predetta attività. Il rispetto dei requisiti di indipendenza prescritti dall’art. 10 del TIUF sarebbe stato verificato da VUS mediante la sottoscrizione, da parte dei predetti componenti del GI, di atti contenenti dichiarazioni relative all’assenza di situazioni di incompatibilità che la società allega in risposta alla predetta richiesta di informazioni.
32. Con la memoria del 27 dicembre 2019, in replica alla comunicazione delle risultanze istruttorie, la società insiste sulla presunta conformità del gruppo

societario VUS alle norme comunitarie e nazionali in materia di *unbundling* che non imporrebbero obblighi di separazione societaria ulteriori rispetto a quelli previsti dalla prima direttiva sul mercato interno del gas (direttiva 98/30/CE), asseritamente adempiuti nell'anno 2003 con la costituzione di VUS Com.

Valutazione delle argomentazioni di VUS in ordine alla violazione sub i

33. Non vi è dubbio che VUS sia la società capogruppo di un'impresa verticalmente integrata nel settore del gas naturale, come tale soggetta agli obblighi di separazione funzionale di cui agli artt. 7 e ss. del TIU, come peraltro ammesso dalla stessa società (punti 1.1 e 1.6 della *check list* e pag. 1, lett. a) del doc. 3 allegato alla memoria 23 gennaio 2015).
34. L'affermazione secondo la quale le norme comunitarie e nazionali in materia di *unbundling* non imporrebbero obblighi di separazione societaria ulteriori rispetto a quelli previsti dalla prima direttiva sul mercato interno del gas (direttiva 98/30/CE), è destituita di ogni fondamento. Come noto: a) la normativa comunitaria di liberalizzazione del mercato del gas si è sviluppata nel senso di aggiungere alla c.d. *separazione contabile*, imposta già dalla direttiva 98/30/CE, la separazione c.d. *societaria* e quella c.d. *funzionale*, introdotte e disciplinate dalle direttive 2003/55/CE e 2009/73/CE; b) la normativa nazionale italiana ha anticipato tale evoluzione, attribuendo all'Autorità, già con la legge 481/95, il potere di emanare direttive, oltre che per la separazione contabile, anche per la c.d. *separazione amministrativa* (così in parte anticipando la separazione funzionale di cui alla direttiva 2003/55/CE) e imponendo, già con il decreto legislativo 164/00, la *separazione societaria* (art. 21).
35. Dunque, la direttiva comunitaria 98/30/CE non prevedeva alcuna separazione societaria. Quest'ultima è stata introdotta "spontaneamente" nel nostro ordinamento dall'art. 21 del d. lgs. 164/2000 che, sul punto, deve leggersi in combinato disposto con l'art. 2, comma 12, lett. f) della legge 481/95 – che già prevedeva una separazione amministrativa – e quindi con il TIU la cui violazione è oggetto di contestazione nel presente procedimento e che è stato adottato dall'Autorità quando era già entrata in vigore la direttiva 2003/55/CE.
36. Contrariamente a quanto sostenuto nella memoria difensiva 27 dicembre 2019, VUS Com è stata quindi costituita – in data 18 dicembre 2002 (come risulta dalla visura storica della società acquisita in fase decisoria) – non in attuazione della direttiva 98/30/CE, ma in attuazione dell'art. 21 del d. lgs. 164/00. E però appare del tutto pretestuoso sostenere che quel solo adempimento sia valso anche a rendere conforme la struttura societaria con gli obblighi di separazione funzionale introdotti successivamente e la cui violazione è oggetto della presente contestazione.
37. Né la dedotta circostanza che il servizio di distribuzione sia fornito da VUS a meno di 100.000 PdR è idonea a far venire meno detti obblighi. Ai sensi dell'art. 7, comma 2, del TIU – non impugnato dall'esercente – le attività di distribuzione del gas naturale e dell'energia elettrica sono soggette agli obblighi di separazione funzionale "*quando vengono svolte in condizioni di separazione giuridica*", come

è nel caso di specie. Per evitare qualsiasi dubbio interpretativo, l’Autorità – sia pure esemplificando con riferimento alla distribuzione di energia elettrica – ha precisato che nel caso in cui il servizio di distribuzione sia fornito a meno di 100.000 clienti allacciati, ai sensi dell’art. 7, comma 2, del TIU, *“la società di distribuzione è tenuta agli obblighi di separazione funzionale in quanto svolta in condizioni di separazione giuridica dalla vendita”* (cfr. risposta al primo quesito a pag. 5 dello stesso chiarimento richiamato dalla società – pubblicato sul sito internet dell’Autorità, nella sezione *Domande e risposte frequenti sulla deliberazione 18 gennaio 2007, n. 11/07* (FAQ), e aggiornato al 19 gennaio 2011). Con riferimento alle imprese di distribuzione del gas naturale con meno di 100.000 clienti, l’Autorità ha in più occasioni (il documento per la consultazione 77/2015/R/com, in particolare il punto 5 e la deliberazione 296/2015/R/com) affermato che: 1) il legislatore nazionale non ha introdotto per tali imprese alcuna deroga totale alla disciplina sulla separazione funzionale, prevedendo, invece, all’art. 23 del decreto legislativo 93/11 – invocato dalla società – (anche) il loro assoggettamento al *generale* obbligo di indipendenza decisionale e organizzativa (comma 1); 2) proprio per assicurare l’indipendenza organizzativa e decisionale sancita dalla predetta norma di rango primario, tutte le imprese distributrici di gas naturale hanno l’obbligo di nominare il GI con i requisiti di indipendenza e i poteri previsti dal TIU. Dunque, non vi è alcun presunto contrasto con l’art. 23 del decreto legislativo 93/11, bensì piena conformità allo stesso.

38. Ne deriva che (anche) a VUS si applica l’art. 11, comma 3, lett. a), del TIU, in forza del quale non possono essere componenti del GI *“(…) a) coloro che fanno parte di strutture societarie dell’impresa verticalmente integrata responsabili, direttamente o indirettamente: (…) ii) nel settore del gas naturale, (…) della vendita a clienti finali del gas naturale (…)”*, con conseguente illegittima composizione del GI della medesima società.
39. Peraltro, le disposizioni in essere sono state confermate per tali imprese anche nel nuovo quadro normativo (art. 10 del TIUF) e quindi sono da considerarsi valide senza soluzione di continuità nel passaggio dal TIU al TIUF approvato con deliberazione dell’Autorità 296/2015/R/com, successivamente al decreto legislativo 93/11.
40. L’incompatibilità di una struttura societaria come quella del gruppo VUS con le finalità della separazione funzionale risulta inequivocabilmente:
 - i) dalle disposizioni contenute nell’art. 11 del TIU che non consentono, nel caso di strutture societarie come quella in esame, di nominare validamente come componenti del GI gli amministratori (ai sensi dell’art. 11, comma 2, del TIU) della controllante, essendo questi indirettamente responsabili della controllata, esercente l’attività di vendita (art. 11, comma 3, lett. a), punto ii., del TIU);
 - ii) dal predetto chiarimento (formalmente reso su un caso relativo al settore elettrico, ma la cui portata si estende chiaramente anche al settore del gas) ove si legge che *“(…) lo svolgimento congiunto dell’attività di distribuzione e di vendita dell’elettricità da parte di queste imprese pone problemi*

nell’assolvimento dei citati obblighi [di separazione funzionale] con riferimento alle modalità di nomina del gestore indipendente sia secondo il comma 11.2 che secondo il comma 11.5; si ritiene, pertanto, che lo svolgimento nell’ambito della stessa impresa delle due attività [distribuzione e vendita] sia incompatibile con le finalità della separazione funzionale. Il problema è analogo nel caso di impresa di distribuzione (...) che controlli un’impresa di vendita (...)” (risposta al secondo quesito di pag. 16). A tale ultimo riguardo, peraltro, merita precisare che in senso contrario non rileva – come invece vorrebbe la società (cfr. la richiamata nota 27 dicembre 2019) – la circostanza che il chiarimento in questione, non avendo natura di provvedimento amministrativo, sia privo di carattere vincolante: esso, infatti, per sua natura si limita ad esplicitare quanto già imposto – in piena coerenza con la normativa comunitaria – dal TIU, in modo tale da evitare *a priori* dubbi interpretativi come quelli che la società continua a sollevare nel presente procedimento sanzionatorio. Il chiarimento in questione, dunque, risulta pienamente coerente – e non in contrasto, come sostiene l’esercente nella memoria da ultimo citata – con l’affermazione contenuta nelle stesse FAQ secondo cui *“gli obblighi di separazione societaria derivano esclusivamente dalla normativa primaria e non dalle disposizioni contenute nel TIU”*.

41. D’altra parte, vale la pena evidenziare che l’incompatibilità della struttura del gruppo societario non è stata contestata alla società in via autonoma, ma proprio in funzione della impossibilità per l’impresa di distribuzione che controlla al 100% l’impresa di vendita di rispettare contemporaneamente l’art. 11, comma 2, lett. a) del TIU – secondo il quale *“sono componenti del gestore indipendente (...) gli amministratori”* – e l’art. 11, comma 3, lett. a), punto ii) del TIU – secondo il quale *“non possono essere componenti del gestore indipendente: coloro che fanno parte di strutture societarie dell’impresa verticalmente integrata responsabili direttamente o indirettamente (...) nel settore del gas naturale (...) della vendita ai clienti finali del gas naturale”*.
42. Le informazioni fornite dalla società nella memoria 12 settembre 2019, in risposta alla richiesta di informazioni del Responsabile del procedimento, in merito all’intervenuta nomina dei nuovi componenti del GI, confermano il persistere della violazione. Anche l’attuale composizione del GI – effettivamente nominato non in data 21 agosto 2019, come indicato nella comunicazione delle risultanze istruttorie, ma in data 11 settembre 2019, ossia il giorno precedente l’invio della risposta della società alla richiesta di informazioni e chiarimenti del Responsabile del procedimento – risulta infatti per le ragioni sopra esposte illegittima, non potendo farne parte come stabilito dall’art. 11, comma 3, lett. a), del TIU e, ora, dall’art. 10, comma 1, lett. a), del TIUF, un Consigliere di Amministrazione della controllante che esercita *ex se* funzioni di indirizzo, coordinamento e controllo, sia pure indirettamente, sull’attività di vendita svolta dalla controllata,. A nulla possono valere le contrarie dichiarazioni di indipendenza rese in data 11 settembre 2019 dagli attuali componenti del GI, posto che il Consigliere di Amministrazione di

VUS, per le ragioni sopra esposte, si trova di per sé nella situazione di incompatibilità di cui all'art. 11, comma 3, lett. a) punto ii) del TIU.

43. Sussistono, pertanto, i presupposti per l'adozione del provvedimento prescrittivo prospettato al punto 1 della deliberazione di avvio del presente procedimento.

Argomentazioni di VUS in merito alla violazione sub ii.

44. In merito alla contestazione inerente allo svolgimento da parte di VUS, per conto di VUS Com, di attività proprie della vendita (recupero crediti e assistenza e consulenza strategico-commerciale), tramite contratti di *service* e, in un secondo tempo, tramite personale di VUS in comando presso VUS Com, in violazione dell'art. 7, comma 4, del TIU – in forza del quale nel caso in cui l'impresa verticalmente integrata sia organizzata in forma di gruppo societario, la società capogruppo esercita i propri poteri di indirizzo e controllo garantendo il rispetto delle finalità della separazione funzionale – la società deduce quanto segue:

- a) l'art. 25 del TIU consentirebbe espressamente prestazioni di servizio all'interno del gruppo societario, con l'unico limite che la loro valorizzazione deve avvenire in base al principio del prezzo di libera concorrenza tra le parti;
- b) il servizio di recupero crediti non potrebbe essere considerato un'attività propria della vendita, incompatibile con le finalità della separazione funzionale, poiché non inciderebbe sull'attività *core business* della società di vendita (cioè la fornitura di gas e il rapporto con i clienti finali), ma riguarderebbe una fase patologica (il mancato pagamento di quanto dovuto da parte dei clienti finali) finalizzata a monitorare il livello di indebitamento della controllata che può pregiudicare l'assetto dell'intero gruppo; la legittimità di tale condotta sarebbe confermata altresì dall'art. 23 del decreto legislativo 93/11, in base al quale la società controllante può approvare il piano finanziario annuale del gestore del sistema di distribuzione ed introdurre limiti ai livelli di indebitamento della società controllata;
- c) dal 2013 i servizi in questione sarebbero gestiti direttamente da VUS Com mediante 7 unità di personale distaccate da VUS, come tali sottoposte al potere gerarchico e di controllo di VUS Com; pertanto, non si potrebbe ritenere che (dalla predetta data) tali servizi siano stati svolti dall'impresa di distribuzione;
- d) in ogni caso, in data 8 gennaio 2014, sarebbe stato stipulato un nuovo contratto per la fornitura di servizi, tra cui non figurano più né il servizio di recupero crediti, né il servizio di assistenza e consulenza strategico-commerciale;
- e) infine, nella memoria 12 settembre 2019 la società dichiara che il personale VUS attualmente in comando presso la società di vendita VUS Com svolgerebbe, tra l'altro, funzioni direttive, di coordinamento, di controllo di gestione, di responsabile della fatturazione, recupero crediti, *marketing*, rete commerciale, sviluppo e assistenza clienti, e che tale distacco sarebbe compatibile con l'art. 30 del decreto legislativo 276/2003 nonché con le finalità della separazione contabile.

45. Nella memoria 27 dicembre 2019 la società, in replica alle risultanze istruttorie relative alla violazione *sub ii*), oltre ad insistere sulle argomentazioni di cui sopra, sostiene che:
- f) dall'art. 11, comma 3, lett. a) del TIU, dovrebbe ricavarsi che il divieto di fare parte di strutture dell'impresa verticalmente integrata che si occupano di vendita di gas si applica in via esclusiva ai componenti del GI e non a tutti gli altri dipendenti della società di distribuzione, i quali potrebbero svolgere attività anche per conto della vendita;
 - g) erroneamente il Responsabile del procedimento avrebbe ritenuto che il contratto di *service* stipulato in data 4 gennaio 2016 abbia quadruplicato i servizi che la capogruppo fornisce alla società di vendita rispetto a quanto previsto dalla convenzione originaria; invero, secondo quanto affermato dalla società, il contratto di *service* del 2016 prevedrebbe la fornitura di 3 servizi di consulenza di carattere continuativo (nella specie, in ambito contabile, amministrativo e fiscale), laddove gli altri servizi sarebbero la descrizione analitica di una di dette attività (quella di consulenza fiscale), nonché dei servizi di consulenza di carattere specifico e straordinario.

Valutazione delle argomentazioni di VUS in ordine alla violazione *sub ii*

46. Non meritano accoglimento le argomentazioni svolte dalla società finalizzate a dimostrare l'insussistenza della violazione inerente all'art. 7, comma 4, del TIU. Il servizio di recupero crediti – contrariamente a quanto affermato da VUS – è un'attività propria della vendita, avendo ad oggetto proprio l'adempimento di una delle prestazioni principali di un contratto sinallagmatico quale è il contratto di fornitura del gas e, come tale, non può essere svolto dalla società capogruppo/impresa di distribuzione in *service* (contratto del 25 marzo 2004), né con personale in comando a partire dal 2013 (come anche risultante dalla memoria 12 settembre 2019), pena la violazione della regole della separazione funzionale.
47. Lo stesso vale per il servizio di assistenza e consulenza strategico-commerciale prestato da VUS a VUS Com (contratto del 25 marzo 2004) che ha evidentemente natura di attività propria della vendita e sul quale VUS, peraltro, non ha argomentato alcunché; neanche tale attività poteva quindi essere oggetto di prestazione da parte della società capogruppo/impresa di distribuzione.
48. Al riguardo, è del tutto inconferente il richiamo all'art. 23 del decreto legislativo 93/11, in base al quale la società controllante può approvare il piano finanziario annuale del gestore del sistema di distribuzione ed introdurre limiti ai livelli di indebitamento della società controllata. Ciò per due ragioni: sia perché tale norma riguarda il rapporto tra capogruppo e gestore del sistema di distribuzione, mentre nel caso di specie si discute del rapporto tra capogruppo e società di vendita; sia perché l'art. 23 richiama vincoli generali che la capogruppo può imporre al gestore, tali da non comportare una sostituzione della prima al secondo nello svolgimento delle singole attività economico-finanziarie, in altri termini nella gestione operativa dell'impresa, ciò che invece qui si censura.

49. Per analoghe ragioni è altresì inconferente il richiamo all'art. 25 del TIU che certo consente transazioni nell'ambito del gruppo societario, purché le prestazioni di servizio, rese all'interno del gruppo stesso, non si traducano in una esondazione dai poteri di indirizzo della capogruppo tale da invadere la gestione operativa dell'impresa controllata, così vanificando la separazione funzionale: se così non fosse, la lettura dell'art. 25 si tradurrebbe in un'interpretazione abrogatrice dell'art. 7, comma 4, del TIU.
50. Non possono essere accolte nemmeno le difese della società in ordine allo svolgimento di alcuni servizi direttamente da parte di VUS Com mediante personale distaccato dalla capogruppo VUS. In via generale, si osserva che il distacco per espressa previsione legislativa è istituito volto a soddisfare un *interesse del distaccante* (art. 30 del decreto legislativo 276/2003) che – come evidenziato nella risposta all'interpello Ministero del Lavoro 20 gennaio 2016, n. 1, citato dalla società nella memoria 27 dicembre 2019 – deve essere “*specifico, rilevante, concreto e persistente, accertato caso per caso, in base alla natura dell'attività espletata*”. Né, d'altra parte, può essere di alcun ausilio alla società l'affermazione contenuta nel medesimo atto del Ministero del Lavoro secondo la quale, poiché “*nel gruppo di imprese [viene] condiviso un medesimo disegno strategico finalizzato al raggiungimento di un unitario risultato economico*”, allora può ritenersi che, in tale caso, “*l'interesse della società distaccante [possa] coincidere nel comune interesse perseguito dal gruppo*”.
51. Nel caso di specie, si osserva poi che detto personale distaccato risulta avere svolto tutte le attività proprie di VUS Com, essendo le unità di personale impiegate da VUS Com al momento della verifica ispettiva *esclusivamente* quelle in comando da VUS (cfr. punto 1.4 *check list* verifica ispettiva VUS Com). Ciò è in contrasto con le regole di separazione funzionale, poiché i lavoratori in distacco continuano ad essere risorse del distaccante, rimanendo in capo a quest'ultimo la titolarità del rapporto di lavoro e solo temporaneamente prestano servizio presso altro soggetto. Come riconosciuto dalla giurisprudenza, tra datore di lavoro distaccante e lavoratore in distacco o in comando persistono i vincoli obbligatori e di potere-soggezione, mantenendo il distaccante, tra l'altro, il potere di licenziare e di determinare la cessazione del distacco.
- Tale condotta illegittima risulta persistere. Nella memoria 12 settembre 2019, pur non emergendo se il personale della controllata sia ancora esclusivamente personale in distacco da VUS, la società infatti ha dichiarato che attualmente il proprio personale in distacco presso VUS Com svolge non solo funzioni direttive, di coordinamento e di controllo di gestione, ma anche di responsabile della fatturazione, recupero crediti, *marketing*, rete commerciale, sviluppo e assistenza clienti: tutte attività proprie della vendita che, come tali, non possono essere svolte da personale della società di distribuzione per conto della società di vendita, pena la violazione della separazione funzionale di cui all'art. 7, comma 4, del TIU.
52. Del tutto inconferente è il richiamo all'art. 11, comma 3, lett. a) del TIU che, nel disporre che non possono essere componenti del GI coloro che fanno parte di strutture societarie dell'impresa verticalmente integrata responsabili direttamente o

indirettamente della vendita di gas naturale, si limita a fissare una regola di costituzione del GI. Tale disposizione non circoscrive in alcun modo la portata del principio secondo il quale la società capogruppo esercita solo poteri di indirizzo e controllo sulla società di vendita, principio che risulta violato se attività proprie della vendita (quando non anche *tutte le attività della vendita*, come accadeva al momento della visita ispettiva) vengono svolte da personale distaccato dalla società di distribuzione.

53. Si rinvia ai punti 73-78 per le valutazioni in ordine ai contratti di *service*.
54. Sussistono, pertanto, i presupposti per l'adozione del provvedimento prescrittivo prospettato al punto 1 della deliberazione di avvio del presente procedimento.

Argomentazioni di VUS in merito alla violazione sub iii

55. Per quanto concerne l'asserita mancata modifica del PdA nonostante la decisione del CdA di VUS di non predisporre un elenco di nominativi del personale coinvolto nell'attività di distribuzione del gas, la società sostiene – da ultimo nella memoria del 27 dicembre 2019 – che non sarebbe stato necessario provvedere ad alcuna modifica, in quanto il criterio individuato dal CdA di VUS avrebbe comunque consentito di individuare nominalmente i singoli dipendenti coinvolti in tale attività. Peraltro, l'individuazione nominale delle risorse umane a disposizioni del GI non sarebbe più un obbligo, essendo state abrogate (con deliberazione ARG/com 57/10) le linee Guida per la predisposizione del PdA (approvate con deliberazione ARG/com 132/08) che lo prevedevano.

Valutazione delle argomentazioni di VUS in ordine alla violazione sub iii

56. Le argomentazioni svolte da VUS sono prive di fondamento. Il PdA adottato dalla società prevedeva il censimento del personale adibito alla distribuzione, la predisposizione del relativo elenco nominativo, la sua affissione nella bacheca aziendale e l'approvazione del suo aggiornamento. Pertanto, a seguito della decisione del CdA di VUS di comunicare all'Autorità solo uno schema-quadro del personale coinvolto nella distribuzione gas, senza predisporre un elenco dei nominativi, si rendeva necessaria una modifica del PdA. Non si comprende, infatti, come sia possibile, sulla base del criterio che il personale coinvolto è quello di VUS inquadrato con il CCNL Federutility ad esclusione dei dipendenti appartenenti al settore "Acque Primarie – Depurazione", distinguere questi ultimi dipendenti dagli altri, essendo tutti comunque inquadrati nel CCNL Federutility. E in ogni caso, una cosa è disporre di un elenco nominativo del personale coinvolto, un'altra è dover individuare/ricercare tali risorse dal registro del personale VUS per esclusione/sottrazione dei dipendenti adibiti al settore idrico.
57. E' evidente che ciò comporti una modifica del PdA che, come tale, andava comunicata all'Autorità, ai sensi dell'art. 12, comma 5, del TIU.
58. Al riguardo non rileva la circostanza che l'individuazione delle risorse umane a disposizione del GI non sia un obbligo previsto dal TIU, ma dalle Linee guida per

la predisposizione del PdA successivamente caducate. Ciò perché la scelta di non predisporre l'elenco nominativo del personale coinvolto avrebbe comunque dovuto preliminarmente transitare attraverso una modifica del PdA, volta a far venir meno l'obbligo, e una successiva comunicazione di detta modifica all'Autorità. In difetto delle suddette azioni, permane l'obbligo di rispettare l'individuazione nominativa delle risorse umane a disposizione del GI.

59. La violazione pertanto si è protratta sino all'entrata in vigore del nuovo TIUF (1 gennaio 2016) che, all'art. 14, comma 7, ha escluso dai soggetti destinatari degli obblighi di predisposizione del PdA e dei connessi adempimenti le imprese di distribuzione del gas naturale con meno di 100.000 PdR nella titolarità dei clienti finali, come VUS.
60. Non sussistono, pertanto, i presupposti per l'adozione del provvedimento prescrittivo prospettato al punto 1 della deliberazione di avvio del presente procedimento

Argomentazioni di VUS in merito alla violazione sub iv

61. In merito alla contestazione inerente all'art. 15, comma 1, del TIU, segnatamente alla nomina del garante informazioni sensibili da parte del CdA di VUS, anziché del GI, la società deduce che di fatto il garante sarebbe stato nominato (anche) dal GI essendo presenti in quell'occasione anche il consigliere di amministrazione e il responsabile *pro tempore* del GI, che hanno espresso voto favorevole. In ogni caso, la società produce, in allegato sia alla prima che alla seconda memoria, copia di un atto con cui un componente del GI (consigliere di amministrazione di VUS) avrebbe confermato in data 13 gennaio 2015 l'incarico precedentemente conferito al detto garante.
62. Con la memoria 27 dicembre 2019 la società ribadisce le predette argomentazioni precisando altresì che la sottoscrizione dell'incarico a opera di uno solo dei componenti del GI sarebbe conforme all'art. 17 dello Statuto sociale, in forza del quale *“il Consiglio di Amministrazione dovrà nominare uno dei propri membri, munito dei requisiti di indipendenza rispetto alle altre attività svolte dal Gruppo, come Gestore indipendente conferendogli la delega per la gestione dell'attività di distribuzione del gas naturale. (...) L'amministratore Gestore indipendente è munito dei poteri di ordinaria amministrazione sull'attività di distribuzione del gas naturale, del potere di rappresenta verso i terzi (...)”*.

Valutazione delle argomentazioni di VUS in ordine alla violazione sub iv

63. Le argomentazioni svolte dalla società non possono essere accolte. Al riguardo è sufficiente osservare che nella fattispecie la nomina del garante informazioni sensibili è stata fatta da un organo diverso dall'unico competente (GI) ai sensi dell'art. 15 del TIU. Né la dedotta circostanza che in quell'occasione fossero presenti e avessero votato favorevolmente, anche uno o entrambi i componenti del GI, è idonea a far venire meno l'illecito *de quo*. La nomina deve essere fatta (solo)

dal GI e non (anche) da altri, proprio per assicurare la massima indipendenza, neutralità, autonomia decisionale e organizzativa. Non è idoneo a dimostrare la cessazione della violazione l'atto prodotto dalla società (allegato a entrambe le memorie) con cui in data 13 gennaio 2015 viene confermato l'incarico al garante informazioni sensibili precedentemente conferito dal CdA di VUS. Anzitutto perché tale atto è adottato da un solo componente del GI (nella specie, un consigliere di amministrazione di VUS), e quindi non può essere considerato atto del GI, che è composto anche dal Direttore dell'Area Servizi a Rete, come indicato alla lettera b) delle premesse dello stesso atto. In senso contrario non vale il richiamo ad una clausola statutaria che – se avesse attribuito a soggetto diverso dal GI nella sua piena composizione il potere di nominare il garante delle informazioni commercialmente sensibili – sarebbe stata certamente contraria all'art. 15, comma 1, lett. d) del TIU (abrogato dal 1 gennaio 2016). Secondariamente, perché tale atto non costituisce una nomina da parte del GI, ma una mera conferma di un incarico già assegnato da soggetto diverso da quello a ciò esclusivamente deputato in base alla regolazione. Né può essere di alcuna utilità il richiamo contenuto nella memoria del 27 dicembre 2019 all'istituto della ratifica, perché in ogni caso la asserita ratifica non promanerebbe dal GI nella sua integrale composizione.

64. In risposta alla richiesta di informazioni del Responsabile del procedimento, la società ha dichiarato di non avere successivamente provveduto ad altra nomina, producendo il medesimo documento del 13 gennaio 2015 recante “*Conferma dell’incarico di Garante per la vigilanza sulle Informazioni Commercialmente Sensibili*” allegato alla prima memoria. La violazione, pertanto, è perdurata sino all’entrata in vigore del nuovo TIUF (1 gennaio 2016), con il quale detto obbligo è venuto meno.
65. Alla luce di quanto sopra non sussistono i presupposti per l’adozione di provvedimenti prescrittivi.

Argomentazioni di VUS in merito alla violazione sub v)

66. In merito alla contestazione inerente all’art. 15, comma 2, del TIU, relativa alla mancata adozione da parte del GI della procedura per disciplinare l’accesso alle informazioni commercialmente sensibili, ad avviso della società la contestazione avrebbe mera rilevanza formale perché non vi sarebbe stata alcuna richiesta di accesso a dette informazioni da parte di soggetti appartenenti all’impresa verticalmente integrata ma esterni al GI. In ogni caso, viene fornita prova che il GI, in data 7 gennaio 2015, avrebbe provveduto ad adottare tale procedura, che prevede la presentazione di richieste motivate e la tenuta di un registro di tali richieste, accessibile in ogni momento dall’Autorità.
67. Nella memoria 12 settembre 2019 la società ha dichiarato di non aver modificato la procedura per disciplinare l’accesso a dette informazioni, prima dell’entrata in vigore del nuovo TIUF (1 gennaio 2016). Tale procedura sarebbe stata successivamente modificata al fine di recepire le novità introdotte dal nuovo TIUF.

Valutazione delle argomentazioni di VUS in ordine alla violazione sub v

68. Anche le argomentazioni svolte dalla società sotto tale profilo devono essere disattese.
69. Anzitutto la dedotta circostanza che non vi sia stata alcuna richiesta di accesso a tali informazioni è irrilevante ai fini della sussistenza dell'illecito, trattandosi di illecito di mera condotta. Secondariamente, l'affermazione della società è del tutto apodittica: in mancanza di un registro di tali richieste, risulta difficile dimostrare che nessuna richiesta si fosse manifestata o avrebbe potuto manifestarsi. In ogni caso, la società, a dimostrazione della cessazione della violazione, produce copia della documentazione inerente all'adozione di tale procedura in data 7 gennaio 2015. In risposta alla richiesta di informazioni del Responsabile del procedimento, nella memoria 12 settembre 2019 la società ha dichiarato di avere adottato una nuova procedura per ottemperare alle previsioni del nuovo TIUF.
70. Alla luce di quanto sopra non sussistono i presupposti per l'adozione di provvedimenti prescrittivi.

Argomentazioni di VUS in merito alla violazione sub vi

71. In merito alla presunta violazione dell'art. 25, comma 2, lett. b) e c), del TIU ovvero alla mancata conservazione – con riferimento ai contratti per la fornitura di servizi stipulati tra VUS e VUS Com nel 2004 e nel 2014 – di tutta la documentazione necessaria a verificare il rispetto del principio in base al quale le transazioni infragruppo devono avvenire al prezzo di libera concorrenza tra le parti, la società deduce che:
 - a) con il contratto stipulato tra le due società in data 8 gennaio 2014 è stato ridotto notevolmente il numero dei servizi oggetto di scambio con la società VUS Com (da 17 servizi a 4 servizi) e non sono stati più previsti il servizio di recupero crediti e quello di consulenza strategica; al riguardo VUS evidenzia che in un differente procedimento, relativo ad altro operatore, l'eliminazione di due servizi *intercompany* è stata ritenuta dall'Autorità potenzialmente utile al perseguimento degli interessi tutelati in materia di separazione funzionale e contabile ed ammessa come oggetto di impegni;
 - b) il valore complessivo dei 4 servizi nel contratto 2014 sarebbe stato assai ridotto, pari ad euro 40.000;
 - c) come dedotto in risposta alla richiesta di informazioni del Responsabile del procedimento, in data 4 gennaio 2016 sarebbe stata stipulata con VUS Com una nuova "Convenzione per la fornitura di attività in service" (allegata alla memoria 12 settembre 2019) avente ad oggetto la fornitura da parte della Capogruppo di una serie di servizi di consulenza e assistenza e recante la disciplina dettagliata delle modalità di fruizione, dei tempi e delle modalità di esecuzione delle singole attività, per un corrispettivo complessivo di 40.000 euro.

72. Nella memoria 27 dicembre 2019, in replica alla comunicazione delle risultanze istruttorie, la società insiste sulla conformità al TIU della convenzione di *service* del 2016, in particolare soffermandosi: a) sulla asserita riduzione delle attività oggetto della convenzione di *service* del 2016 rispetto a quelle di cui alla precedente convenzione, riduzione che rappresenterebbe *di per sé* una misura che persegue le finalità dell'*unbundling*, come si evincerebbe dalla deliberazione 8/2013/S/com; b) sul fatto che ai sensi dell'art. 3 di detta convenzione il corrispettivo per la fornitura di questi servizi risulta determinato secondo “principi di equità e trasparenza”.

Valutazione delle argomentazioni di VUS in ordine alla violazione sub vi

73. Va premesso che nel differente provvedimento che VUS evoca (deliberazione 8/2013/S/com), l'Autorità ha approvato gli impegni presentati da una società di distribuzione per avere questa non solo risolto alcuni servizi *intercompany* ma anche preliminarmente dimostrato la cessazione di tutte le condotte contestate, tra le quali c'era anche la ipotizzata violazione dell'art. 25, comma 2, del TIU per tutti i contratti infragruppo. Il richiamo a questa differente vicenda è quindi del tutto inconferente nel presente procedimento, dove VUS, malgrado le richieste del Responsabile del procedimento, continua a non fornire prova del rispetto del principio del prezzo di libero mercato, di cui alla richiamata norma, per le transazioni interne al proprio gruppo societario.
74. Sono pertanto parimenti inconferenti le deduzioni della società in ordine al ridotto numero dei servizi oggetto di scambio nella convenzione per la fornitura di attività in *service* dell'8 gennaio 2014 ed al loro modesto valore complessivo. L'art. 25 del TIU, infatti, disciplina tutte le transazioni infragruppo, a prescindere sia dal numero dei servizi *intercompany* che ne sono oggetto, sia dal loro valore. VUS aveva pertanto l'obbligo di conservare tutta la documentazione necessaria a verificare il rispetto del principio in base al quale le transazioni infragruppo devono avvenire al prezzo di libera concorrenza tra le parti.
75. Non è idonea a dimostrare la cessazione della condotta contestata nemmeno l'attuale convenzione stipulata in data 4 gennaio 2016, nella quale risulta sempre laconicamente riportato il corrispettivo forfettario complessivo di 40.000 euro, identico a quello previsto nella convenzione del 2014, importo, come allora, previsto altresì a copertura di altri non identificati servizi “che potranno essere individuati ed effettivamente erogati a VUS Com”. La convenzione 4 gennaio 2016, inoltre, non reca alcuna indicazione in merito alla sua durata e, dunque, non è nemmeno chiaro quale sia il periodo temporale coperto dal corrispettivo ivi pattuito.
76. L'indicazione di un corrispettivo forfettario è in evidente contrasto con la *ratio* dell'art. 25 del TIU, non consentendo di verificare se i prezzi utilizzati per i vari servizi oggetto di convenzione nell'ambito del gruppo societario, ovvero tra impresa di distribuzione-capogruppo e società di vendita-controllata, siano quelli che sarebbero stati concordati tra imprese indipendenti per operazioni identiche o similari a condizioni similari o identiche nel libero mercato. Invero, la precisazione, contenuta nella medesima convenzione, che detto importo forfettario “è stato

definito ispirandosi a principi di equità e trasparenza” conferma la persistente violazione dell’art. 25 del TIU (ora art. 19 del TIUC), secondo il quale la valorizzazione delle prestazioni di servizi interne al gruppo societario deve avvenire “*in base al principio del prezzo di libera concorrenza tra le parti o di valore normale*”. Al riguardo, si rileva che VUS ha (perlomeno) colpevolmente omesso di trasmettere l’Allegato 2 alla suddetta convenzione, recante “Offerte per l’attività oggetto della presente convenzione”. Infatti, la società non ha fornito, neppure con la memoria del 12 settembre 2019 e nonostante la precisa richiesta in tal senso da parte del Responsabile del procedimento, la documentazione che evidenzi la modalità di calcolo dei prezzi unitari di trasferimento utilizzati per le operazioni e la rilevazione a consuntivo del numero e della quantità di operazioni registrate nel corso dell’esercizio, con conseguente persistente inottemperanza agli obblighi di cui all’art. 25, comma 2, lett. b) e c), del TIU, ora art. 19, comma 2, del TIUC.

77. Quanto al perimetro delle attività oggetto della convenzione di *service*, si dà atto di quanto rappresentato dalla società con la memoria 27 dicembre 2019, ossia che la convenzione 2016 fornisce una descrizione più dettagliata delle attività che ne sono oggetto rispetto a quella contenuta nella convenzione del 2014, senza che ciò ne importi una effettiva moltiplicazione. E tuttavia, per le ragioni sopra esposte, tale circostanza non incide sul protrarsi della violazione dell’obbligo di conservare la documentazione necessaria a verificare il rispetto del principio del prezzo di libera concorrenza di cui all’art. 25, comma 1, del TIU (ora art. 19, comma 1, del TIUC).
78. Sussistono, pertanto, i presupposti per l’adozione del provvedimento prescrivivo di cui al punto 1 della deliberazione di avvio del procedimento.

QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE:

79. L’art. 11 della legge 689/81 dispone che la quantificazione della sanzione sia compiuta in applicazione dei seguenti criteri:
- a) gravità della violazione;
 - b) opera svolta dall’agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione;
 - c) personalità dell’agente;
 - d) condizioni economiche dell’agente.
- L’Autorità applica i criteri di cui al sopra citato art. 11 alla luce di quanto previsto dagli artt. 24 e ss. del Regolamento Sanzioni.
80. Sotto il profilo della *gravità della violazione*, occorre rilevare che le disposizioni violate tutelano diversi interessi.
81. In particolare, con riferimento alle violazioni in materia di *unbundling* funzionale:
- a) l’art. 7, comma 4, del TIU mira ad assicurare il rispetto delle finalità delle regole di separazione funzionale, cioè la promozione della concorrenza, dell’efficienza e di adeguati livelli di qualità nell’erogazione dei servizi, garantendo, tra l’altro, la neutralità nella gestione delle infrastrutture essenziali per lo sviluppo di un libero mercato energetico; b) l’art. 11, commi 3 e 5, del TIU è posto a tutela dell’indipendenza del GI, ossia del soggetto al quale l’Autorità ha affidato il

compito di assicurare la gestione neutrale delle attività oggetto di *unbundling*; c) l'art. 12, commi 2 e 5, del TIU garantisce l'attualità del PdA, ossia di uno dei principali strumenti posti a tutela della separazione funzionale; d) l'art. 15 del TIU garantisce la gestione non discriminatoria delle informazioni commercialmente sensibili e rilevanti per il corretto sviluppo della concorrenza.

82. Con riferimento alla violazione in materia di *unbundling* contabile, l'art. 25, comma 2, del TIU è volto ad assicurare che la valorizzazione delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizio interne al gruppo societarie avvenga al prezzo che sarebbe stato concordato tra le imprese indipendenti per operazioni identiche o similari a condizioni similari o identiche ne libero mercato, in tal modo evitando sussidi incrociati tra attività.
83. Sotto il presente profilo, con riferimento alla contestata violazione dell'art. 15, comma 2, del TIU assume rilievo, in senso favorevole all'esercente, l'adozione nel mese di gennaio 2015 da parte del GI della procedura per l'accesso alle informazioni commercialmente sensibili.
84. Stante la mancata conservazione della documentazione richiesta dall'art. 25 del TIU, non è verificabile l'asserito mancato conseguimento di vantaggi economici. Si prende atto che le violazioni contestate, incidendo su disposizioni dettate a tutela della concorrenza, non hanno pregiudicato la sicurezza del servizio di distribuzione del gas.
85. L'affermazione circa la mancanza di danni ai clienti finali è del tutto apodittica e pertanto non può assumere rilievo.
86. Per quanto riguarda l'*opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione*, la mera conferma, da parte di uno solo dei componenti del GI, dell'incarico di garanti informazioni sensibili, non è idonea a far cessare la violazione, né ad eliminare o attenuarne le conseguenze. L'adozione della procedura per l'accesso alle informazioni sensibili è già stata valorizzata al precedente punto 83. Ai sensi dell'art. 30, comma 2, del Regolamento Sanzioni, lo stesso fatto può essere valutato una sola volta e in base a uno solo dei criteri di cui all'art. 11 della legge 689/81.
87. Il più volte richiamato ridimensionamento del perimetro della convenzione di *service* risale al gennaio 2014 e quindi è precedente all'atto di avvio del presente procedimento; esso pertanto non può considerarsi quale opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze delle violazioni oggetto di contestazione.
88. Quanto al criterio della *personalità dell'agente*, si dà atto che VUS non si è resa responsabile di altre violazioni di provvedimenti dell'Autorità. Si dà atto altresì che non può assumere rilievo l'atteggiamento collaborativo tenuto dalla società nell'ambito della verifica ispettiva, poiché trattasi di atto dovuto ai sensi dell'art. 2, comma 22, della legge 481/95 in forza del quale "(...) le imprese sono tenute a fornire alle Autorità, oltre a notizie e informazioni, la collaborazione per l'adempimento delle loro funzioni".
89. Né può assumere rilievo l'asserita circostanza che il GI avrebbe dato attuazione a numerose dettagliate prescrizioni delle Linee Guida per la predisposizione del PdA,

anche successivamente alla loro caducazione. Infatti, anche ove ciò fosse vero, sarebbe il frutto di una libera scelta che VUS avrebbe compiuto nella sua autonomia. Quindi da detta circostanza, anche ove fosse verificata, non si potrebbe comunque inferire alcun comportamento meritevole di apprezzamento.

90. Per quel che attiene, infine, alle *condizioni economiche dell'agente*, si rileva che il fatturato rilevante conseguito nell'anno 2013 da VUS è pari a 6.230.000 euro.
91. Gli elementi sopra evidenziati consentono di quantificare sanzioni amministrative pecuniarie per un importo complessivo di euro 428.000,00 (quattrocentoventottomila/00) di cui: a) euro 316.000,00 (trecentosedicimila/00) per la violazione, in materia di *unbundling* funzionale, nei termini di cui in motivazione, degli artt. 8; 11, comma 3, lett. a), punto ii. e comma 5; 7, comma 4; 12, commi 2 e 5; 15, comma 1, lett. d), dell'art. 15, comma 2, dell'Allegato A alla deliberazione 11/07; b) euro 112.000,00 (centododicimila/00) per la violazione, in materia di *unbundling* contabile, nei termini di cui in motivazione, dell'art. 25, comma 2, dell'Allegato A alla deliberazione 11/07

DELIBERA

1. di accertare la violazione, da parte di Valle Umbra Servizi S.p.A. dell'Allegato A alla deliberazione 11/07 e, nella specie, dell'art. 8, dell'art. 11, comma 3, lett. a), punto ii. e comma 5, dell'art. 7, comma 4, dell'art. 12, commi 2 e 5, dell'art. 15, comma 1, lett. d), e comma 2, dell'art. 25, comma 2, il tutto nei termini di cui in motivazione;
2. di irrogare, nei confronti di Valle Umbra Servizi S.p.A., ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lett. c), della legge 481/95, sanzioni amministrative pecuniarie per un importo complessivo di euro 428.000,00 (quattrocentoventottomila/00) di cui:
 - a) euro 316.000,00 (trecentosedicimila/00) per la violazione, in materia di *unbundling* funzionale, nei termini di cui in motivazione degli artt. 8; 11, comma 3, lett. a), punto ii. e comma 5; 7, comma 4; 12, commi 2 e 5; 15, comma 1, lett. d), dell'art. 15, comma 2, dell'Allegato A alla deliberazione 11/07;
 - b) euro 112.000,00 (centododicimila/00) per la violazione, in materia di *unbundling* contabile, nei termini di cui in motivazione, dell'art. 25, comma 2, dell'Allegato A alla deliberazione 11/07;
3. di ordinare a Valle Umbra Servizi S.p.A., ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettera d), della legge 481/95, la cessazione delle condotte lesive degli utenti, con particolare riguardo alle violazioni sub i), ii) e vi), nonché di trasmettere all'Autorità, all'indirizzo pec protocollo.aeegsi@pec.energia.it, prova documentale dell'ottemperanza a tali prescrizione entro 180 (centottanta) giorni dalla comunicazione del presente provvedimento;
4. di ordinare a Valle Umbra Servizi S.p.A. di pagare le sanzioni irrogate entro il termine di 30 giorni dalla data di notifica del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio di riscossione, oppure mediante

delega ad una banca o alla Poste Italiane S.p.A., presentando il modello “F23” (recante codice ente QAE e codice tributo “787T”), come previsto dal decreto legislativo 237/97;

5. di avvisare che, decorso il termine di cui al precedente punto 4, 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’articolo 27, comma 6, della legge 689/81 (codice tributo “789T”);
6. di ordinare a Valle Umbra Servizi S.p.A. di comunicare l’avvenuto pagamento delle sanzioni amministrative irrogate all’Autorità, mediante l’invio di copia del documento attestante il versamento effettuato e via mail all’indirizzo protocollo.aegsi@pec.energia.it;
7. di notificare il presente provvedimento a Valle Umbra Servizi S.p.A. (p.iva 02569060540) mediante pec all’indirizzo yusspa@pec.it, agli avv.ti Luigi Giuri e Marco Massimino c/o lo Studio Bonora & Associati mediante pec agli indirizzi luigi.giuri@milano.pecavvocati.it e marco.massimino@milano.pecavvocati.it e di pubblicarlo sul sito internet dell’Autorità www.arera.it.

Avverso il presente provvedimento può essere proposto ricorso dinanzi al competente Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sede di Milano, entro il termine di 60 giorni dalla data di notifica dello stesso oppure ricorso straordinario al Capo dello Stato, entro il termine di 120 giorni.

11 febbraio 2020

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini