C11858 - SORGENIA-ENERMAN.IT/EOLICA BISACCIA
Provvedimento n. 24287

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 20 marzo 2013;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTO, in particolare, l'articolo 19, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ai sensi del quale, nel caso in cui le imprese non abbiano ottemperato agli obblighi di comunicazione preventiva di cui al comma 1 dell'articolo 16 della medesima legge, l'Autorità può infliggere loro sanzioni amministrative pecuniarie fino all'1% del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione;

VISTA la comunicazione della Sorgenia S.p.A., pervenuta in data 7 dicembre 2012;

VISTA la propria delibera del 19 dicembre 2012, notificata in data 27 dicembre 2012, con la quale è stato disposto l'avvio del procedimento nei confronti della società Sorgenia S.p.A. per l'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90 per la mancata ottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione, disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge;

VISTA la memoria difensiva della società Sorgenia S.p.A., pervenuta in data 24 gennaio 2013, integrata in data 4 febbraio 2013;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Sorgenia S.p.A. (di seguito, Sorgenia) è una società del Gruppo Sorgenia Holding S.p.A., attiva sia nella generazione di energia elettrica – attraverso impianti termoelettrici, idroelettrici, eolici e solari – sia nella vendita di energia elettrica e gas a clienti finali.
Il capitale sociale di Sorgenia è detenuto da Sorgenia Holding S.p.A. (81,3%), Verbund A.G. (17,22%), il maggior produttore e distributore di energia elettrica in Austria nonché uno dei maggiori produttori europei da fonte idroelettrica, e da Management, Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. e Sorgenia S.p.A. che detengono le quote residue (1,48%). Sorgenia Holding S.p.A. è a sua volta controllata attraverso CIR S.p.A., dalla famiglia De Benedetti, che ne detiene il 65% circa del capitale sociale. Le rimanenti quote sono di proprietà di Verbund A.G.
Sorgenia controlla la società Sorgenia Green S.r.l. (di seguito, Sorgenia Green), costituita nel 2011, di cui è socio unico e a cui attribuiva, il 30 giugno 2011, il ramo d'azienda denominato "Energie Rinnovabili", avente ad oggetto le attività e le passività che Sorgenia aveva nel settore delle energie rinnovabili, tra cui la stessa Eolica Bisaccia, oggetto dell'acquisizione in esame.
Il fatturato realizzato da Sorgenia nel 2011 è stato pari a 2,12 miliardi di euro, di cui circa 1,95 miliardi di euro realizzati in Italia.

2. Enerman.it S.r.l. (di seguito, Enerman) è una società attiva nell'assistenza tecnica e commerciale alle imprese per le attività di approvvigionamento, produzione e vendita di energia elettrica. Due persone fisiche detengono il controllo di Enerman ciascuna con una quota del 50%.
Nel 2011, Enerman ha realizzato un fatturato, esclusivamente in Italia, di circa 131.000 euro.

3. Eolica Bisaccia S.r.l. (di seguito, Eolica Bisaccia) è un'impresa comune costituita nel 2004 da parte di Enerman ed Energia S.p.A. (la quale ha successivamente cambiato nome in Sorgenia S.p.A.) che ne detenevano, inizialmente, il controllo congiunto, con quote, rispettivamente, dell'80% e del 20% del capitale sociale. Secondo quanto previsto da una scrittura privata, stipulata nel 2004 dalle Parti contestualmente all'atto costitutivo della società (di seguito Accordo del 2004), a Sorgenia è attribuito il potere di nomina del Presidente del Consiglio di Amministrazione. Il medesimo accordo stabiliva altresì che Enerman concedesse, gratuitamente ed irrevocabilmente a Sorgenia, il diritto di acquistare dalla stessa Enerman la partecipazione dell'80% in Eolica Bisaccia (diritto di "*call option*").
Eolica Bisaccia è destinata ad operare, principalmente, nella produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, in particolare da fonte eolica. L'8 luglio 2010, Eolica Bisaccia ha ottenuto il titolo autorizzativo necessario alla costruzione ed esercizio di un impianto da fonte eolica della potenza di 12 MW da realizzare nel Comune di Bisaccia (AV) in località Contrada Magliano.
Eolica Bisaccia non è ad oggi ancora operativa e, pertanto, non ha ancora realizzato alcun fatturato.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

4. L'operazione in esame riguarda il passaggio dal controllo congiunto, esercitato da Sorgenia, tramite Sorgenia Green, e da Enerman con quote, rispettivamente, dell'80% e del 20%, al controllo esclusivo da parte della sola Sorgenia, del capitale sociale di Eolica Bisaccia, avvenuto il 10 febbraio 2012.
In particolare, in tale data, le Parti hanno sottoscritto un accordo (di seguito, "Accordo del 2102") che prevedeva che il Consiglio di Amministrazione di Eolica Bisaccia fosse composto integralmente da membri del gruppo Sorgenia.
L'"Accordo del 2012" è intervenuto nell'ambito di due controversie entrambe scaturite dalla contestazione di Enerman circa l'interpretazione e l'esecuzione dell'Accordo del 2004 con particolare riferimento alla previsione relativa all'esercizio del diritto di "*call option*" da parte di Sorgenia. Con il primo contenzioso Sorgenia presentava una domanda di arbitrato, presso la Camera Arbitrale di Milano, che disponesse il trasferimento alla propria controllata Sorgenia Green delle partecipazioni già oggetto del diritto di "*call option*". Nel secondo contenzioso Sorgenia chiedeva al giudice un intervento cautelare per ottenere il sequestro di tutte le partecipazioni che Enerman deteneva in Eolica Bisaccia. In tale ambito, il giudice esortava e convinceva le Parti a porre fine, nelle more dell'Arbitrato, alle esigenze di natura cautelare, dando luogo all'Accordo del 2012 che ha portato all'attuale composizione del Consiglio di Amministrazione di Eolica Bisaccia.
Infine, con Lodo Arbitrale del 29 gennaio 2013, trasmesso dalle parti all'Autorità il 1 febbraio 2013, la Camera Arbitrale di Milano ha accertato il diritto di Sorgenia di acquisire, tramite la propria controllata, la totalità delle partecipazioni di Enerman in Eolica Bisaccia, confermando l'esito dell'Accordo del 2012.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

5. Il passaggio da un controllo congiunto ad un controllo esclusivo di Eolica Bisaccia, da parte di Sorgenia Green costituiva una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1 lettera *b*), della legge n. 287/90.
Essa rientrava nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90 non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE 139/04, ed era soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge in quanto il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, dall'insieme delle imprese interessate era superiore alla soglia di cui al citato articolo, vigente al momento della realizzazione dell'operazione.

IV. VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI COMUNICAZIONE PREVENTIVA

6. L'operazione di cui trattasi non è stata oggetto di comunicazione preventiva a questa Autorità, la quale ne ha avuto conoscenza soltanto successivamente alla sua realizzazione, a seguito della comunicazione volontaria effettuata da Sorgenia in data 7 dicembre 2012.

V. LA POSIZIONE DI SORGENIA

7. Le principali argomentazioni addotte da Sorgenia in merito all'omessa comunicazione preventiva dell'operazione in esame sono contenute nella memoria difensiva e sono sintetizzate di seguito.

5.1. Sull'elemento oggettivo dell'infrazione

8. Sorgenia non ha sollevato argomenti in merito all'effettiva tardività della comunicazione rispetto all'Accordo del 2012 stipulato con Enerman nel quale si modificava la composizione del Consiglio di Amministrazione di Eolica Bisaccia. Tuttavia, Sorgenia ha evidenziato che tale Accordo risultava dalla transazione - conclusa tra le due imprese nell'ambito del su menzionato procedimento cautelare - "[…] *vivamente esortata in sede di udienza dal Giudice designato nell'ambito della propria attività conciliativa prevista per legge* […]". L'accordo sarebbe pertanto, per sua stessa natura, temporaneo, destinato a venire meno con il deposito del Lodo Arbitrale (avvenuto lo scorso 29 gennaio 2013), sia nel caso di accertamento del diritto di Sorgenia, sia nel caso di reiezione della relativa domanda.
9. Al contempo Sorgenia ha affermato che già prima dell'accordo in esame, tutti gli amministratori di Eolica Bisaccia erano necessariamente nominati da Sorgenia, in quanto quelli che rappresentavano Enerman si erano dimessi in conseguenza di un progressivo disinteresse manifestato dalla stessa società alla realizzazione dell'impianto per il quale Eolica Bisaccia aveva ottenuto il necessario titolo autorizzativo. L'accordo, quindi, avrebbe fatto in modo che lo *status quo esistente* non cambiasse in attesa della pronuncia del lodo.
10. Sorgenia ha altresì messo in evidenza i limitati effetti negativi dell'omissione, atteso che l'operazione non pregiudica l'assetto concorrenziale del mercato. Secondo l'impresa, la modesta incidenza dell'operazione in esame sotto il profilo concorrenziale è data in primo luogo dalla quota di mercato detenuta da Sorgenia nel mercato interessato dall'operazione che non raggiunge il 10% dell'intero mercato della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili e, in secondo luogo, dalla circostanza che l'impianto eolico oggetto di acquisizione potrà comportare u incremento della propria quota di mercato largamente inferiore all'1%. Peraltro, la Parte ha sottolineato che il progetto eolico previsto dall'attività di Eolica Bisaccia non è ancora stato realizzato e, pertanto, tale ramo d'azienda non ha ancora prodotto alcun fatturato.

5.2. Sull'elemento soggettivo dell'infrazione

11. In relazione all'omissione contestata, la parte esclude qualsiasi profilo di intenzionalità e di volontà di eludere dolosamente il controllo preventivo dell'Autorità. A riprova di ciò, essa invoca la spontaneità della comunicazione che Sorgenia ha effettuato nel corso del medesimo anno solare della stipulazione dell'Accordo.
Tutto ciò proverebbe la totale buona fede della parte e sarebbe indice del fatto che la condotta omissiva non sia dipesa dalla volontà di sottrarsi al controllo preventivo quanto, piuttosto, dalla convinzione che soltanto con il deposito del lodo arbitrale si sarebbe avuta una definizione e cristallizzazione dell'operazione, in quanto solo da quel momento si sarebbe realizzato un cambiamento, derivante o dall'acquisto del 100% di Eolica Bisaccia da parte di Sorgenia o dalla liberazione di Enerman dalla soggezione alla opzione Call.

VI. VALUTAZIONI IN RELAZIONE ALL'OMESSA COMUNICAZIONE DELLE OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE

12. Dagli atti del procedimento risulta che l'operazione di concentrazione è stata realizzata già al momento in cui è stato stipulato l'Accordo del 2012 (10 febbraio 2012) in un momento precedente a quello in cui ne è stata data comunicazione (7 dicembre 2012), cosicché l'obbligo di comunicazione preventiva di cui all'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90 è stato violato. Infatti, benché l'Accordo del 2012 tra Sorgenia ed Enerman avesse, come rilevato anche dalla parte del corso del procedimento, natura temporanea, essendo stato stipulato in attesa del deposito del lodo arbitrale, esso era suscettibile di essere rinnovato proprio in seguito al lodo arbitrale che avrebbe potuto, come poi effettivamente è successo, confermare il conferimento a Sorgenia del controllo esclusivo su Eolica Bisaccia. Il passaggio di controllo determinato dall'accordo del 2012 può quindi esser già considerato come una modifica duratura del controllo[1] alla quale si applica la normativa prevista per le operazioni di concentrazione, ivi incluso l'obbligo di comunicazione preventiva di cui al comma 1 dell'articolo 16 della legge n. 287/90.

6.1. Sull'elemento soggettivo dell'infrazione

13. Con riguardo all'elemento soggettivo dell'infrazione, le circostanze accertate portano ad escludere l'esistenza di una volontà diretta ad eludere dolosamente il controllo preventivo dell'Autorità sulle operazioni di concentrazione. Tuttavia, non si è in presenza di elementi tali da configurare una fattispecie di errore scusabile. Tale ipotesi ricorre solo in presenza di un elemento positivo, estraneo all'autore, che sia stato idoneo ad ingenerare nell'agente l'incolpevole opinione di liceità del suo agire.
Nel caso di specie, l'omessa comunicazione è invece imputabile ad una manchevolezza da parte di Sorgenia, per cui la colpevolezza dell'omissione non può essere esclusa. Alla luce di tali considerazioni, deve ritenersi applicabile l'articolo 3 della legge n. 689/81, che prevede la responsabilità per qualsiasi azione od omissione cosciente e volontaria, "sia essa dolosa o colposa".

6.2 Sull'elemento oggettivo dell'infrazione

14. La Parte ha sottolineato come l'operazione di concentrazione tardivamente comunicata non appaia idonea a determinare significativi mutamenti dell'assetto concorrenziale del mercato interessato.
Tale considerazione non può comunque rilevare né ai fini dell'accertamento della violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva, né ai fini dell'applicabilità della relativa sanzione, ma solo relativamente alla quantificazione di tale sanzione. In effetti, le disposizioni di cui all'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90 sono state previste dal legislatore al fine di tutelare il rispetto delle competenze dell'Autorità in relazione al controllo delle concentrazioni, controllo consistente in attività di analisi e verifica necessariamente preventive che risultano, di conseguenza, irrimediabilmente eluse in caso di omessa comunicazione.

6.3. Irrogazione della sanzione e sua determinazione

15. Pertanto, accertata la violazione dell'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90 e la sua imputabilità alla società Sorgenia, si ritiene di dover procedere all'irrogazione della sanzione come previsto dall'articolo 19, comma 2, della medesima legge.
A tal fine, secondo l'articolo 11[2] della legge n. 689/81[3], occorre fare riferimento "*alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso ed alle sue condizioni economiche*".
In relazione alla gravità dell'infrazione, questa va valutata tenendo conto di una vasta gamma di fattori tra i quali, in particolare, rilevano gli effetti concorrenziali delle operazioni tardivamente comunicate che, nel caso di specie e in accordo alla valutazione che segue, non appaiono essere restrittivi.

---

[1] *["non si può escludere una modifica duratura del controllo in base al fatto che i relativi accordi sono conclusi per un periodo di tempo determinato, qualora detti accordi siano rinnovabili" Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (2008/C 95/01).]*

[2] *[Relativo ai "Criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie".]*

[3] *[Recante "Modifiche al sistema penale".]*

In merito all'azione riparatrice svolta dal responsabile dell'infrazione, vale qui richiamare la circostanza della spontaneità della comunicazione.
Quanto alla durata, nel caso di specie i ritardi risultano relativamente contenuti, pari a circa 10 mesi.

VII. VALUTAZIONE DELLE OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE

7.1. Il mercato rilevante

16. L'operazione in esame riguarda l'attività di generazione di energia elettrica da fonti rinnovabili, in particolare da fonte eolica, che rientra nell'ambito del più ampio settore della generazione di energia elettrica da fonti sia tradizionali sia rinnovabili. L'energia elettrica generata in Italia e quella importata definiscono, dal lato merceologico, l'offerta all'ingrosso di energia destinata alla copertura del fabbisogno nazionale e quindi il mercato dell'approvvigionamento all'ingrosso.
Dal punto di vista geografico, il mercato dell'approvvigionamento all'ingrosso di energia elettrica è di dimensioni sovraregionali, sulla base di una suddivisione in macrozone (Nord, Sud, Sicilia e Sardegna) dettata sia da vincoli di trasmissione che da differenze nella struttura dell'offerta, che si riflettono in differenze stabili nei prezzi di vendita dell'energia elettrica[4]. In considerazione della localizzazione dell'impianto fotovoltaico di cui è titolare il ramo d'azienda, il mercato geografico è quello della macrozona Sud.

7.2. Effetti dell'operazione

17. Nella macrozona Sud, il gruppo Sorgenia attualmente detiene, anche indirettamente, una quota di mercato nell'approvvigionamento all'ingrosso di energia elettrica, in termini di capacità installata, pari a circa l'8,6%[5]. L'impianto eolico oggetto dell'operazione in esame comporterà per il gruppo Sorgenia un incremento marginale della propria quota di mercato, in misura largamente inferiore all'1%. Ne discende che l'operazione comunicata non è idonea a modificare in maniera sostanziale le condizioni concorrenziali presenti nel mercato di riferimento.

CONSIDERATO, pertanto, che l'operazione in esame, in quanto ha comportato l'acquisizione del controllo di un'impresa, costituiva concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1 lettera *b*), della legge n. 287/90;

CONSIDERATO che, nell'operazione di cui trattasi, il fatturato realizzato dall'insieme delle imprese interessate, per il periodo al quale l'acquisizione si riferisce, è stato superiore alla soglia minima prevista dell'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90 e che, pertanto, l'operazione in esame era soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva previsto dallo stesso articolo;

CONSIDERATO che l'operazione suddetta non è stata preventivamente comunicata, in violazione dell'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90;

RITENUTI sussistenti i presupposti che giustificano l'irrogazione della sanzione di cui all'articolo 19, comma 2, a carico della società Sorgenia nella misura di 5.000 € (cinquemila euro), sanzione che appare congrua a realizzare l'obiettivo di assicurare che l'attività di controllo delle concentrazioni attribuita all'Autorità si fondi sul sistematico e diligente rispetto dell'obbligo di comunicazione preventiva stabilito dall'articolo 16 della legge n. 287/90;

RITENUTO, inoltre, con riferimento alla valutazione concorrenziale dell'operazione di concentrazione in esame, che la stessa non è stata suscettibile di determinare, ai sensi dell'articolo 6 comma 1 della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nel mercato interessato, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

ORDINA

alla società Sorgenia S.p.A. di pagare, quale sanzione amministrativa per la violazione accertata, la somma complessiva di 5.000 € (cinquemila euro) per la mancata comunicazione dell'acquisizione del controllo esclusivo di Eolica Bisaccia.

La sanzione amministrativa di cui sopra deve essere pagate entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e Cbi messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle entrate, disponibili sul sito

---

[4] *[Indagine conoscitiva sullo stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale, febbraio 2005, in Boll. n. 6/05.]*

[5] *[In questa quota di mercato è stata considerata anche il 50% della capacità installata degli impianti di Tirreno Power SpA, società posseduta al 50% da Energia Italiana SpA, il cui capitale sociale è a sua volta detenuto per il 78% da Sorgenia.]*

internet www.agenziaentrate.gov.it. Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita Iva sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, 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. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso, la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento, la società Sorgenia S.p.A. è tenuta a dare immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella