

## Garanzie, ora serve un intervento del legislatore

*Un'analisi dello studio legale Caiazza, Donnini, Pappalardo che ha vinto il ricorso di Aiget contro il codice CADE*



*Nell'articolo che segue, l'avvocato **Enrico Di Tomaso**, dello studio legale Caiazza, Donnini, Pappalardo & Associati, che ha portato avanti il ricorso di Aiget al Tar Lombardia contro il Codice di rete tipo per la distribuzione di elettricità, risoltosi con l'annullamento della delibera 268/2015/R/eeel nella parte in cui obbliga i venditori di energia a prestare garanzie anche a copertura degli oneri di sistema, ricostruisce la complessa vicenda e analizza le sentenze nelle loro implicazioni, giungendo alla conclusione che sia ora auspicabile un intervento del legislatore, a correzione dell'asimmetria che si viene a creare tra trader e distributori, con questi ultimi che continuano a essere obbligati a corrispondere per intero alla Cassa per i servizi elettrici ambientali e al Gse gli oneri di sistema fatturati anche quando essi non vengono incassati.*

In data 31 gennaio 2017, il TAR Lombardia, sede di Milano, ha annullato la delibera 268/2015/R/EEL dell'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico ("AEEGSI"), recante "Codice di Rete tipo per il servizio di trasporto di energia elettrica: disposizioni in merito alle garanzie contrattuali ed alla fatturazione del servizio" ("Codice di Rete"), nella parte in cui prevedeva che gli utenti del servizio di trasporto di energia elettrica (vale a dire i soggetti che acquistano all'ingrosso energia elettrica e la rivendono ai clienti finali, anche detti "trader") avessero l'obbligo di prestare garanzie anche a copertura degli oneri generali di sistema.

Le sentenze in oggetto si inseriscono in una lunga vicenda, contraddistinta dall'adozione di due delibere da parte dell'AEEGSI, entrambe colpite a stretta successione dalla scure dei giudici amministrativi.

Al fine di affrontare l'argomento occorre preventivamente ricordare che gli oneri di sistema costituiscono degli importi, inseriti direttamente nella fattura (bolletta) per la fornitura di energia elettrica ai clienti finali, a copertura di costi relativi ad attività di interesse generale per il sistema elettrico: queste includono lo smantellamento delle centrali elettronucleari, gli incentivi alla produzione di energia da fonti rinnovabili, le agevolazioni a favore delle imprese c.d. energivore, le attività di ricerca e sviluppo a favore dell'innovazione tecnologica in ambito elettrico (1). Come tali, gli oneri di sistema non si riferiscono a costi legati alla fornitura del servizio, ma costituiscono un prelievo di natura parafiscale (2), a finanziamento di interessi generali della collettività.

Nella prassi i distributori di energia elettrica, all'atto della stipulazione del contratto di trasporto di energia, imponevano a carico delle proprie controparti contrattuali (in sostanza i venditori di energia elettrica ai clienti finali operanti nella zona di concessione della distribuzione) l'obbligo di prestare una garanzia o una fidejussione bancaria a prima richiesta rilasciata da un primario istituto finanziario a copertura dei costi del servizio di trasporto. Nel tempo, tuttavia, alcuni distributori di energia elettrica cominciarono a pretendere che le garanzie in esame coprissero anche il rischio di inadempimento del pagamento degli oneri di sistema, nonostante la natura parafiscale di questi ultimi e il loro essere posti a carico dei clienti finali.

Alcuni venditori si rifiutavano, però, di adeguare le garanzie in oggetto alla nuova richiesta, ritenendo di non essere tenuti a garantire l'adempimento di oneri posti a carico di soggetti diversi, quali i consumatori finali. Per comprendere appieno l'impatto economico della prassi contestata, occorre

osservare che l'importo degli oneri di sistema è cresciuto gradatamente negli anni, in particolare con gli interventi normativi a sostegno dell'incentivazione della produzione di energie rinnovabili, tanto da costituire oggi una parte significativa (mediamente pari al 60%, con punte fino all'80%) dell'importo in bolletta a carico degli utenti finali per la fornitura di energia elettrica. Di conseguenza, l'inclusione di tali oneri tra i rischi coperti dalla garanzia in esame finisce per aumentare notevolmente il valore della medesima garanzia e il costo del relativo ottenimento presso l'istituto bancario e finanziario, oltre a diminuire correlativamente la capacità della società di accedere a nuovi finanziamenti (3).

La vicenda approdava, quindi, alle aule del Tribunale delle Imprese di Roma, dinnanzi al quale la società Metaenergia S.p.A. esperiva ricorso d'urgenza contro la decisione della società Enel Distribuzione S.p.A. di interrompere l'accesso della ricorrente al portale che gestisce l'attivazione di nuove forniture (4), a seguito del rifiuto di Metaenergia di adeguare l'importo della garanzia.

Il giudice capitolino accoglieva il ricorso, statuendo che l'imposizione di clausole di adeguamento di garanzie a copertura del pagamento degli oneri di sistema costituisse un abuso di posizione dominante da parte di Enel Distribuzione ai danni di Metaenergia, conseguentemente ordinando la riammissione di Metaenergia al portale in oggetto (5). È infatti appena il caso di osservare che il distributore di energia elettrica ha una concessione in esclusiva nella zona di riferimento, sulla quale gode, pertanto, di un vero e proprio monopolio per la fornitura del servizio, di talché ogni imposizione contrattuale ingiustificatamente gravosa può astrattamente qualificarsi come uno sfruttamento abusivo della propria posizione dominante.

La decisione del Tribunale delle Imprese di Roma spingeva l'AEEGSI ad intervenire al fine di regolamentare la questione. Il regolatore adottava, pertanto, la delibera AEEGSI n. 612/2013/R/EEL, con cui avviava una consultazione pubblica in materia di codice di rete, stabilendo nelle more che la garanzia da prestare ai sensi del contratto di trasporto avrebbe dovuto coprire anche gli oneri di sistema.

Awerso tale previsione la società Gala S.p.A. proponeva appello dinnanzi al TAR Lombardia, sede di Milano, chiedendo l'annullamento della previsione in esame contenuta nella delibera AEEGSI n. 612/2013/R/EEL.

Il TAR Lombardia, con sentenza n. 854 del 27 marzo 2015, respingeva però l'appello, ritenendo che l'obbligo di pagamento degli oneri generali di sistema gravasse, sul piano giuridico, sugli utenti della rete, vale a dire sui venditori di energia elettrica (6), e che l'AEEGSI avesse il potere di integrare la regolamentazione contrattuale tra le parti sul punto in questione in ragione delle prerogative attribuite all'autorità dalla legge istitutiva della medesima (7).

Nel frattempo arrivava a conclusione la consultazione avviata con la delibera AEEGSI n. 612/2013/R/EEL, suggellata dall'adozione in data 4 giugno 2015 della già citata delibera 268/2015/R/EEL, con cui l'AEEGSI adottava le disposizioni del Codice di Rete.

Per quanto qui di interesse, la delibera 268/2015/R/EEL stabiliva che l'importo della garanzia per il servizio di trasporto fosse "pari alla somma (...) degli importi fatturati, comprensivi dei corrispettivi per il servizio di trasporto, degli oneri generali di sistema, delle ulteriori componenti e delle imposte, nel secondo, nel terzo e nel quarto mese precedente il mese in cui la stima ha luogo" (cfr. All. B, § 2.8).

Dopo l'adozione di due delibere recanti le medesime determinazioni sul punto e il rigetto del ricorso da parte del TAR Lombardia, la questione dell'inclusione degli oneri di sistema tra gli importi coperti dalle garanzie a copertura del servizio di trasporto di energia elettrica sembrava ormai chiusa. La vicenda veniva, invece, riaperta dalla sentenza n. 2182 del 24 maggio 2016 del Consiglio di Stato. In tale sentenza, emessa sul ricorso in appello proposto awerso la precedente sentenza del TAR Lombardia, i giudici di Palazzo Spada affermavano che:

- la normativa in vigore stabilisce che gli oneri di sistema gravano sugli utenti finali e non sui venditori, laddove il rapporto tra questi ultimi e i distributori in relazione agli obblighi di riscossione degli oneri di sistema nella filiera ha natura meramente contrattuale;

- l'AEEGSI non aveva potere di (etero)integrazione del contratto tra distributore e venditore rispetto alle previsioni in materia di garanzie, dal momento che le norme che le conferiscono un potere di integrazione contrattuale, richiamate nella sentenza annullata (8), sono riservate al perseguimento di finalità specifiche (quali l'andamento del mercato, le esigenze degli utenti, i livelli generali e specifici di qualità del servizio), non sussistenti nel caso di specie;

conseguentemente annullando la delibera 612/2013 in parte qua, non essendo riservato all'AEEGSI, bensì "all'autonomia contrattuale delle parti, nella stipulazione dei singoli contratti di trasporto" individuare eventualmente il soggetto su cui gravano le conseguenze del mancato pagamento degli oneri di sistema da parte dei clienti finali.

Tali indicazioni sono state riprese dalle sentenze, pubblicate il 31 gennaio scorso, con cui il TAR Lombardia, sezione Milano, mutando l'orientamento precedentemente espresso con la sentenza n. 854/2015, ha deciso sui ricorsi nel frattempo esperiti nei confronti della delibera 268/2015/R/EEL.

In tali pronunce (9), il TAR Lombardia, dopo aver ripercorso le vicende che hanno interessato la delibera 612/2013, ha condiviso la tesi della ricorrente secondo cui "le garanzie imposte ai traders per il versamento degli oneri di sistema sono riferite a un debito che non è proprio di tali soggetti" (10), escludendo al tempo stesso la presenza di una copertura normativa per l'imposizione di prestazioni a garanzia di un debito altrui (11).

Il collegio ha, però, tenuto a precisare che "l'assenza di un potere dell'Autorità di eterointegrazione dei contratti tra distributori e traders mediante l'imposizione di garanzie a carico di questi ultimi deve essere predicata con esclusivo riferimento alle obbligazioni che non sono proprie degli stessi traders e che tali soggetti non sono tenuti ad assumere in virtù di norme di legge". Diversa conclusione si impone, invece, in presenza di prestazioni effettivamente dovute dagli stessi trader, quali esemplificate dall'obbligo di corresponsione ai distributori degli oneri di sistema già riscossi dai trader presso i clienti finali; situazioni che, ad avviso del collegio, "legittimano l'intervento dell'Autorità mediante la fissazione delle condizioni economiche di accesso alla rete" (12).

Nei termini appena delineati il collegio ha accolto il ricorso e, per l'effetto, ha annullato in parte qua la delibera impugnata.

Occorre a questo punto analizzare gli effetti pratici di tali decisioni.

Sul piano dell'annullamento delle disposizioni della delibera impugnata, esso impedirà per il futuro l'imposizione di garanzie a copertura degli oneri di sistema, nei limiti in cui tale pretesa venga giustificata sulla base delle medesime disposizioni annullate.

Le sentenze appena analizzate non impediranno, però, in principio, che nella stipulazione dei contratti di trasporto di energia le parti possano prevedere che le garanzie da prestare coprano anche gli importi a titolo di oneri di sistema; tali sentenze hanno, infatti, semplicemente ritenuto illegittima la previsione regolamentare che imponeva tale obbligo, laddove, come detto, il Consiglio di Stato aveva, in precedenza, ritenuto necessariamente riservato "all'autonomia contrattuale delle parti, nella stipulazione dei singoli contratti di trasporto", l'individuazione del soggetto su cui gravano le conseguenze del mancato pagamento degli oneri di sistema da parte dei clienti finali.

Ciò non toglie che l'imposizione di simili clausole potrebbe incontrare nuovi limiti, integrando, ad esempio, come già stabilito dal Tribunale di Roma, un illecito anticoncorrenziale sotto forma di sfruttamento abusivo della posizione dominante del distributore (13).

Quanto all'affermazione incidentale tesa a riconoscere in capo all'AEEGSI il potere di disciplinare profili relativi ad obbligazioni effettivamente proprie dei trader, si svolgono di seguito le seguenti considerazioni.

L'affermazione in oggetto non sembra, innanzitutto, spiegare effetti diretti sulle garanzie da prestare nell'ambito dei contratti di trasporto, che difficilmente potrebbero prevedere ex ante l'ammontare degli oneri di sistema che verranno effettivamente riscossi dai trader ed essere rimodulate sulla base degli stessi importi.

Essa appare piuttosto produrre un effetto indiretto su altre disposizioni del Codice di Rete, che possono essere lette nel senso di imporre ai trader di assumere o sopportare rischi derivanti da obbligazioni altrui. Infatti, proprio il riferimento, operato dal TAR Lombardia, all'obbligo dei trader di corrispondere ai distributori le somme rimosse dai clienti finali appare suggerire, a contrario e quale necessario corollario logico, che i trader siano tenuti a corrispondere ai distributori, a titolo di oneri di sistema, le sole somme effettivamente rimosse presso i clienti finali e non le cifre in genere fatturate a tale titolo dai distributori. In altre parole, le previsioni in materia di fatturazione dei servizi prestati dai distributori (e oneri annessi) ai trader (cfr. art. 2.5 dell'Al. C alla delibera 268/2015) potrebbero essere lette nel senso di autorizzare i trader a corrispondere ai distributori gli oneri di sistema nella misura in

cui essi li abbiano incassati dai clienti finali. Una diversa lettura della norma in esame, volta ad imporre ai trader il pagamento anticipato di tutte le cifre fatturate dai distributori a titolo di oneri di sistema, finirebbe, infatti, per imporre ai trader di sopportare un rischio (quale quello di insolvenza del cliente finale) relativo ad “obbligazioni che non sono proprie degli stessi traders”, ciò che risulta incompatibile con i principi espressi dal TAR Lombardia.

A questo proposito, è tuttavia auspicabile un intervento del legislatore, che corregga l'asimmetria che si verrebbe così a creare in materia tra i trader e i distributori. Questi ultimi, infatti, continuano ad essere tenuti a corrispondere alla Cassa per i Servizi Energetici e Ambientali (già Cassa Conguaglio per il Settore Elettrico) ovvero al Gestore dei Servizi Energetici le somme interamente fatturate a titolo di oneri di sistema (14), a prescindere dal relativo incasso (15) e senza la possibilità, del resto, di monitorare i pagamenti da parte dei clienti finali in assenza di un rapporto diretto con questi ultimi; squilibrio tanto più aggravato a seguito dell'eliminazione della previsione dell'aggio, pari allo 0,5% dell'importo fatturato, precedentemente trattenuto dalle imprese distributrici a titolo di copertura del rischio di inesigibilità (16).

Note:

1) *Gli oneri generali del sistema elettrico sono definiti dal D.L. 18 febbraio 2003, n. 25, convertito in L. 17 aprile 2003, n. 83. Per ulteriori informazioni si veda <http://www.autorita.energia.it/it/eletricita/onerigenerali.html>*

2) *La definizione degli oneri in questione come “parafiscali” è condivisa dall'AEEGSI nel suo atto del 19 aprile 2007, n. 17/07, consultabile all'indirizzo web <http://www.autorita.energia.it/allegati/docs/pareri/atton.17-07.pdf> La natura fiscale (più precisamente di imposte indirette) di tali oneri è stata riconosciuta altresì dalla Corte di Giustizia, sez. IX, sentenza 18 gennaio 2017, causa C-189/15, IRCCS – Fondazione Santa Lucia contro Cassa conguaglio per il settore elettrico e altri (punti 26-40).*

3) *Ai sensi dell'art. 2424 c. 3 c.c., le garanzie prestate dalle società erano originariamente iscritte in calce allo stato patrimoniale. A seguito dell'abrogazione del c. 3 dell'art. 2424 c.c., avvenuta ad opera dell'art. 6 c. 4 lett. n) della L. n. 139/2015, le garanzie prestate dalla società sono ora esclusivamente menzionate nella nota integrativa. L'evidenziazione di tali voci nella nota integrativa (e, in precedenza, nello stato patrimoniale) può ovviamente parzialmente disincentivare banche e istituti finanziari a concedere finanziamenti alla società in questione.*

4) *Nello specifico si trattava del portale F.O.U.R., attraverso il quale il venditore può richiedere l'apertura di nuovi punti di accesso per nuovi clienti, al fine di consentire la fornitura di energia elettrica a questi ultimi.*

5) *Trib. Imprese Roma, sez IX, ord. 15-24 ottobre 2013, rel. Muscolo.*

6) *§§ 26-29. La pronuncia in esame aggiunge (§ 30) che i venditori di energia elettrica provvedono, quindi, a fatturare ai clienti finali gli importi connessi agli oneri di sistema mediante un'operazione di traslazione, sebbene dal punto di vista giuridico i venditori rimangano i soggetti formalmente obbligati al pagamento di tali costi.*

7) *Nella specie, la sentenza citava l'art. 12. c. 2, della L. n. 481/1995, il quale afferma:*

*- alla lett. d), che l'Autorità “propone la modifica delle clausole (...) delle convenzioni (...) e delle condizioni di svolgimento dei servizi, ove ciò sia richiesto dall'andamento del mercato o dalle ragionevoli esigenze degli utenti, definendo altresì le condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione alle reti, ove previsti dalla normativa vigente”;*

*- alla lett. h) che l'Autorità “emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente (...)”, direttive idonee a produrre gli effetti di cui al c. 37, vale a dire modifica o integrazione del regolamento di servizio predisposto dal soggetto regolatore.*

8) *Cfr. nota 7 supra.*

9) *Cfr. sentenze TAR Lombardia, sede Milano, nn. 237/2017, 238/2017, 243/2017 e 244/2017,*

*pubblicate in data 31 gennaio 2017.*

10) *Cfr. § 12 delle sentenze in esame.*

11) *§§ 12, 13 delle sentenze in esame.*

12) *Cfr. § 14 delle sentenze in oggetto.*

13) *Si fa riferimento all'ordinanza citata alla nota 5 infra.*

14) *Cfr. art. 41 del Testo integrato delle disposizioni per l'erogazione dei servizi di trasmissione e distribuzione dell'energia elettrica per gli anni 2016-2019, adottato dall'AEEGSI con delibera 654/2015/R/EEL del 23 dicembre 2015,*

15) *Occorre osservare che tale obbligo è frutto di un assetto di mercato e regolatorio, caratterizzato da un'integrazione verticale degli attori della filiera energetica, ormai sorpassato alla luce dello sviluppo del processo di liberalizzazione del mercato energetico.*

16) *Tale meccanismo è stato abrogato con effetto a partire dal 1 gennaio 2016.*

---

© Tutti i diritti riservati

E' vietata la diffusione e o riproduzione anche parziale in qualsiasi mezzo e formato.