

Oneri di sistema, quale soluzione normativa?

Dopo la segnalazione dell'Antitrust



*Nel contributo che segue l'avvocato **Enrico Di Tomaso** dello studio **Caiazza Donini Pappalardo & Associati** analizza la recente segnalazione AGCM a Parlamento e Governo sul nodo delle garanzie chieste dai distributori elettrici a copertura del rischio morosità dei clienti finali anche per gli oneri di sistema, soffermandosi in particolare su pro e contro delle due soluzioni prospettate dall'autorità antitrust: un trattamento di tipo fiscale degli oneri sul modello "canone Rai" o una*

diversa ripartizione del rischio insolvenza tra i vari soggetti della filiera.

Come ricordato dalla *Staffetta* in data 15 febbraio 2017, i giudici amministrativi hanno annullato, a più riprese¹, le previsioni adottate dall'Autorità per l'Energia Elettrica il Gas e il Servizio Idrico ("AEEGSI"), che imponevano agli utenti del servizio di trasporto (in sostanza i venditori di energia elettrica operanti nella zona di concessione della distribuzione, detti anche *trader*) di prestare a favore dei distributori garanzie a copertura anche degli oneri generali del sistema elettrico². Ciò per un duplice ordine di motivi, consistenti:

1) nella natura parafiscale degli oneri generali di sistema, gravanti giuridicamente ed economicamente sui clienti finali;

2) nell'assenza di poteri regolamentari dell'AEEGSI in tale materia.

L'AEEGSI ha, quindi, voluto nuovamente tornare sul tema, prevedendo con la delibera 109/2017/R/eel l'avvio di un procedimento volto alla riforma del c.d. Codice di Rete³ secondo le indicazioni fornite dalle sopraccitate pronunce amministrative; in via interinale, l'AEEGSI ha però previsto, ancora una volta, l'obbligo a carico dei *trader* di prestare garanzie a copertura del rischio di inadempimento degli oneri generali di sistema, accompagnato da una rimodulazione degli importi a cui commisurare dette garanzie, giustificata dalla necessità di allineare la stessa a quanto ordinariamente riscosso dai *trader* a titolo di oneri generali di sistema e, in quanto tale, rientrante negli obblighi degli stessi *trader*.

Tale previsione è stata, tuttavia, impugnata e successivamente sospesa in sede cautelare dal Consiglio di Stato⁴. Non sussiste, pertanto, allo stato e fatti salvi gli effetti della futura decisione nel merito sul ricorso attualmente pendente dinanzi al Consiglio di Stato, alcuna previsione regolatoria che imponga ai *trader* di coprire con la garanzia da prestare ai sensi del contratto di trasporto il pagamento degli oneri generali di sistema, con la conseguenza che tale questione risulta attualmente disciplinata esclusivamente a livello contrattuale tra le parti. Le pronunce dei giudici amministrativi non hanno, infatti, inciso, né avrebbero potuto, sull'assetto contrattuale di tale materia tra società di distribuzione e *trader*, rimanendo riservato "all'autonomia contrattuale delle parti, nella stipulazione dei singoli contratti di trasporto", regolare il profilo "circa il soggetto che subisce le conseguenze dell'inadempimento dei clienti finali" all'obbligo di pagamento degli oneri generali di sistema⁵.

Tale assetto contrattuale è rimasto, pertanto, inalterato, anche in ragione dello strapotere contrattuale delle società di distribuzione e dell'evidente assenza di interesse di quest'ultime a modificare disposizioni contrattuali che, di fatto, le schermano dal rischio di inadempimento dei clienti finali all'obbligo di pagamento degli oneri generali di sistema.

Sul punto è, quindi, intervenuta l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM"), con la segnalazione al Parlamento e al Governo del 21 luglio scorso⁶.

L'AGCM si è invero principalmente concentrata sull'aspetto connesso all'obbligo di pagamento degli oneri generali di sistema, al quale le anzidette previsioni in tema di garanzie sono ovviamente strumentali.

Secondo le previsioni contrattuali vigenti, i *trader* sono pienamente responsabili del versamento ai distributori degli importi da questi ultimi fatturati a titolo di oneri generali di sistema, a prescindere dall'effettivo incasso di tali somme dai clienti finali (soggetti su cui, come detto, gravano giuridicamente ed economicamente tali oneri e da cui i *trader* si limitano a procedere alla relativa riscossione): in questo modo, i *trader* finiscono per coprire il rischio di insolvenza dei clienti finali, ciò che ha determinato una *"crescente esposizione debitoria dei venditori nei confronti dei distributori stessi"* e, in alcuni casi, la risoluzione del contratto e la conseguente uscita dal mercato di alcuni *trader*.

L'AGCM ha, quindi, affermato che *"clausole contrattuali che, addossando sui venditori la responsabilità integrale del pagamento degli oneri di sistema, determinano una ripartizione del tutto squilibrata del rischio derivante dalla insolvenza dei clienti finali relativamente a elementi, quali gli oneri di sistema, che prescindono dalla gestione industriale del servizio"*, sono suscettibili di alterare la struttura concorrenziale del mercato della vendita di energia elettrica ai clienti finali.

L'autorità antitrust ha, inoltre, aggiunto che tale rischio di alterazione concorrenziale della struttura del mercato risulta acuito dalla presenza sullo stesso anche di soggetti verticalmente integrati, a monte, nella distribuzione, che, a differenza di soggetti attivi solo sul mercato della vendita: (i) sono avvantaggiati *"nella gestione finanziaria del rischio di insolvenza dei clienti finali in quanto appartenenti a gruppi societari"*, potendo avvalersi di una *parent company guarantee* in luogo della necessità di prestare l'ordinaria fideiussione bancaria/assicurativa o un deposito cauzionale; (ii) *"possiedono, data la contestuale natura di concorrenti diretti e controparte obbligatoria dei soggetti venditori non integrati nei richiamati contratti, forti incentivi a comportamenti anticoncorrenziali"*.

In linea con quanto auspicato sulle colonne di questa rivista⁷, l'AGCM ha, in definitiva, concluso sollecitando l'intervento sul tema del legislatore, che, a suo avviso, dovrebbe indirizzarsi nel senso del riconoscimento della piena natura fiscale degli oneri in questione e, di conseguenza, nell'esclusione della *"necessità di una loro specifica trattazione nell'ambito delle pattuizioni tra venditori e distributori"*: in alternativa viene suggerita la previsione di *"una diversa distribuzione del rischio finanziario derivante da un'eventuale insolvenza dei clienti finali per gli oneri di sistema, in modo tale che lo stesso sia ripartito nell'ambito della filiera elettrica, evitando che esso gravi unicamente sulla parte liberalizzata del mercato"*.

L'opportunità di simili interventi normativi viene giustificata dall'AGCM in ragione dell'imminente liberalizzazione del mercato elettrico e della contestuale scomparsa del regime di maggior tutela, previsti a partire dal 1 luglio 2019⁸, che ad avviso dell'autorità antitrust potranno esplicare adeguati effetti pro-concorrenziali solo qualora sarà garantita un'effettiva parità fra gli operatori, senza che alcuni di questi siano indebitamente avvantaggiati dalla loro integrazione verticale. Un tema a cui l'AGCM appare essere particolarmente sensibile, come testimonia la recente apertura di tre distinti procedimenti a carico dei gruppi Enel, A2A e Acea⁹, aventi ad oggetto presunti comportamenti abusivi nel settore della vendita al dettaglio di energia elettrica, ipotizzati come *"preparatori"* propri allo scenario successivo all'abolizione del servizio di maggior tutela.

Peraltro, la necessità di un intervento normativo sulla materia degli oneri generali di sistema è stata da ultimo sottolineata altresì dall'AEEGSI nel recente documento di consultazione adottato con delibera

597/2017/R/eel e intitolato *Interventi in ordine alla disciplina delle garanzie contrattuali e alla fatturazione del servizio di trasporto dell'energia elettrica*¹⁰. In tale documento, l'autorità di settore, prima di illustrare i propri orientamenti sulla riforma delle rilevanti disposizioni del Codice di Rete, ha affermato la necessità di un'azione a livello legislativo, volta a qualificare le componenti a copertura degli oneri generali di sistema non più *“come maggiorazioni alle tariffe di accesso alla rete, ma, al più, come componenti autonome eventualmente da riscuotere presso il cliente finale a opera dell'utente”*; per il caso di inadempimento del singolo cliente finale l'AEEGSI ha inoltre sottolineato l'opportunità di adozione di procedure specifiche, che prevedano il coinvolgimento di appositi soggetti pubblici con competenze nel settore della riscossione coattiva delle imposte, analogamente a quanto previsto nella nuova disciplina di gestione della riscossione del canone RAI (§1.2.4).

Proprio quest'ultimo appare la soluzione più congrua alla natura degli oneri generali di sistema e idonea a prevenire gli effetti distorsivi sul mercato denunciati dall'AGCM.

Una simile misura potrebbe però incontrare delle resistenze di carattere politico, in quanto finirebbe per rendere trasparente anche al più distratto degli utenti finali l'esistenza e l'ammontare di tali oneri parafiscali e potrebbe gravare l'Agenzia delle Entrate di ulteriori compiti in materia di riscossione.

L'alternativa, come prefigurato dall'AGCM, è quella di prevedere una diversa distribuzione del rischio di insolvenza lungo la filiera elettrica, eventualmente accompagnata dalla previsione di un fondo comune a copertura della quota di insolvenza degli oneri generali di sistema.

Tale soluzione, sebbene forse più accettabile sul piano politico, non risolverebbe però la contraddizione con la natura parafiscale del prelievo in esame, con le conseguenti possibili criticità concorrenziali indicate dall'AGCM e le potenziali violazioni delle norme europee in materia di liberalizzazione del mercato della vendita di energia elettrica, che raccomandano l'accesso non discriminatorio alla rete di distribuzione e la fissazione di tariffe di trasmissione e distribuzione orientate ai costi¹¹. Inoltre, quest'ultima soluzione si tradurrebbe in una sorta di “socializzazione” delle insolvenze, aggravando i costi per l'utente diligente e senza andare a risolvere il problema dei *trader* che vengano assoggettati a procedure concorsuali e non siano così in grado di corrispondere l'integralità delle somme dovute ai distributori, ai quali non spetterebbe neppure il privilegio previsto per i debiti fiscali.

In entrambi i casi è però necessario, come ha sottolineato l'AGCM con la sua segnalazione al Governo e al Parlamento, l'intervento del legislatore, dal momento che, come ripetutamente chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, l'AEEGSI non ha i poteri per occuparsi della questione.

Note:

1 Cfr. sentenza C.d.S. n. 2182 del 24 maggio 2016 e TAR Lombardia, sede Milano, nn. 237, 238, 243 e 244 del 31 gennaio 2017.

2 Sulla definizione degli oneri generali del sistema elettrico e sul relativo inquadramento normativo si rimanda all'articolo del 15 febbraio 2017

citato nel testo, disponibile qui (v.Staffetta 18/02)

3 Delibera AEEGSI 268/2015/R/eel del 4 giugno 2015.

4 Ordinanza C.d.S. n. 2275 del 25 maggio 2017.

5 Sent. C.d.S. n. 2182/2016, cit, § 8.

6 Segnalazione AS1397 – Oneri generali di sistema per il settore elettrico, in Boll. AGCM n. 28 del 24 luglio 2017.

7 Si rimanda all'articolo pubblicato in data 15 febbraio 2017, già citato in precedenza.

8 Cfr. art. 1 c. 59 della L. n. 124/2017 (c.d. legge annuale per il mercato e la concorrenza), pubblicata in G.U. 14/08/2017.

9 Cfr. provvedimento n. 26581 del 4 maggio 2017, caso A511 - ENEL/condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica;

provvedimento n. 26587 del 4 maggio 2017, caso A512 – A2A/condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica;

provvedimento n. 26590 del 4 maggio 2017, caso A513 – ACEA/condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica.

10 In tale documento l'AEEGSI ha voluto dare avvio al procedimento di consultazione sulle modifiche al Codice di Rete deliberato con la citata

delibera 109/2017/R/eel.

11 Ci si riferisce, in particolare, alla Direttiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativa a norme comuni

per il mercato interno dell'energia elettrica, consideranda 3, 26 e 36.

© Tutti i diritti riservati

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