

DELIBERAZIONE 4 AGOSTO 2020
304/2020/E/EEL

DECISIONE DEL RECLAMO PRESENTATO DA EEMS ITALIA S.P.A. NEI CONFRONTI DI ARETI S.P.A.

L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE

Nella 1122^a riunione del 4 agosto 2020

VISTI:

- la direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009;
- la legge 7 agosto 1990 n. 241 (di seguito: legge 241/90);
- la legge 14 novembre 1995, n. 481 (di seguito: legge 481/95);
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (di seguito: decreto legislativo 79/99);
- il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93 (di seguito: decreto legislativo 93/11);
- il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 coordinato con la legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27, e s.m.i. (di seguito: decreto-legge 18/2020);
- la deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità) 9 giugno 2006, 111/06 e, in particolare, l'Allegato A (di seguito: deliberazione 111/06);
- la deliberazione dell'Autorità 18 maggio 2012, 188/2012/E/com e, in particolare, l'Allegato A, recante "Disciplina per la trattazione dei reclami presentati da operatori contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione (articolo 44, commi 1 e 2, del D.lgs. 1 giugno 2011, n. 93" (di seguito: Disciplina o deliberazione 188/2012/E/com);
- la deliberazione dell'Autorità 12 giugno 2014, 270/2014/A;
- la deliberazione dell'Autorità 4 giugno 2015, 268/2015/R/eel (di seguito: Codice tipo);
- la deliberazione dell'Autorità 20 novembre 2018, 582/2018/E/eel recante "Decisione del reclamo presentato da Gala Power S.r.l. nei confronti di e-distribuzione S.p.A." (di seguito: deliberazione 582/2018/E/eel);
- la deliberazione dell'Autorità 20 novembre 2018, 583/2018/E/eel, recante "Decisione del reclamo presentato da Gala Power S.r.l. nei confronti di Areti S.p.A." (di seguito: deliberazione 583/2018/E/eel);

- la deliberazione dell’Autorità 14 maggio 2019, 181/2019/E/eel, recante “Decisione del reclamo presentato da EEMS Italia S.p.A. nei confronti di Areti S.p.A.” (di seguito: deliberazione 181/2019/E/eel);
- il vigente assetto organizzativo dell’Autorità;
- la nota del 5 marzo 2018 (prot. Autorità 7693), con cui il Direttore della Direzione Advocacy Consumatori e Utenti dell’Autorità ha delegato il Responsabile dell’Unità Arbitrati e Decisioni Controversie allo svolgimento della funzione di responsabile del procedimento ai sensi della deliberazione 188/2012/E/com.

FATTO:

1. Con reclamo presentato il 18 febbraio 2020 (prot. Autorità 5634 in pari data), EEMS Italia S.p.A. (di seguito anche: reclamante o EEMS) ha contestato, ad Areti S.p.A. (di seguito anche: gestore o Areti), la presunta violazione dell’obbligo di connessione alla rete di distribuzione elettrica, previsto dall’articolo 9 del decreto legislativo 79/99;
2. con nota del 26 febbraio 2020 (prot. 6952), l’Autorità ha comunicato alle parti l’avvio del procedimento di trattazione del reclamo;
3. con nota del 26 marzo 2020 (prot. Autorità 10625 in pari data), il gestore ha richiesto all’Autorità quali fossero i nuovi termini infraprocedimentali per presentare osservazioni, memorie e documenti, vista la sospensione *ex lege* dei termini dei procedimenti amministrativi disposta dall’articolo 103, comma 1 del decreto-legge 18/2020;
4. con nota del 31 marzo 2020 (prot. 11035), l’Autorità ha riscontrato la richiesta del gestore del 26 marzo 2020 e ha, altresì, richiesto alle parti alcune informazioni, in particolare al gestore di: *“1. fornire tutte le informazioni rilevanti in virtù delle quali l’impresa distributrice ha negato l’accesso alla rete all’utente del trasporto EEMS Italia S.p.A.; 2. descrivere dettagliatamente le fasi del processo che precedono la sottoscrizione del contratto del trasporto, con particolare riferimento alla verifica della documentazione attestante i mandati senza rappresentanza; 3. dare conto di casi analoghi a quello oggetto del presente procedimento verificatisi nel corso dell’ultimo anno, in cui l’accesso alla rete di distribuzione sia stato negato sulla base di morosità o inadempimenti del venditore, specificando le ragioni alla base di tali eventuali dinieghi”*. L’Autorità ha, altresì, richiesto al reclamante *“di trasmettere la documentazione attestante i mandati senza rappresentanza dei clienti finali per conto dei quali è stata richiesta la stipula del contratto di trasporto ad Areti S.p.A.”*;
5. con nota del 6 aprile 2020 (prot. Autorità 11693 in pari data), il reclamante ha risposto alla richiesta di informazioni dell’Autorità;
6. con note del 27 aprile 2020 (prot. Autorità 13519 e 13520 in pari data), il gestore ha presentato la propria memoria difensiva, corredata da un *“Parere professionale per Areti S.p.A. relativo ai rapporti societari tra Gala Holding S.r.l., Gala S.p.A. e EEMS Italia S.p.A.”*, reso dal prof. Giuseppe Sancetta e, contestualmente, risposto

alla richiesta di informazioni dell’Autorità, richiedendo l’audizione ai sensi dell’art. 4, comma 2 della Disciplina;

7. in data 14 luglio 2020, la Direzione Mercati Retail e Tutele dei Consumatori ha formulato il parere tecnico, ai sensi dell’art. 5, comma 2 della Disciplina.

QUADRO NORMATIVO:

8. Ai fini della decisione del presente reclamo, rilevano le norme in tema di accesso al servizio di trasporto di energia elettrica, in particolare:
 - a) la direttiva 2009/72/CE la quale, all’articolo 32:
 - (i) prescrive agli Stati membri di garantire “l’attuazione di un sistema di accesso dei terzi ai sistemi di trasmissione e di distribuzione basato su tariffe pubblicate, praticabili a tutti i clienti idonei, ed applicato obiettivamente e senza discriminazione tra gli utenti del sistema”;
 - (ii) sancisce, per ogni gestore di rete, l’obbligo (già previsto a livello comunitario sin dalla direttiva 96/92/CE) di consentire l’accesso alla rete a chi lo richieda (c.d. *Third party access* o TPA), prevedendo altresì che l’eventuale rifiuto deve essere dal gestore “debitamente motivato, con particolare riguardo all’articolo 3 [della medesima direttiva] e basato su criteri oggettivi e giustificati sul piano tecnico ed economico”; con particolare riferimento all’articolo 3 della direttiva richiamato dalla disposizione in esame, rileva, in particolare, il paragrafo 14, ai sensi del quale “gli Stati membri possono decidere di non applicare le disposizioni degli articoli [...] 32 [ossia in tema di obbligo di TPA] nella misura in cui la loro applicazione osti all’adempimento, in diritto o in fatto, degli obblighi che incombono alle imprese elettriche nell’interesse economico generale”;
 - b) l’articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 79/99, nella parte in cui, in coerenza coi principi in tema di TPA, richiamati alla precedente lettera a), dispone che “*le imprese distributrici hanno l’obbligo di connettere alle proprie reti tutti i soggetti che ne facciano richiesta, senza compromettere la continuità del servizio e purché siano rispettate le regole tecniche nonché le deliberazioni emanate dall’Autorità [...]*”;
 - c) l’articolo 2597 del codice civile, secondo cui “*Chi esercita una impresa in condizioni di monopolio legale ha l’obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell’impresa; osservando la parità di trattamento*”;
 - d) la regolazione dell’Autorità in materia di accesso ed erogazione del servizio di trasporto dell’energia elettrica (comprensivo dei servizi di trasmissione, distribuzione e misura), adottata ai sensi dell’articolo 2, comma 12, lettere d) e h), nonché comma 37, della legge 481/95, in particolare, per quel che qui rileva:
 - (i) l’articolo 4 della deliberazione 111/06;
 - (ii) i capitoli del Codice tipo del servizio di trasporto di energia elettrica in materia di fatturazione e di gestione delle garanzie.

QUADRO FATTUALE:

9. In data 27 agosto 2019, il reclamante comunicava al gestore l'intenzione di stipulare un contratto di trasporto di energia elettrica, chiedendo di fornirgli la documentazione a tal fine necessaria;
10. in data 4 settembre 2019, il gestore rispondeva, chiedendo al reclamante di comunicare *“se sono mutate le condizioni di fatto e di diritto già trattate”* dall'Autorità nel precedente reclamo, deciso con deliberazione 181/2019/E/eel, *“in tal caso con invito a puntualmente precisare - anche in ragione della pendenza del giudizio relativo al ricorso al Tar Lombardia Milano da voi incardinato al rgn 1771/2019 avverso tale delibera - gli elementi di novità su cui si fonda la Vostra ultima richiesta”*;
11. in data 12 settembre 2019, EEMS *“senza pregiudizio alcuno circa le ragioni di diritto esplicitate nel ricorso proposto avverso la richiamata deliberazione ARERA...”* comunicava *“di aver già provveduto alla raccolta di alcuni mandati senza rappresentanza alla stipulazione del contratto di trasporto da parte di clienti finali”*;
12. in data 18 settembre 2019, Areti chiedeva al reclamante di dare conferma *“di aver instaurato almeno un rapporto, diretto o indiretto, con almeno un cliente finale (o altro soggetto di cui all'art. 4, comma 1, della deliberazione 111/06)”*, nonché di chiarire, con osservazioni, note e grafici illustrativi, *“il preciso rapporto societario intercorrente tra EEMS Italia S.p.A., Gala Holding S.r.l. e Gala S.p.A. in liquidazione, avendo cura di illustrare i rapporti e le partecipazioni societarie tra le dette società ai fini dell'attività di direzione e coordinamento da parte di Gala Holding S.r.l.”*;
13. in data 30 ottobre 2019, EEMS rispondeva ad Areti: a) confermando *“di aver già instaurato più di un rapporto con i clienti finali”*; b) allegando i dati e i grafici richiesti dal gestore ed evidenziando come EEMS Italia S.p.A. non avesse alcun rapporto azionario con Gala S.p.A. in liquidazione (di seguito anche: Gala), né fosse sottoposta ad attività di direzione e coordinamento di Gala. La reclamante, in particolare, sottolineava come Gala non figurasse nel proprio l'azionariato e la non comunanza di *governance* e sede sociale tra esse;
14. in data 2 dicembre 2019, Areti chiedeva al reclamante ulteriori chiarimenti circa il rapporto societario intercorrente tra EEMS, Gala e Gala Holding S.r.l. (di seguito anche: Gala Holding). In particolare, il gestore muovendo dalle ultime relazioni finanziarie depositate da EEMS, secondo cui *“Gala Holding S.r.l. è l'azionista di riferimento sia di EEMS Italia che di Gala S.p.A., ovvero delle due società capofila rispettivamente del Gruppo EEMS Italia e del Gruppo Gala”*, chiedeva ad EEMS *“di chiarire...in che modo l'attuale Consiglio di Amministrazione di EEMS Italia eserciti in modo indipendente le proprie funzioni”*;
15. in data 5 dicembre 2019, EEMS rispondeva ad Areti, rimarcando, in primo luogo, con riferimento al rapporto tra Gala Holding e Gala, di non essere in grado di fornire ulteriori informazioni, oltre a quelle pubblicamente disponibili; la reclamante, inoltre, in merito ai propri rapporti con Gala Holding, precisava che la direzione e il

coordinamento di Gala Holding su EEMS non desse in alcun modo vita ad un “unico centro decisionale”, rientrando nell’ “ordinaria organizzazione dei gruppi d’impresa” e che il “Consiglio di Amministrazione della scrivente Società, esercita le proprie funzioni in modo del tutto indipendente e nel rispetto degli obblighi di legge e degli ulteriori presidi regolamentari stabiliti per le società quotate; ciò ovviamente nel più rigoroso rispetto di quanto espressamente disposto dall’art. 2497-ter c.c.”;

16. con la medesima nota il reclamante, contestando ad Areti che le numerose richieste di chiarimenti ad essa rivolta celassero, in realtà, “l’intento di negare, di fatto, la stipulazione del contratto di trasporto...mediante modalità del tutto assimilabili a un rifiuto costruttivo a contrarre, inammissibile ai sensi dell’obbligo di contrattare sancito dall’art. 2597 c.c. e dalla regolamentazione del settore elettrico stante la vostra natura di concessionario tenuto a erogare il servizio a chiunque abbia titolo a richiederlo”, precisava che “la presente comunicazione vale altresì come reclamo al Gestore ai sensi dell’art. 3.2 dell’All. A alla delibera 188/2012/E/com”.

ARGOMENTAZIONI DEL RECLAMANTE:

17. Il reclamante assume che il gestore ha negato il diritto di EEMS di accedere al libero mercato della vendita di energia elettrica, in violazione dell’obbligo di connessione alla rete di distribuzione di tutti i soggetti che ne facciano richiesta, previsto dall’art. 9 del decreto legislativo 79/99;
18. il reclamante, in particolare, ritiene che le numerose richieste di informazioni avanzate dal gestore sui rapporti societari di EEMS con altre società del gruppo, oltre che di delucidazioni e chiarimenti sui rapporti tra Gala Holding e Gala, “si presentano del tutto strumentali e appaiono, in realtà, celare l’intento di negare, di fatto, la stipulazione del contratto di trasporto con la scrivente mediante modalità del tutto assimilabili a un rifiuto costruttivo a contrarre, inammissibile ai sensi dell’obbligo di contrattare sancito dall’art. 2597 c.c. e dalla regolamentazione del settore elettrico stante la vostra natura di concessionario tenuto a erogare il servizio a chiunque abbia titolo a richiederlo”;
19. in particolare, ad avviso del reclamante, “la direzione e coordinamento di Gala Holding S.r.l. su EEMS Italia S.p.A. risulta...già chiaramente da dati pubblici e dalla stessa carta intestata della scrivente, così come sono indubitabili le prerogative connesse all’esercizio di tale potere di direzione e coordinamento, che non dà in alcun modo vita ad un “unico centro decisionale”, ma rientra all’interno dell’ordinaria organizzazione dei gruppi di impresa, a cui pure la Vostra Società è soggetta”. A conferma della propria posizione, il reclamante ricorda che “EEMS Italia S.p.A. è una società per azioni costituita nel 1994, a seguito dello spin-off delle attività di Texas Instruments Italia S.p.A., operante da anni sul mercato nazionale e internazionale come holding di un gruppo di società estere presenti in Cina e Singapore...e che il capitale sociale di EEMS Italia S.p.A., è detenuto per l’89,99% da Gala Holding S.r.l., mentre il residuo 10,01% è flottante...”. Ne consegue che “EEMS Italia S.p.A. non ha...alcun rapporto azionario con Gala

S.p.A. in liquidazione...Né, ovviamente, è sottoposta ad attività di direzione e coordinamento di Gala S.p.A. in liquidazione, considerato che quest'ultima Società non figura nell'azionariato di EEMS Italia S.p.A. EEMS Italia S.p.A., inoltre, non condivide con Gala S.p.A. in liquidazione né la governance, né la sede sociale. Le due Società, infatti, non hanno nessun amministratore in comune e, per di più, due terzi del consiglio di amministrazione di EEMS è composto da amministratori indipendenti. La sede sociale della prima è situata a Roma, la sede sociale della seconda è a Rieti”;

20. inoltre, il reclamante, con riferimento ai principi affermati dalla sentenza del Tar Lombardia, Milano, sez. I, 2 settembre 2019, n. 1936 (di seguito anche: sentenza del Tar 1936/2019), ritiene che *“indipendentemente dal fatto che siano condivisibili o meno, non può dirsi sussistente alcun tipo di rapporto tra EEMS Italia S.p.A. e Gala S.p.A. in liquidazione”;*
21. infine, si evidenzia che, con riferimento alla citata richiesta di informazioni, formulata dall’Autorità in data 31 marzo 2020, EEMS ha trasmesso *“copia dei mandati senza rappresentanza alla stipulazione del contratto di trasporto, sottoscritti dai clienti finali (.....) e propedeutici all’attività di fornitura di energia elettrica al dettaglio da parte della Società; attività ad oggi non ancora avviata a causa del comportamento ostatico di Areti S.p.A.”.*

ARGOMENTAZIONI DEL GESTORE:

22. Il gestore, dopo aver ripercorso i fatti relativi al reclamo presentato in precedenza da EEMS verso Areti, respinto dall’Autorità con deliberazione 181/2019/E/eel, della quale richiama in sintesi le motivazioni, in via preliminare ripropone la medesima eccezione di inammissibilità formulata nell’ambito del procedimento concluso con la citata deliberazione 181/2019/E/eel, rilevando che la reclamante avrebbe strumentalmente omesso di agire nei confronti di Areti in sede giurisdizionale per ottenere l’esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto ai sensi dell’articolo 2932 del codice civile. Tale norma costituirebbe infatti, secondo Areti, la *lex specialis* che regge il caso di specie e che, di conseguenza, prevarrebbe sulla più generale previsione dell’articolo 44, comma 1, del decreto legislativo 93/11 ai sensi del quale il reclamo è esperibile *“per quanto concerne gli obblighi a tali gestori imposti in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell’energia elettrica e del gas naturale”;*
23. nel merito il gestore difende la correttezza della propria condotta, rilevando che *“EEMS, GALA e GALA HOLDING sono riconducibili a un solo centro decisionale e centro di imputazione di interessi, sul piano formale e/o sostanziale”* e che, dunque tale circostanza preclude ad Areti di contrarre con EEMS;
24. in particolare, nel citato parere richiamato nel quadro fattuale (punto 6) *“si evidenzia, primariamente, la condizione di spiccata dipendenza finanziaria di EEMS dalla capogruppo GALA HOLDING, che è stata ricostruita dall’esame dei bilanci. Al 31.12.2016, nel bilancio di EEMS, è iscritto il debito derivante dal finanziamento di GALA HOLDING di € 2.380.000,00... Il finanziamento è stato*

erogato dalla capogruppo per garantire la continuità aziendale di EEMS... il grado di dipendenza finanziaria di EEMS verso GALA HOLDING è accentuato anche dall'assenza di ricavi operativi e di altre fonti finanziarie o reddituali autonome. Ne danno atto anche gli amministratori... La ricostruzione delle movimentazioni del finanziamento ricevuto da EEMS da parte di GALA HOLDING ha permesso di individuare puntualmente i rapporti intercorrenti tra le due società. È emersa la costante dipendenza finanziaria di EEMS da GALA HOLDING e, in assenza dei finanziamenti erogati da quest'ultima alla prima, verrebbe meno il presupposto della continuità aziendale.”;

25. *inoltre, secondo il consulente di parte del gestore, “A conclusione dell’esame della situazione finanziaria di EEMS emerge evidentemente la condizione di dipendenza da GALA HOLDING, con riferimento al breve periodo, e da GALA sul medio-lungo periodo. La condizione illustrata, pertanto, ha natura composita e priva la società di ogni potere decisionale sull’attuazione dell’oggetto sociale, sia con riferimento alla gestione corrente, sia con riguardo alle strategie di più ampio respiro. Si manifesta, pertanto, l’esercizio di fatto del potere amministrativo su EEMS da parte di GALA HOLDING e di GALA.”;*
26. *in aggiunta, anche per quanto riguarda l’impiego delle risorse umane, il gestore nei propri scritti difensivi evidenzia che “...i rapporti tra EEMS e GALA investono anche la gestione operativa, con particolare riferimento alla gestione, per così dire, “trasversale” di una parte del personale dipendente...L’impiego trasversale del personale dipendente tra le società del gruppo è un elemento evidentemente sintomatico della riconduzione delle varie entità a un unico centro decisionale, nonché il perseguimento di un obiettivo unitario della capogruppo”;*
27. *infine, il gestore, attraverso gli atti difensivi prodotti, riferisce di avere analizzato anche “le modalità di formazione degli organi di governo societario” e di avere riscontrato che “I consiglieri di amministrazione...sono stati nominati il 25 maggio 2017 dall’Assemblea degli Azionisti in base all’unica lista presentata dalla capogruppo. Nella medesima adunanza assembleare sono stati nominati i sindaci proposti da GALA HOLDING, stante l’assenza di liste presentate dagli azionisti di minoranza” e che inoltre “La rinuncia alla presentazione delle suddette liste da parte delle minoranze azionarie, seppur pacifica sotto il profilo normativo e regolamentare, denota l’estensione di fatto del perimetro societario della capogruppo. Se ne desume il disinteresse, delle minoranze alle vicende societarie, tale da far presumere una sostanziale estromissione di queste dalla vita della società.”;*
28. *per tali ragioni, “La capogruppo, pertanto, esercita una sorta di controllo “totalitario” idoneo a ricondurre le società EEMS e GALA HOLDING allo stesso centro di interesse e di governo societario.”, in quanto “GALA HOLDING, GALA e EEMS sono tutte riconducibili allo stesso centro direzionale di interesse... che lo stato di dipendenza finanziaria di EEMS è di natura bidirezionale, in modo diretto verso GALA HOLDING e indirettamente verso GALA... La gestione aziendale è sostanzialmente eterodiretta dai portatori di risorse finanziarie, che depotenziano di fatto gli organi direttivi di EEMS.”;*

29. ad avviso del gestore, *“la questione si inserisce nel solco delle già note vicende del Gruppo Gala ed è del tutto identica a quella di Gala Power, sulla quale codesta spett.le Autorità si è espressa favorevolmente ad Areti con provvedimento n. 583/2018/E/eel del 20 novembre 2018 di rigetto di analogo reclamo”*;
30. secondo il gestore, quindi, *“i precedenti relativi ai rapporti tra Areti e il Gruppo Gala (nel cui centro decisionale e di imputazione di interessi rientra EEMS) in ordine alla esposizione debitoria di € 73.727.706,06 (credito scaduto al 31/03/2020)”*, rappresentano un valido e sufficiente motivo ostativo alla stipula del contratto di trasporto col reclamante;
31. a tal proposito, il gestore richiama la decisione del reclamo di Gala Power S.r.l. (di seguito: Gala Power) assunta dall’Autorità con la deliberazione 583/2018/E/eel, la cui legittimità è stata confermata con la sentenza del Tar Lombardia, Sez. I, 2 settembre 2019, n. 1936, sulla base del *“noto e consolidato orientamento (a seguito della decisione della Corte di Cassazione a SS.UU. n. 1232 del 23 gennaio 2004) in materia di assenza di obbligo a contrarre in casi quale è quello sopra esposto con riguardo all’art. 2597 c.c. (norma di tenore analogo all’art. 9 d.lgs. n. 79/1999, quale principio generale invocato da EEMS)...”* in virtù del quale il citato obbligo di contrarre *“non può trasformarsi nel dovere del monopolista stesso di eseguire la prestazione, nonostante l’evidente pericolo di perdere la controprestazione, per poi avvalersi solo del rimedio dell’art. 1460 cod. civ., non più idoneo ad evitare lo squilibrio del rapporto sinallagmatico già determinato dalla precedente effettuazione della prestazione senza corrispettivo....”*;
32. a dire del gestore, le valutazioni svolte dall’Autorità, con riferimento a Gala Power nella deliberazione 583/2018/E/eel, valgono anche per EEMS, in relazione all’ *“esistenza di un’unica entità economica di cui fanno parte le società del Gruppo, in ragione di un complessivo quadro di interferenza della controllante nell’attività della controllata che risulta priva di autonomi poteri decisori”*;
33. secondo il gestore, inoltre, vista la deliberazione 583/2018/E/eel, *“appare evidente che la richiesta di accesso alla rete formulata da EEMS, altra controllata e finanziata dal Gruppo Gala, miri ad eludere e superare le conseguenze della risoluzione del contratto di trasporto intervenuta nei confronti di Gala spa in liquidazione e che tale comportamento va ricondotto nella fattispecie dell’abuso del diritto”*;
34. Areti rappresenta, inoltre, che le interlocuzioni avute con EEMS, *“di cui quest’ultima si duole, erano unicamente preordinate a rendere trasparente la fase di scambio di informazioni tra potenziali contraenti nella fase preliminare, chiedendo così al richiedente EEMS di “palesare” e rendere noti (ex art. 1176 c.c.) i rapporti (di controllo, finanziamento ...) intercorrenti a livello di Gruppo, per come poi sono emersi”*, secondo il richiamato parere, *“ed invece celati dalla stessa EEMS nonostante le ripetute richieste di precisazione”*;
35. il gestore deduce che le citate richieste di chiarimenti e precisazioni, rivolte al reclamante, sono da intendersi verifiche preliminari che avrebbero dovuto svolgersi secondo i canoni di correttezza e buona fede ed in coerenza con i vincoli, di cui agli artt. 1176 e 2740 c.c., disattesi, invece, dal reclamante che non avrebbe

- rappresentato dovutamente la *“complessità di elementi...di fatto e di diritto, economici, finanziari ed industriali, attestanti l’esistenza di un unico centro decisionale e dell’unicità di interesse tra le società EEMS Italia S.p.A., GALA S.p.A. in liq.ne e Gala Holding S.r.l.”*;
36. in particolare, secondo il gestore, *“pacificamente si evince che la richiesta di EEMS è espressione di esigenze e dinamiche di gruppo. EEMS rientra quindi in un centro unitario di decisioni e di imputazione dei rapporti giuridici, la cui iniziativa negoziale è dichiarata funzionale (da entrambi, controllante e controllata) all’interesse unitario di Gruppo, ove l’azione combinata di una pluralità di società integrate in un’unica impresa a struttura complessa appare meramente strumentale al superamento degli effetti della risoluzione del rapporto già intercorso con una di esse, con un uso opportunistico della struttura di gruppo in violazione dell’obbligo di buona fede oggettiva”*;
37. pertanto, Areti ritiene di avere *“il dovere (oltre che la necessità, visti i precedenti) di valutare se contrarre previa istruttoria completa e integrale acquisizione di tutte le necessarie informazioni relative all’altro contraente ed il suo stato (es. patrimoniale, economico, finanziario, di controllo da parte di altre società di Gruppo) e di negare il contratto richiesto, da parte di soggetto privo di autonomia gestionale e facente parte formale e sostanziale di un’impresa complessa, per eludere le conseguenze solutorie di un contratto precedentemente inadempito”*;
38. infine, con riferimento alla richiamata richiesta di informazioni, avanzata dall’Autorità il 31 marzo 2020, Areti ha: 1) descritto dettagliatamente *“le fasi del processo che precedono la sottoscrizione del contratto del trasporto”*; 2) dichiarato che *“nell’ultimo anno solare non si sono verificati altri casi in cui sia stato negato l’accesso alla rete di distribuzione sulla base di morosità pregresse o altri inadempimenti del venditore”*.

VALUTAZIONE DEL RECLAMO:

39. La controversia, al pari di quelle decise dall’Autorità con le deliberazioni 582/2018/E/eel e 583/2018/E/eel, si iscrive nell’ambito del più ampio tema relativo ai rapporti tra obbligo di TPA, cui è sottoposto ogni gestore di infrastruttura energetica, e le esigenze di tutela del credito del medesimo gestore;
40. al riguardo occorre, in via preliminare, esaminare l’eccezione di inammissibilità, già formulata dal gestore nel corso del procedimento di trattazione del reclamo, presentato da EEMS verso Areti, deciso con la deliberazione 181/2019/E/eel e riproposta in questa sede; in particolare, ad avviso del gestore, la tematica oggetto dell’odierno reclamo rientrerebbe nell’ambito dell’azione di cui all’articolo 2932 del codice civile *“Esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto”* che, in quanto norma speciale, rispetto alla previsione di cui all’articolo 44 del decreto legislativo 93/11, sottrarrebbe tale fattispecie alla competenza giurisdizionale dell’Autorità;
41. come già evidenziato dall’Autorità nella deliberazione 181/2019/E/eel, tale eccezione non è fondata e, dunque, non merita accoglimento, per le ragioni indicate

- nella citata deliberazione 181/2019/E/eel (punto 36), già nella disponibilità delle parti ed a cui integralmente si rinvia, ai sensi dell'art. 3, comma 3 della legge 241/90;
42. tanto premesso, venendo al merito della controversia, ai fini della decisione della medesima occorre, in primo luogo, partendo dalle rispettive argomentazioni delle parti, individuare il perimetro della fattispecie rimesso alla cognizione dell'Autorità, anche alla luce di quanto è emerso nel corso dell'istruttoria;
 43. il reclamante contesta al gestore di avere - mediante "*reiterate richieste di informazioni su questioni già evase e pubblicamente verificabili*" - di fatto, rifiutato la proposta di sottoscrizione del contratto di trasporto, violando l'obbligo di connessione alla rete elettrica, previsto dall'art. 9 del decreto legislativo 79/99; di contro, il gestore ritiene che EEMS sia riconducibile al medesimo perimetro societario del gruppo Gala e per esso di Gala Holding, quale "*unitario centro decisionale*"; ad avviso di Areti tale circostanza impedisce al gestore - come dichiarato nella memoria difensiva del 27 aprile 2020, depositata nel corso dell'istruttoria - di contrarre con EEMS, in virtù della citata pregressa esposizione debitoria maturata da Gala verso Areti, a seguito della risoluzione del contratto di trasporto, accertata in sede giurisdizionale dalle ordinanze del Tribunale Civile di Roma del 31 maggio 2017 e del 12 luglio 2017;
 44. ciò premesso, in linea con le deliberazioni 582/2019/E/eel e 583/2019/E/eel, la cui legittimità è stata riconosciuta dalla sentenza del Tar Lombardia 1936/2019, occorre, quindi, procedere ad accertare: 1) se è fondata la prospettazione di Areti, secondo cui sussiste "*unico centro decisionale*" tra EEMS, Gala Holding e Gala; 2) se, conseguentemente, il pregresso inadempimento di Gala verso Areti - che il gestore dichiara essere, al 31 marzo 2020, pari a complessivi euro 73.727.706,06 per corrispettivi non versati relativi al risolto contratto di trasporto (tra i quali rientrano anche gli oneri generali di sistema) - possa legittimare il rifiuto di Areti di concludere il contratto di trasporto di energia elettrica con EEMS. Sul punto è necessario osservare che dalla "*Relazione Finanziaria Annuale al 31.12.2019*" di Gala, acquisita agli atti, risulta che quest'ultima "*è la capogruppo del Gruppo GALA*" composto da 8 società, interamente controllate da Gala e sottoposte alla sua attività di direzione e coordinamento (*Relazione Finanziaria cit.*); Gala Holding, è l'azionista di controllo di Gala;
 45. al riguardo, in assenza di una definizione legislativa, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, il gruppo societario, solitamente, "*è un'aggregazione di imprese societarie formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria, integrando un'unica impresa sotto il profilo economico*", (Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 maggio 2019, n. 3111; *Id.*, Sez. III, 21 marzo 2019, n. 1859), per cui "*il gruppo societario è considerato come un "fatto" coincidente con l'attività di direzione e coordinamento.... attività che costituisce un quid pluris rispetto al mero esercizio del controllo*" (Consiglio di Stato, Sez. VI, cit.);
 46. ciò posto, con riferimento alla prima questione, è opportuno, in via preliminare, delineare la situazione societaria di EEMS, di Gala Holding e di Gala. Dalla visura camerale delle citate società e dalla documentazione acquisita nel corso dell'ampia

- istruttoria procedimentale, risulta che: a) l'89,99% del capitale sociale di EEMS è detenuto da Gala Holding, che svolge attività di direzione e coordinamento, ai sensi dell'articolo 2497 del codice civile, la restante quota del 10,01 % è detenuta da un azionariato diffuso; 2) il 70% del capitale sociale di Gala Holding è detenuto dall'ing. Filippo Tortoriello, che riveste la qualifica di presidente del consiglio di amministrazione di Gala Holding, la restante quota del 30% è intestata alla sig.ra Fiorenza Allegretti; 3) l'85,54% del capitale sociale di Gala è detenuto da Gala Holding, la restante quota del 14,46% appartiene ad un azionariato diffuso; la persona fisica che riveste la qualifica di presidente del consiglio di amministrazione di Gala Holding coincide con il liquidatore unico di Gala (ing. Filippo Tortoriello, già amministratore delegato); 4) Gala Holding e Gala condividono, inoltre, il medesimo indirizzo della sede sociale (Roma, via Savoia 43/47);
47. dai descritti assetti personali e societari delle società in parola, risulta pertanto, *ictu oculi*, un elemento incontrovertibile, pacifico tra le parti, che accomuna EEMS e Gala ossia l'azionista di maggioranza Gala Holding, il cui azionista di riferimento (ing. Filippo Tortoriello) nonché presidente del C.d.A. oltre che liquidatore di Gala, si trovava, tra l'altro, in ragione di tale circostanza, nella condizione di essere pienamente consapevole delle vicende del gruppo Gala ed in particolare della risoluzione del contratto di trasporto intervenuta tra Gala e Areti. Pertanto, EEMS rientra nel perimetro del gruppo di società riconducibili al gruppo Gala e per esso a Gala Holding. Nel caso di specie, non sembra superfluo considerare, ancora una volta, che Gala Holding ha una partecipazione poco al di sotto del 90% del capitale sociale di EEMS e pari a circa l'85% del capitale sociale di Gala. Sussistono, dunque, significativi indici di un "*sostanziale collegamento societario*" (Tar Lazio, Sez. III Ter, 3 giugno 2019, n. 7083; Tar Lombardia, Sez. I, 19 luglio 2019, n. 1688) tra EEMS e Gala, derivante dalla condivisione del comune azionista di riferimento, che evidenziano un "*legame rilevante*" (Tar Lazio cit.) tra EEMS e Gala; inoltre, diversamente da quanto sostenuto dalla reclamante, tale "*collegamento sostanziale*" non appare smentito dall'assenza di partecipazioni o cariche di Gala in EEMS "*non richiedendosi certo a tal fine l'esistenza di partecipazioni reciproche e/o incrociate*" tra le società coinvolte (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6010);
48. a questo punto appare opportuno richiamare i principi espressi dalle deliberazioni dell'Autorità 582/2019/E/eel e 583/2019/E/eel e condivisi dalla sentenza del Tar Lombardia 1936/2019, secondo la quale "*come statuito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, ai fini della qualificazione dei legami tra società appartenenti al medesimo gruppo occorre analizzare i loro rapporti muovendo da un approccio "sostanziale" valorizzando l'esercizio di fatto dei relativi poteri gestori (Sez. I, 23.6.2015, n. 12979, n. 2952/2015)*";
49. pertanto, oltre ai descritti legami economici, organizzativi e giuridici, pacificamente intercorrenti tra le citate società, tali da ricondurre l'attività di EEMS ad una comune logica imprenditoriale riferibile al gruppo Gala e per esso a Gala Holding, occorre evidenziare ulteriori significativi elementi oggettivi, derivanti dall'esame della documentazione acquisita agli atti, che appaiono "*specifici e circostanziati indici*

- concreti” (Consiglio di Stato, 15 aprile 2020, n. 2426), rivelatori dell’esistenza di un “*unico centro decisionale*”, tra le richiamate società;
50. al riguardo, in primo luogo, si rileva che, come anche evidenziato dal gestore nelle proprie allegazioni difensive, dalla “*Relazione Finanziaria Annuale 2019*” di EEMS, è emersa, nel corso degli anni, una significativa dipendenza economica di EEMS verso il gruppo Gala e per esso Gala Holding, in quanto la richiamata “*Relazione Finanziaria*” evidenzia che: 1) Gala Holding - al fine di garantire la continuità aziendale - “*ha sempre assicurato il proprio supporto finanziario e patrimoniale attraverso un finanziamento soci infruttifero*”, inizialmente di euro 1.181.000,00 di cui residua, attualmente, un debito di euro 680.000,00 con scadenza il 30 giugno 2021; inoltre, Gala Holding “*in data 21 aprile 2020 si è impegnata irrevocabilmente, tra l’altro, a rinunciare a una ulteriore parte di tale credito al fine di coprire le perdite nella misura sufficiente a riportare il capitale sociale nei limiti indicati dal legislatore nel caso in cui EEMS Italia S.p.A. incorra nei prossimi 12 mesi in perdite tali da ridurre il capitale sociale al di sotto del limite indicato al legislatore. Tale disponibilità alla rinuncia del credito ha un limite massimo di Euro 500 migliaia*”; 2) EEMS risulta, altresì, debitrice di euro 203.000,00 nei confronti Gala Power - definita “*parte correlata*” - per il rimborso di un finanziamento prorogato al 30 giugno 2021 (ai sensi dell’art. 1, lett. a) dell’Allegato 1 al Regolamento Consob 17221/2010 “*Operazioni con Parti Correlate*” ogni entità correlata a una società è quella che fa parte dello stesso gruppo “*e di conseguenza ogni controllata, controllante o società del gruppo è correlata alle altre*” (Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia d’Impresa, sentenza 6040/2019). Appare, inoltre, opportuno evidenziare che dalla visura camerale risulta che Gala Power è una società interamente controllata da Gala e che inoltre: a) l’amministratore unico di Gala Power è la medesima persona fisica che riveste il ruolo di presidente del C.d.A. di Gala Holding e di liquidatore unico di Gala (ing. Filippo Tortoriello) b) Gala Power ha in comune con Gala Holding e Gala l’indirizzo della sede sociale; c) Gala Power ha in comune con Gala ed EEMS l’oggetto sociale, nell’ambito del quale vi è anche la vendita di energia elettrica;
51. pertanto, risulta per *tabulas* che EEMS, nel tempo, ha beneficiato di una “*costante opera di sostegno finanziario dell’attività di impresa*” e di apporto di capitale da parte del gruppo Gala e per esso da Gala Holding. Tale circostanza, anche in ragione della non operatività della società e dell’assenza di ricavi operativi e di altre fonti finanziarie o reddituali autonome, ha oggettivamente condizionato in modo significativo l’autonomia decisoria ed organizzativa di EEMS, stante altresì il citato esiguo capitale flottante di quest’ultima; si rileva, inoltre, che il bilancio della reclamante, chiuso al 31 dicembre 2019, denota una perdita di esercizio di euro 751.049,00 per cui, come si legge nella citata “*Relazione Finanziaria*”, sussistono “*incertezze sull’integrità finanziaria della Società e del Gruppo, nonché sull’esito delle iniziative precedentemente descritte e sulla propria continuità aziendale, dipendendo quest’ultima in modo strutturale dal supporto finanziario e patrimoniale della controllante*”;

52. inoltre dalla “*Relazione sul governo societario e gli aspetti proprietari*” del 27 aprile 2020, pubblicata sul sito aziendale di EEMS, acquisita agli atti, risulta che i componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale di EEMS sono stati nominati il 25 maggio 2017, dall’assemblea ordinaria degli azionisti, in base all’unica lista presentata il 4 maggio 2017 da Gala Holding, non risultando presentate candidature da parte dei soci di minoranza; i componenti dei citati organi sociali sono rimasti in carica fino all’assemblea convocata per l’approvazione del bilancio di EEMS al 31 dicembre 2019. Analogamente, dal comunicato stampa del 30 giugno 2020 “*Informativa mensile al mercato ai sensi dell’art. 114, D.Lgs n. 58/98*”, pubblicato sul sito aziendale di EEMS, acquisito agli atti, risulta tra l’altro che l’assemblea ordinaria di EEMS ha nominato i componenti del C.d.A., la cui carica scadrà all’approvazione del bilancio dell’esercizio al 31 dicembre 2022, “*approvando la proposta presentata dal socio Gala Holding*”, e anche in questo caso non risultano liste di candidati presentate dai soci minoranza;
53. le descritte modalità di nomina dei componenti degli organi societari (amministrativo e di controllo) appaiono un ulteriore indice obiettivo, non trascurabile, dell’ingerenza del Gruppo Gala - e per esso di Gala Holding - nell’organizzazione e nelle scelte gestionali di EEMS e quindi dell’unitario centro d’interessi esistente tra le società in parola. Occorre, infatti, considerare che tale modalità di nomina delle cariche sociali depotenzia oggettivamente l’efficacia delle stesse e le modalità di *governance* della reclamante, in quanto i membri del C.d.A. e del Collegio sindacale di EEMS, nonostante le loro credenziali e i requisiti di indipendenza sottolineati dalla reclamante, risultano pur sempre stati individuati dall’azionista di controllo e la loro stessa permanenza nelle cariche sociali assegnate dipende dalla volontà del socio di maggioranza che, in tal modo, è oggettivamente in grado di condizionare le scelte gestionali della controllata, tra cui come si vedrà successivamente, quella di accedere al libero mercato della vendita di energia elettrica;
54. tale considerazione sembra, infatti, trovare riscontro documentale nella “*Relazione Finanziaria al 30 giugno 2019*” di EEMS - allegata da Areti - e nelle “*Note Esplicative al bilancio consolidato del gruppo EEMS al 31 dicembre 2019*”, acquisite agli atti, ove è scritto che “*il socio di riferimento Gala Holding S.r.l., anche per motivi oggettivi non imputabili allo stesso, nel corso dei primi mesi del 2019 ha interrotto il processo di vendita della propria partecipazione in EEMS Italia S.p.A. ed ha esplicitato l’intenzione di avviare il business originario consistente nell’attività autonoma di commercio nel libero mercato dell’energia elettrica, del gas e di qualsiasi altro vettore energetico di EEMS Italia S.p.A.*”. Tale passaggio sembra rivestire oggettiva valenza “confessoria” e dunque avere valore di “prova piena” circa la riconducibilità di EEMS al citato perimetro societario e della imputabilità, di fatto, non solo ad EEMS quanto invece al gruppo Gala della decisione di accedere al mercato della vendita di energia, mediante la predetta richiesta al gestore in data 27 agosto 2019;
55. dagli elementi istruttori emersi risulta, pertanto, che la reclamante è assoggettata alla sostanziale eterodirezione del gruppo Gala che, tramite Gala Holding, determina le

- decisioni sulla gestione dell'impresa, ossia le scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali;
56. si rileva che EEMS, pur a fronte delle espresse deduzioni formulate dal gestore, circa i richiamati elementi documentali, attestanti la riconducibilità di EEMS al gruppo Gala non ha fornito allegazioni contrarie in merito;
 57. pertanto, alla luce del quadro complessivo della fattispecie esaminata e del descritto sviluppo istruttorio, si ritiene che le ragioni organizzative, relative alla sottoposizione alla direzione e coordinamento della capogruppo, invocate dal reclamante (cfr. precedente punto 19), non siano in grado di neutralizzare le evidenze istruttorie emerse che denotano un obiettivo *“quadro indiziario coerente e univoco”*, espressivo del citato *“unico centro decisionale”*, essendo acclarato che Gala Holding ha esercitato una *“influenza dominante”* sulla descritta volontà contrattuale di EEMS di accedere al mercato della vendita di energia, anche in ragione della citata significativa dipendenza economica di quest'ultima, che si è rivolta ad Areti, quale organo del gruppo Gala - e per esso di Gala Holding - di cui appare essere un *“vettore delle decisioni imprenditoriali”*. (Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5560; Tar Lazio, Sez. I, 18 maggio 2020, n. 5261; Tar Abruzzo, Sez. I, 20 marzo 2019, n. 86);
 58. ciò posto, occorre ora valutare se la citata significativa esposizione debitoria, maturata da Gala verso il gestore possa legittimamente impedire ad Areti di sottoscrivere il contratto di trasporto richiesto da EEMS;
 59. anche in relazione a tale profilo appare, in via preliminare, opportuno richiamare l'orientamento interpretativo sostenuto dall'Autorità, nelle deliberazioni 582/2019/E/eel e 583/2019/E/eel e condiviso dalla citata sentenza del Tar Lombardia 1936/2019, secondo la quale *“per giurisprudenza pacifica, le disposizioni disciplinanti i casi di rifiuto di accesso alla rete, non regolano le fattispecie in esse contemplate in via compiuta ed esclusiva, derivandone che all'attività negoziale conseguente si applicano anche i principi dell'ordinamento civilistico in materia di contratti, e segnatamente, quelli in tema di autotutela creditoria, ben potendo il monopolista legale rifiutarsi di eseguire nuovamente la propria prestazione in favore del cliente/utente, sino a che l'inadempimento pregresso non sia sanato (C.S. Sez. VI, 3.12.2008, n. 5936, che ha confermato T.A.R. Lombardia, Milano 19.8.2003 n. 3961)*;
 60. il Consiglio di Stato, con la richiamata sentenza 5936/2008, ha inoltre chiarito che:
 - (i) la posizione del gestore di un'infrastruttura sottoposto all'obbligo di TPA dalla legislazione settoriale *“è perfettamente sovrapponibile a quella del monopolista legale di cui all'articolo 2597 del codice civile”*;
 - (ii) le norme settoriali in tema di obbligo di TPA - quindi anche quelle previste dall'articolo 32 della direttiva 72/2009/CE e dall'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 79/99 - non esauriscono la disciplina applicabile, specialmente per quanto riguarda le eccezioni all'obbligo di contrarre; in particolare, le ipotesi previste dalla disciplina di settore *“in cui può ravvisarsi la legittimazione del rifiuto dell'accesso, in carenza di capacità del richiedente,*

ovvero laddove possa discendere un vulnus al servizio pubblico”, rispondono a interessi di natura pubblicistica sottesi a specificità tecniche; la disciplina di settore, invece, “non regolamenta (né potrebbe, se non derogandovi) le disposizioni civilistiche in tema di obbligo di contrarre”;

- (iii) a quest’ultimo riguardo, quindi, con riferimento alla posizione del gestore di rete soggetto all’obbligo di TPA, trova applicazione anche *“il principio secondo cui laddove il richiedente si sia reso moroso in precedenza, ben possa il monopolista legale rifiutarsi di eseguire (nuovamente) la propria prestazione nei confronti del medesimo cliente sino a che l’inadempimento pregresso non sia sanato”;* quest’ultimo principio rientra, quindi, secondo il Consiglio di Stato, *“nel complesso sistema di garanzie approntate dall’ordinamento al fine di garantire la posizione creditoria da possibili successive (al limite seriali) condotte morose che, con riferimento alla posizione dell’erogatore monopolista legale sarebbero [...] di fatto sprovviste di sanzione”*, (conforme Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 21 gennaio 2019, n. 31); peraltro la possibilità di subordinare la stipulazione di un nuovo contratto all’eliminazione della pregressa condizione di inadempienza era stata riconosciuta anche dal Tar Lombardia, Sez. IV, con sentenza 27 luglio 2004, n. 3190, secondo cui: *“L’obbligo legale di contrarre previsto dai commi 1 e 2 del cit. art. 24 (del decreto legislativo 164/2000 n.d.r.) non comporta alcuna deroga ai principi generali di diritto civile e giacché la pacifica applicabilità, al monopolista gravato dell’obbligo di contrarre, dell’art. 1460 c.c. (v., Cass. Civ., Sez. Un., n. 11350/98) implica che, oltre al potere di sospendere l’esecuzione della prestazione (e di risolvere il contratto) con il soggetto inadempiente, sia anche possibile subordinare la stipula del nuovo contratto (con cui viene instaurato un rapporto non distinto e non autonomo rispetto al precedente) alla eliminazione della condizione di inadempienza, salva l’applicazione del principio di buona fede di cui al secondo comma del cit. art. 1460 c.c.: così Cons. St., VI Sez., ordinanza 11.11.2003 n. 4953”*; si è, infine, chiarito che l’obbligo di contrarre del monopolista, previsto dall’art. 2597 c.c., *“non può trasmodare. nell’obbligo di esporsi ad erogazioni destinate a rimanere senza corrispettivo”* (Cassazione civile, Sez. Un., 23 gennaio 2004, n. 1232);

61. indi, alla luce delle descritte coordinate ermeneutiche, si deve ora valutare la fondatezza della citata contestazione mossa dal reclamante relativa alla pretestuosità e strumentalità della condotta “precontrattuale” del gestore - che integrerebbe una sorta di rifiuto di contrarre cd. costruttivo - relativa alle tre richieste di chiarimenti formulate nell’arco temporale da settembre a dicembre 2019, a seguito della richiesta di EEMS del 27 agosto 2019. Tali richieste erano incentrate, la prima, sugli aspetti di novità rispetto al reclamo presentato l’anno prima dalla stessa EEMS contro Areti, deciso con deliberazione 181/2019/E/eel; la seconda riguardante la sussistenza del requisito richiesto dalla regolazione per l’attivazione del contratto di trasporto indicato dalla citata delibera 181 (formalizzazione con almeno un cliente finale di un mandato alla stipula del contratto di trasporto) e il rapporto societario

- intercorrente tra EEMS, Gala Holding e Gala; e la terza, nello specifico, sull'indipendenza dei membri del Consiglio di Amministrazione di EEMS;
62. ciò premesso, anche tale censura non può essere condivisa per le ragioni di seguito indicate. Al riguardo si osserva che, come noto - a differenza del rifiuto espresso di contrarre - il rifiuto di contrarre c.d. costruttivo consiste in condotte dilatorie o nell'imposizione di condizioni contrattuali irragionevoli alla controparte, tali da denotare, di fatto, un sostanziale diniego alla conclusione del contratto;
63. è bene precisare che la regolazione dell'Autorità, in tema di trasporto di energia elettrica, non disciplina in modo puntuale e dettagliato né le modalità, né i tempi per addivenire alla conclusione del relativo contratto tra gestore di rete e richiedente. Il gestore di rete, pertanto, nel momento in cui riceve la proposta di concludere un contratto di trasporto, ha ampia discrezionalità - nel rispetto del contesto normativo di riferimento - per valutare la sussistenza dei presupposti, di fatto e di diritto, per addivenire alla sottoscrizione dell'accordo, osservando le regole civilistiche di condotta che presiedono la formazione del vincolo contrattuale, tra cui il principio generale di buona fede e correttezza, di cui agli articoli 1337 e 1338 del codice civile che, tra l'altro, "*impone un generale (e peraltro reciproco) dovere di chiarezza e completezza informativa*"; (Giurisprudenza pacifica, cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza 11 maggio 2020, n. 2946; *Id.*, ordinanza 9 aprile 2020, n. 2332);
64. ciò posto, si evidenzia che la condotta "precontrattuale" del gestore, contestata dal reclamante, appare conforme al citato parametro generale, per le seguenti ragioni: 1) in primo luogo, perché rispecchia la prassi contrattuale aziendale di Areti che, come accertato dalla deliberazione 181/2019/E/eel (cfr. § 42), a seguito della "vicenda Gala" ha dichiarato di avere implementato, "*introducendo una procedura finalizzata alla verifica degli assetti societari tra cui solidità e composizione societaria dei soggetti che formulano richiesta di stipula di un nuovo contratto....*"; 2) in secondo luogo, stante la citata significativa esposizione debitoria maturata da Gala verso Areti, appare ragionevole che quest'ultima, in considerazione degli obblighi e responsabilità derivanti dalla gestione di una pubblica infrastruttura energetica, prima di consentire l'accesso alla rete di distribuzione dell'energia elettrica, effettui le necessarie verifiche preliminari al fine di ricevere un quadro informativo quanto più completo ed esaustivo possibile, con particolare approfondimento degli assetti societari e di solidità patrimoniale, economica e societaria del richiedente l'accesso, anche in considerazione delle ricadute "sistemiche" e quindi sui clienti finali, dell'inadempimento, da parte dell'UdT, di una delle obbligazioni derivanti dalla conclusione del citato contratto, relativa al mancato pagamento degli oneri generali di sistema, (Tar Lombardia, Sez. I, Milano 3 dicembre 2018, n. 2708); 3) infine tali verifiche preliminari appaiono funzionali a garantire il rispetto, da parte di Areti, dell'obbligo di diligenza cd. specifica o qualificata *ex art. 1176, c. 2 del Codice civile* - a cui, come noto, è tenuto il concessionario di un servizio pubblico essenziale nell'esercizio della propria attività professionale quale è Areti - tra cui vi è indubbiamente anche l'obbligo di gestire il pubblico servizio di trasporto dell'energia elettrica "*in modo da tutelare*

- adeguatamente le ragioni del sistema anche sotto il profilo del contenimento dell'esposizione debitoria degli utenti della rete di trasporto nei confronti del sistema stesso*" (sia pure con riferimento al gas naturale, ma con i principi pacificamente estensibili al settore elettrico: cfr. Tar Lombardia, Sez. II, 21 aprile 2017, n. 942); 4) infine, non pare superfluo rilevare che, in precedenza, altra società del medesimo gruppo societario che aveva chiesto l'accesso ad Areti (Gala Power), come emerso nella deliberazioni 582/2018/R/eel, si era rivelata parte di "*un unico centro di imputazione*" riconducibile a Gala; per cui, può risultare ragionevole e non pretestuosa o arbitraria, l'esigenza di Areti, di verificare, prima di concludere il contratto di trasporto di energia, che il richiedente non presenti analoghi rapporti di riconducibilità ed eterodirezione delle decisioni gestorie rispetto al gruppo Gala;
65. al riguardo, è opportuno evidenziare un ulteriore dato che appare rilevante: la risoluzione del contratto di trasporto costituisce, per la società di vendita, controparte dell'impresa distributrice, un atto dalle conseguenze molto rilevanti, in quanto vale a estromettere la società da quella porzione "territoriale" di mercato della vendita che si estende negli ambiti in cui opera l'impresa distributrice. Per questo motivo, l'Autorità, col Codice tipo, è intervenuta a definire una disciplina molto dettagliata della gestione delle garanzie e degli inadempimenti degli utenti, configurando la risoluzione contrattuale come *extrema ratio*, a tutela non solo delle esigenze del credito ma della stabilità complessiva del sistema sotto il profilo dell'interesse pubblico sotteso alla continuità e sicurezza dell'erogazione del servizio di distribuzione e al rispetto dei connessi obblighi di servizio pubblico, profilo che costituisce oggetto del limite espressamente previsto all'obbligo di TPA dal citato articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 79/99;
 66. a quest'ultimo riguardo, infatti, è evidente che una significativa esposizione debitoria degli utenti della rete distributiva potrebbe compromettere l'operatività stessa dall'impresa distributrice, con gravi ripercussioni sulla regolarità e continuità del servizio pubblico da essa gestito;
 67. infine, si rileva che milita un'ulteriore argomentazione, in punto di diritto, a sostegno del rifiuto opposto dal gestore alla stipula del contratto di trasporto con la reclamante;
 68. in particolare, stante la dimostrata sussistenza di un "unico centro decisionale"-intercorrente tra la reclamante, Gala Holding e Gala - appare evidente che la richiesta di accesso alla rete, formulata da EEMS, miri ad eludere e superare le conseguenze della risoluzione del contratto di trasporto concluso tra Areti e Gala, accertata dalle ordinanze del Tribunale Civile di Roma in data 31 maggio 2017 e 12 luglio 2017, prodotte dal gestore (allegati n. 23 e 24 alla citata memoria difensiva del 27 aprile 2020);
 69. tale considerazione si fonda sul principio generale, ormai consolidato nella giurisprudenza comunitaria e nazionale (e recentemente codificato dal legislatore italiano in ambito tributario), del c.d. divieto di abuso del diritto, quale criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva, cui è vincolato l'esercizio di un diritto soggettivo o di un potere che l'ordinamento riconosce a un

- soggetto (cfr. *ex plurimis* le sentenze del Tar Lombardia, Sez. I, 14 giugno 2019, n. 1376 e n. 1377, nonché *Id*, 16 luglio 2018, n.1700);
70. in buona sostanza, come è noto, l'abuso del diritto è ravvisabile quando l'esercizio di un diritto e/o di una facoltà avviene per finalità contrarie e diverse rispetto a quelle per le quali la posizione di vantaggio viene riconosciuta al titolare e tale esercizio sia idoneo a realizzare una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare e il sacrificio di controparte. La regola generale che l'ordinamento pone quale reazione alla condotta abusiva è nel senso di rifiutarne la tutela per contrarietà alla buona fede oggettiva "*cioè alla reciproca lealtà di condotta*" che "*deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase*" (Cass. Civ., Sez. III, sentenza, 18 settembre 2009, n. 20106);
71. in quest'ottica si è ritenuto non meritevole di tutela il "*fenomeno dell'abuso della personalità giuridica, quando essa costituisca uno schermo formale per eludere la più rigida applicazione della legge [...]. In tal caso, proprio richiamando l'abuso, ne sarà possibile, per così dire, il suo "disvelamento" (piercing the corporate veil)*" (Cass., Sez. III, citata);
72. è nell'ambito di quest'ultima ipotesi, quindi, che appare applicabile il principio dell'abuso del diritto alla fattispecie in esame;
73. al riguardo assumono, inoltre, rilievo anche le seguenti considerazioni in punto di fatto:
- a) come precisato dalla stessa EEMS, essa è una società costituita nel 1994 - esistente quindi da prima della citata risoluzione contrattuale - la quale dalla citata "*Relazione Finanziaria 2019*" risulta avere cessato ogni operatività dal 31 dicembre 2014, essere priva di ricavi e di altre autonome fonti finanziarie o reddituali operative; EEMS, inoltre, dai bilanci relativi agli esercizi 2019 e 2018 denota perdite, rispettivamente, pari a euro 751.049,00 ed euro 557.507,00;
- b) peraltro, è quando la citata risoluzione del contratto di trasporto dell'energia elettrica tra Gala e Areti è divenuta definitiva, per effetto delle citate ordinanze del Tribunale Civile di Roma, che EEMS ha ritenuto, dopo diversi anni dalla sua costituzione e dalla sua inoperatività, di divenire un attore del libero mercato della vendita di energia elettrica; come si nota, si tratta di un radicale mutamento nella politica imprenditoriale di EEMS che, da mera holding di partecipazioni (cfr. *Relazione Finanziaria Annuale 2019*, pag. 24), decide di operare come nuovo attore del libero mercato della vendita di energia elettrica, interfacciandosi con una clientela diffusa e con le imprese che gestiscono l'infrastruttura; si tratta, in altre parole, di una scelta imprenditoriale decisiva che, anche in virtù di tale indice temporale, non può ragionevolmente ritenersi presa in via autonoma da EEMS all'oscuro della citata vicenda risolutiva di Gala e anzi senza il decisivo apporto decisionale del gruppo Gala e per esso di Gala Holding, amministrata dalla stessa persona fisica che, lo si sottolinea, riveste anche il ruolo di liquidatore unico di Gala;
74. da quanto sopra esposto emerge, pertanto, che anche la nuova politica imprenditoriale di EEMS, e la decisione di chiedere al gestore l'accesso alla rete,

non pare trovare ragioni giuridicamente apprezzabili diverse da quelle di consentire di superare le conseguenze della risoluzione del contratto di trasporto tra il gestore e Gala; tale rilievo appare trovare ulteriore conferma nella citata comunanza dell'azionista di controllo tra EEMS e Gala in quanto, come accennato, tale condizione ha posto la comune controllante - Gala Holding ed in particolare l'azionista maggioritario, legale rappresentante e presidente del C.d.A., nonché liquidatore unico di Gala (ing. Filippo Tortoriello) - nella "*posizione conoscitiva privilegiata*" circa le vicende del gruppo Gala ed in particolare nella condizione di essere pienamente edotta della suddetta risoluzione contrattuale, intercorsa tra Gala e Areti, da cui è scaturita la determinazione del comune azionista di riferimento di (ri) accedere al mercato della vendita di energia, tramite la controllata EEMS, in luogo della controllata Gala;

75. inoltre, la citata elevata esposizione debitoria di Gala nei confronti del gestore che, allo stato delle attuali evidenze istruttorie emerse, è pari a 73.727.706,06 di euro (circa il 70% di tale importo riguarda gli oneri generali di sistema, in relazione al quale il gestore ha avuto accesso, per gli anni 2018 e 2019, al meccanismo reintegratorio previsto dalla deliberazione dell'Autorità 1 febbraio 2018, 50/2018/R/eel), integra anche l'operatività dell'ulteriore limite all'obbligo di TPA, previsto dall'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 79/99 relativo all'esigenza di non "compromettere la continuità del servizio" e del rispetto dei connessi obblighi di servizio pubblico;
76. per i motivi sopra esposti, il reclamo presentato da EEMS nei confronti di Areti non merita accoglimento

DELIBERA

1. di respingere, nei termini di cui in motivazione, il reclamo presentato da EEMS Italia S.p.A. nei confronti di Areti S.p.A.;
2. di pubblicare il presente provvedimento sul sito internet dell'Autorità www.arera.it, fatte salve le previsioni di cui all'articolo 7, comma 4, dell'Allegato A alla deliberazione 188/2012/E/com.

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 notifica dello stesso, oppure ricorso straordinario al Capo dello Stato, entro il termine di 120 giorni.

4 agosto 2020

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini