

DELIBERAZIONE 20 NOVEMBRE 2018
583/2018/E/EEL

DECISIONE DEL RECLAMO PRESENTATO DA GALA POWER S.R.L. NEI CONFRONTI DI
ARETI S.P.A.

L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA
RETI E AMBIENTE

Nella 1042^a riunione del 20 novembre 2018

VISTI:

- la direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009 (di seguito: direttiva 2009/72//CE);
- 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 23 maggio 2000, n. 164 (di seguito: decreto legislativo 164/2000);
- il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93;
- 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 la "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 16 novembre 2017, 762/2017/I/eel (di seguito: deliberazione 762/2017/I/eel);
- la deliberazione dell'Autorità 14 novembre 2016, 658/2016/A;
- la deliberazione dell'Autorità 2 febbraio 2018, 57/2018/A e, in particolare, gli Allegati A e B;
- la deliberazione dell'Autorità 2 febbraio 2018, 58/2018/A;
- la deliberazione dell'Autorità 8 febbraio 2018, 60/2018/A;
- il decreto del Tribunale Ordinario di Roma, Sezione Civile XIV – Fallimentare, 3 agosto 2018, 31/2017 (di seguito: decreto 31/2017);

- 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. In data 24 agosto 2017 (prot. Autorità 27840 del 29 agosto 2017), Gala Power S.r.l. (di seguito: reclamante o Gala Power o controllata) ha presentato reclamo, ai sensi della deliberazione 188/2012/E/com, nei confronti di Areti S.p.a. (di seguito: gestore o Areti), contestando la presunta violazione dell’articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 79/99, inerente l’obbligo di connessione alla rete di distribuzione elettrica; in pari data, il reclamante ha, altresì, inviato (prot. 27838 del 29 agosto 2017) la prova della contestuale trasmissione del reclamo al gestore, ai sensi dell’articolo 3, comma 4 della Disciplina;
2. con nota del 20 settembre 2017 (prot. 30406), l’Autorità ha comunicato alle parti l’avvio del procedimento di trattazione del reclamo;
3. con nota del 5 ottobre 2017 (prot. Autorità 32554 del 6 ottobre 2017), il gestore ha presentato la propria memoria difensiva;
4. con nota del 18 ottobre 2017 (prot. Autorità 34243 del 19 ottobre 2017), il reclamante ha replicato alla memoria del gestore;
5. con nota del 20 ottobre 2017 (prot. Autorità 34546 del 23 ottobre 2017), il gestore ha controvepicato alla replica del reclamante;
6. con nota del 23 ottobre 2017 (prot. 34500), l’Autorità ha richiesto al gestore alcune informazioni e, in particolare, *“di: 1. descrivere dettagliatamente le modalità con cui, in caso di richiesta di stipula da parte di un venditore di un contratto di trasporto, viene verificata la sussistenza/insussistenza di eventuali inadempimenti connessi alle vicende funzionali di precedenti contratti di trasporto che si ritiene possano giustificare l’eventuale diniego alla stipula; 2. dare conto di casi analoghi verificatisi in passato, 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; 3. fornire il dettaglio dell’esposizione debitoria maturata nei confronti del Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.a. e della Cassa per i Servizi Energetici e Ambientali dovuta a inadempienze di Società collegate al reclamante, Gala Power S.r.l.”*;
7. con nota del 31 ottobre 2017 (prot. Autorità 35756 del 2 novembre 2017), il gestore ha risposto alla richiesta di informazioni dell’Autorità;
8. con nota del 14 novembre 2017 (prot. Autorità 37354 del 15 novembre 2017), il reclamante ha replicato alla risposta del gestore;
9. con nota del 20 novembre 2017 (prot. Autorità 38291 del 23 novembre 2017), il gestore ha controvepicato alla replica del reclamante;

10. con nota del 22 novembre 2017 (prot. Autorità 38930 del 29 novembre 2017), il reclamante ha ulteriormente controreplicato alla replica del gestore;
11. in data 28 settembre 2018, la Direzione Mercati Retail e Tutele dei Consumatori di Energia, ha formulato il proprio parere tecnico, ai sensi dell'articolo 5, comma 2 della deliberazione 188/2012/E/com.

QUADRO NORMATIVO:

12. Ai fini della decisione del presente reclamo, rilevano, innanzi tutto, 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 un'impresa in condizione 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 dell'Allegato A della deliberazione 111/06;

- (ii) i capitoli del codice di rete tipo in materia di fatturazione e di gestione delle garanzie;
13. assume rilievo altresì, ancorché non decisivo, la deliberazione 762/2017/I/eel, recante la proposta, formulata al Ministro dello Sviluppo Economico ai sensi dell'articolo 1, comma 81, della legge 4 agosto 2017, n. 124, della disciplina in materia di criteri, modalità, requisiti tecnici, finanziari e di onorabilità per l'iscrizione all'elenco dei soggetti abilitati alla vendita di energia elettrica ai clienti finali (di seguito: Elenco Venditori) previsto dall'articolo 1, comma 80, della medesima legge.

QUADRO FATTUALE:

14. In data 4 agosto 2017, il reclamante richiedeva al gestore di conoscere le modalità per concludere un nuovo contratto di trasporto di energia elettrica;
15. in data 8 agosto 2017, il gestore informava il reclamante di non poter accogliere l'eventuale futura richiesta di accesso alla rete da parte del medesimo reclamante, a causa del *“grave e colpevole inadempimento”* della sua capogruppo, Gala S.p.A. (di seguito: Gala o controllante), nell'esecuzione del contratto di trasporto stipulato con il gestore medesimo e da esso risolto *“come ritenuto con ordinanza del 12 luglio 2017, dalla Sezione IX del Tribunale Civile di Roma..”* ;
16. con nota del 9 agosto 2017, il reclamante contestava, ritenendole abusive e discriminatorie, le ragioni addotte dal gestore a supporto del diniego di accesso alla rete di distribuzione, evidenziando che Gala Power fosse giuridicamente autonoma dalla controllante Gala, *“sia sul piano organizzativo che patrimoniale”* e ribadiva, dunque, la propria intenzione di avere accesso alla rete;
17. con nota dell'11 agosto 2017, il gestore informava l'Autorità, oltreché il Ministero dello Sviluppo Economico, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.a. (di seguito: GSE), la Cassa per i Servizi Energetici e Ambientali - CSEA (di seguito: CSEA) e il Comando Generale della Guardia di Finanza, *“in ragione delle attribuzioni e compiti ad esse riservati”*, dell'istanza e dei solleciti ricevuti da Gala Power nonché del predetto riscontro fornito dal gestore, *“stante il grave e perdurante pregiudizio al sistema elettrico nazionale quale conseguenza del reiterato inadempimento di Gala e dei suoi garanti”*. Il gestore, inoltre, precisava, tra l'altro, di avere *“non solo il diritto ma anche il dovere di giungere alla conclusione di un nuovo contratto [con Gala Power – n.d.r.] solo se eliminata la condizione ostativa di grave inadempienza, prevalentemente in danno di interessi pubblici e di soggetti pubblici partecipati e controllati dagli enti in indirizzo”*; inadempienza realizzata da Gala il cui gruppo *“costituirebbe unico centro di imputazione dei rapporti giuridici”*;
18. in data 21 agosto 2017, il reclamante replicava alla predetta nota del gestore, informando le predette istituzioni ed asserendo che il diniego di accesso alla

rete, opposto da Areti, costituiva un *“insanabile violazione dell’obbligo di connessione alla rete di distribuzione di tutti i soggetti che ne facciano richiesta, nel rispetto delle regole tecniche e delle deliberazioni emanate dall’autorità di settore, previsto dall’art. 9 del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79”*, posto che *“nessuna previsione di legge e/o regolamentare consente al distributore di opporre il diniego all’accesso al mercato sulla base dei presupposti dichiarati..”*; il reclamante richiedeva, dunque, di *“perfezionare il contratto di trasporto... entro e non oltre il termine del 10 settembre 2017”*.

19. in data 6 marzo 2018, Gala rinunciava alla domanda di concordato preventivo “con riserva”, presentata in data 3 aprile 2017, ai sensi dell’art. 161, comma 6 del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267;
20. in data 3 maggio 2018, l’assemblea dei soci di Gala deliberava la messa in liquidazione della società che, pertanto, assumeva la denominazione sociale di “Gala S.p.a. in liquidazione”;
21. infine, in data 3 agosto 2018, con decreto 31/2017, il Tribunale Ordinario di Roma Sezione Civile XIV – Fallimentare ha dichiarato il non luogo a provvedere in ordine alla citata domanda prenotativa di concordato preventivo di Gala ed ha, inoltre, respinto la richiesta di dichiarazione di fallimento di tale società, formulata dal Pubblico Ministero.

ARGOMENTAZIONI DEL RECLAMANTE:

22. Il reclamante assume che il gestore avrebbe negato il diritto di Gala Power di accedere al mercato libero della vendita di energia elettrica, in violazione dell’obbligo di connessione alla rete di distribuzione di tutti i soggetti che ne facciano richiesta, sancito dall’art. 9 del decreto legislativo 79/99;
23. Gala Power, in particolare, pur riconoscendo di appartenere al gruppo Gala, rivendica la propria autonomia giuridica nei confronti della controllante, sia sul piano organizzativo che patrimoniale, rilevando che le ragioni dedotte dal gestore, a supporto del suo diniego, siano *“assolutamente strumentali e proditorie, oltre che abusive e discriminatorie”*, in quanto *“Gala Power è una società esistente dal 2010, non certo costituita solo ora per scopi elusivi, è una società perfettamente in bonis, non soggetta ad alcuna procedura concorsuale, dotata di propri impianti e ricavi, con propri fornitori e creditori”*;
24. il reclamante afferma che *“L’esposizione debitoria di un soggetto distinto dal richiedente non appare un motivo valido per giustificare sul piano regolatorio il rifiuto di stipulare il contratto di trasporto.”* e che, dunque, la posizione assunta dal gestore è priva di supporto normativo/regolamentare;
25. Gala Power, inoltre, denuncia che *“Areti stia agendo nel caso di specie non secondo logiche imprenditoriali razionali, ma semmai con l’obiettivo di espellere o prevenire l’entrata sul mercato di un concorrente potenzialmente scomodo per le società del suo gruppo attive nella vendita ai clienti finali”*;

26. in conclusione, dunque, il reclamante chiede all'Autorità di porre *“termine al comportamento illecito di ARETI S.p.A. attraverso un urgente provvedimento che le ordini di stipulare il contratto di trasporto con la nostra società”*.

ARGOMENTAZIONI DEL GESTORE:

27. Il gestore difende la correttezza della propria condotta, motivando il diniego opposto al reclamante, in merito alla stipula di un nuovo contratto di trasporto, sulla base del fatto che Gala Power è impresa integralmente e verticalmente integrata al Gruppo Gala la cui capogruppo, Gala, già titolare di un contratto di trasporto stipulato col gestore medesimo il 6 novembre 2015, avrebbe con la sua condotta ingenerato, ai danni di Areti, un gravissimo pregiudizio economico e patrimoniale *“che è quantificabile, al 31 agosto 2017, in non meno di 65,7 milioni di euro”* di questi *“circa 41,1 milioni di euro sono ascrivibili a oneri generali di sistema”*;
28. secondo Areti il predetto *“ingentissimo danno economico e patrimoniale”* sarebbe stato prodotto da *“comportamenti che si sono ripetuti nel tempo...tramite l'assunzione di obbligazioni di pagamento - da parte di Gala nei confronti di Areti - garantite con polizze fideiussorie che di fatto si sono rilevate non escutibili e che si ripercuotono sul sistema pubblico e sui correlativi interessi dell'Erario”*;
29. in particolare, il gestore riferisce di avere maturato, al 30 settembre 2017, una ingente esposizione debitoria nei confronti, rispettivamente, del GSE (Euro 35.500.000) e della CSEA (Euro 6.000.000), in relazione al mancato pagamento, da parte di Gala, delle fatture emesse da Areti e rimaste insolute;
30. il gestore, tra l'altro, ritiene di avere agito correttamente in quanto, con ordinanza del 12 luglio 2017, il Tribunale Civile di Roma, Sezione IX, ha ritenuto legittime le pattuizioni del contratto di trasporto stipulato tra Gala ed Areti, con conseguente diritto del gestore di *“esercitare la facoltà di recedere dal contratto per l'inadempimento al pagamento della società Gala agli oneri di sistema...”*, nonché di *“esercitare la facoltà di escutere le polizze fideiussorie a seguito di detti inadempimenti...”*;
31. il gestore, dunque, ritiene di essersi legittimamente opposto alla richiesta di accesso alla rete di trasporto, stante la stretta connessione tra la capogruppo e la reclamante che si evincerebbe, tra l'altro, dalle seguenti circostanze: a) Gala detiene il 100% del capitale sociale della reclamante; b) Gala svolge attività di direzione e coordinamento della controllata; 3) le due società hanno in comune sede sociale, carta intestata, legale rappresentante, attività e progettualità;
32. a sostegno delle proprie considerazioni il gestore richiama, altresì, la relazione al Bilancio 2016 di Gala, relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2015, ove si legge *“...a seguito della quotazione sul mercato AIM di Borsa Italiana, per dare maggiore omogeneità allo sviluppo ed alla gestione del Gruppo, è stato definito che Gala eserciti l'attività di direzione e coordinamento sulle società controllate. Conseguentemente ai sensi dell'art. 2497-bis del codice civile, le*

società controllate direttamente da Gala hanno dichiarato quest'ultima quale società che esercita l'attività di direzione e coordinamento”;

33. il gestore, peraltro, precisa che *“non è messa in discussione da Areti Spa la disposizione contenuta nell’art.9 del D.lg. 79/1999, in base alla quale “Le imprese distributrici hanno l’obbligo di connettere alle proprie reti tutti i soggetti che ne facciano richiesta, ...”, quanto la sua applicazione pratica nel caso concreto di specie in ragione della peculiarità della vicenda e delle circostanze non prevedibili (e infatti non previste) dalla detta norma, e che trovano invece fonte e disciplina in ulteriori e diverse disposizioni di legge di rango primario, equiordinate, dell’ordinamento giuridico...”*

VALUTAZIONE DEL RECLAMO:

34. La controversia 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;
35. ai fini della presente decisione è opportuno, in via preliminare, delineare la situazione societaria della reclamante. Quest’ultima è una società interamente controllata da Gala che ne detiene la totalità del capitale sociale e svolge attività di direzione e coordinamento, ai sensi dell’articolo 2497 del codice civile;
36. dalla visura camerale delle citate società risulta, inoltre, che controllata e controllante hanno in comune: a) la *governance*: l’attuale liquidatore unico della controllante, già presidente del consiglio di amministrazione e amministratore delegato della medesima (ing. Filippo Tortoriello) riveste anche la qualifica di amministratore unico della controllata; b) la sede sociale: entrambe le società hanno sede in Roma, via Savoia 43/47; c) l’oggetto sociale: entrambe le società annoverano nell’oggetto sociale, tra l’altro, anche la vendita di energia elettrica;
37. sotto quest’ultimo profilo, è bene precisare che, dall’esame della visura camerale emerge che la reclamante svolge quale *“attività prevalente”* quella di *“officina di produzione da fonti rinnovabili >20Kw – Fotovoltaica”*. Peraltro tale l’attività è, come detto, solo *“prevalente”* in quanto l’oggetto sociale comprende anche la *“vendita e trasporto di energia elettrica prodotta”*.
38. I delineati vincoli (economici, organizzativi e giuridici) intercorrenti tra la reclamante e la sua controllante sono, dunque, pacifici in quanto risultano *per tabulas* e costituiscono, diversamente da quanto sostiene la reclamante, obiettivi indici rivelatori dell’esistenza di *“un’unica entità economica”* di cui fanno parte le due società, in ragione di un complessivo quadro di interferenza della controllante nell’attività della controllata che risulta, dunque, priva di autonomi poteri decisori.
39. Tale considerazione trova conferma, in punto di diritto, in primo luogo, nel consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria, la quale procedendo ad un esame *“sostanziale”* e non meramente formale dei rapporti tra società appartenenti al medesimo gruppo societario, ha espresso un principio di carattere generale, secondo cui *“con riferimento al caso particolare in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata, (...) da un lato,*

tale società controllante può esercitare un'influenza determinante sul comportamento della controllata e, dall'altro, esiste una presunzione relativa secondo cui detta società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata (v. sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, punto 60 e giurisprudenza citata)”; per cui: “Alla luce di tali considerazioni è sufficiente che la Commissione provi che l'intero capitale di una controllata sia detenuto dalla controllante per poter presumere che quest'ultima eserciti un'influenza determinante sulla politica commerciale di tale controllata” (cfr., ex multis, Corte di Giustizia dell'Unione Europea 20 gennaio 2011, causa C-90/09 P).

40. Si è, inoltre, affermato che *“l'attribuzione di poteri di direzione alla holding non esclude, infatti, che la stessa possa esercitare di fatto poteri di amministrazione comprimendo l'autonomia della società controllata [...] di modo che l'assetto prefigurato dalle norme giuridiche ed il gruppo viene a ridursi ad un mero “simulacro formale”.* (cfr. ex multis Tar Lazio, - Roma, Sez. III, sentenza 19 luglio 2018, n. 8151). Tale profilo risulta maggiormente accentuato nella fattispecie in esame ove la *governance* di controllante e controllata è svolta, come accennato, dalla medesima persona fisica (in tal senso, si veda anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197).
41. Al riguardo si rileva che, nel corso del presente procedimento, la reclamante, pur rivendicando la propria autonomia rispetto alla controllante, non ha prodotto alcun elemento volto a confutare la citata interferenza decisionale di Gala.
42. Pertanto, appurato per le ragioni sopra declinate, che controllante e reclamante costituiscono, dunque, un “unico centro decisionale”, appare, altresì, opportuno evidenziare, in punto di fatto, che:
 - a) dall'ultimo bilancio depositato al 31 dicembre 2016, controllata e controllante denotano perdite di esercizio, rispettivamente di circa 290.000 euro e circa 118 milioni di euro;
 - b) alla data di cessazione del servizio di trasporto (27 luglio 2017) il gestore lamentava una esposizione debitoria della controllante di circa 65 milioni di euro di cui circa 20 milioni di euro costituirebbero, allo stato delle attuali evidenze istruttorie emerse, il corrispettivo per il servizio di trasporto;
 - c) dall'ultimo bilancio disponibile (al 31 dicembre 2016), depositato dalla controllata, risulta un debito di quest'ultima verso la controllante di circa 10 milioni di euro.
43. Ciò premesso, la questione decisiva per risolvere la controversia in esame è, pertanto, la seguente: se alla luce della acclarata esistenza di un unico centro decisionale sussistente tra controllante e controllata, sia legittimo il rifiuto del gestore di procedere all'attivazione del contratto di trasporto in parola con la controllata, stante la significativa esposizione debitoria maturata dalla controllante.
44. Al riguardo si osserva che la giurisprudenza amministrativa, con alcune pronunce relative al settore del gas naturale (cfr. Tar Lombardia, Sez. II, sentenza 19 agosto 2003, n. 3691, nonché Consiglio di Stato, Sez. VI, decisione 3 febbraio 2008, n. 5936) e quindi all'obbligo di TPA declinato dal decreto legislativo 164/2000, i cui

principi enucleati, tuttavia, appaiono pacificamente replicabili anche per il settore elettrico e per le analoghe disposizioni contenute nel decreto legislativo 79/99, ha 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 regola (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”*; 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 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);

45. è bene ricordare, altresì, che l'aspetto relativo ai rapporti di controllo societario (che nel caso di specie appare massimo, data la partecipazione totalitaria di Gala in Gala Power) è stato considerato dall'Autorità, da ultimo, ai fini dei criteri di solvibilità aziendale, oggetto della disciplina dell'Elenco Venditori proposta al Ministro dello Sviluppo Economico (cfr. §§ 3.9 e 3.10 dell'Allegato A deliberazione 762/2017); ancorché tale misura non dispieghi effetti rilevanti ai fini della controversia, essa però cristallizza l'esigenza di carattere generale, per la tenuta del sistema, di considerare un'eventuale pluralità di società di vendita appartenenti a un medesimo gruppo come unico centro di imputazione di responsabilità.
46. 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;
47. 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.
48. Ciò posto, si rileva che milita un'ulteriore argomentazione, in punto di diritto, a sostegno del rifiuto opposto dal gestore alla stipula di un nuovo contratto di trasporto con la reclamante.
49. In particolare, stante la dimostrata sussistenza di un unico centro decisionale intercorrente tra controllante e controllata, appare evidente che la richiesta di accesso alla rete formulata dalla controllata miri ad eludere e superare le conseguenze della risoluzione del contratto di trasporto intervenuta nei confronti della controllante;
50. tale considerazione trova ancoraggio nel 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;
51. 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);
52. 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);
53. è nell'ambito di quest'ultima ipotesi, quindi, che, in termini astratti, appare applicabile il principio dell'abuso del diritto;
54. al riguardo assumono, inoltre, rilievo anche le seguenti considerazioni in punto di fatto:
- a) come precisato dalla stessa Gala Power, essa è una società costituita nel 2010, operante quindi da prima della risoluzione del contratto di trasporto tra la controllante e il gestore;
 - b) peraltro, è solo quando tale risoluzione è divenuta definitiva a seguito della ordinanza del Tribunale Civile di Roma in data 12 luglio 2017 - prodotta dal gestore - che la controllata ha improvvisamente ritenuto, dopo diversi anni dalla sua costituzione, di divenire un attore del libero mercato della vendita di energia elettrica; come si nota, si tratta di un radicale mutamento nella politica commerciale e imprenditoriale di Gala Power che, da mero produttore di energia elettrica, 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 Gala Power all'oscuro della citata vicenda risolutiva e anzi senza il decisivo apporto decisionale di Gala, sua unica proprietaria e amministrata dalla stessa persona fisica che, lo si sottolinea, riveste anche il ruolo di amministratore unico della reclamante;
55. da quanto sopra esposto emerge, pertanto, che la nuova politica commerciale di Gala Power, e la sua 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 la controllante;
56. inoltre, la citata elevata esposizione debitoria di Gala nei confronti del gestore che, allo stato delle attuali evidenze istruttorie emerse, è pari a circa 20 milioni di euro relativi al corrispettivo per il servizio di trasporto (al netto dei contestati debiti per oneri generali di sistema di cui al decreto 31/2017), 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;

57. per i motivi sopra esposti, il reclamo presentato da Gala Power nei confronti di Areti non merita accoglimento

DELIBERA

1. di respingere, nei termini di cui in motivazione, il reclamo presentato da Gala Power S.r.l. 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.

20 novembre 2018

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini