

DELIBERAZIONE 14 MAGGIO 2019

181/2019/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 1064^a riunione del 14 maggio 2019

VISTI:

- la direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009;
- la legge 14 novembre 1995, n. 481
- 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);
- 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 (di seguito: deliberazione 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);
- 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 4 gennaio 2019 (prot. Autorità 604 del 9 gennaio 2019), EEMS Italia S.p.a. (di seguito anche: reclamante o EEMS) ha contestato, ad Areti S.p.a. (di seguito anche: gestore e 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 dell'11 gennaio 2019 (prot. 773), l'Autorità ha richiesto al reclamante di regolarizzare il reclamo, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera c) della Disciplina;
 3. con nota del 14 gennaio 2019 (prot. Autorità 1153 del 16 gennaio 2019), il reclamante ha provveduto alla suddetta regolarizzazione, trasmettendo i documenti richiesti;
 4. con nota del 17 gennaio 2019 (prot. 1298), l'Autorità ha comunicato alle parti l'avvio del procedimento di trattazione del reclamo;
 5. con nota del 1 febbraio 2019 (prot. Autorità 2767 del 4 febbraio 2019), il gestore ha presentato la propria memoria difensiva;
 6. con nota del 6 febbraio 2019 (prot. Autorità 3117 del 7 febbraio 2019), il reclamante ha replicato alla memoria del gestore;
 7. con nota del 7 marzo 2019 (prot. 5840), l'Autorità ha richiesto alle parti alcune informazioni e, in particolare, al gestore di *“1. descrivere la prassi seguita...nel verificare la sussistenza, in capo alle società richiedenti l'accesso alla rete, dei requisiti necessari e preliminari alla stipula del contratto di trasporto, anche con riferimento ad eventuali inadempimenti connessi alle vicende funzionali di precedenti contratti di trasporto; 2. con riferimento agli ultimi 3 anni, dare conto di tutti i casi in cui [...] ha negato l'accesso alla rete di distribuzione, specificando dettagliatamente 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.”*; l'Autorità ha, altresì, richiesto al reclamante di *“trasmettere copia dei mandati senza rappresentanza dei clienti finali per conto dei quali è stata richiesta la stipula del contratto di trasporto ad Areti S.p.a.”*;
 8. con nota del 15 marzo 2019 (prot. Autorità 6587 del 18 marzo 2019), il gestore ha risposto alla richiesta di informazioni dell'Autorità, facendo altresì presente che, per ragioni di riservatezza, le informazioni richieste dall'Autorità non erano state inviate anche al reclamante;
 9. con nota del 18 marzo 2019 (prot. Autorità 6720), l'Autorità, valutate le ragioni esposte da Areti, ha ritenuto, in applicazione dell'art. 9, comma 3, della Disciplina, *“con riguardo alle esigenze di riservatezza rappresentate dal gestore, che esse possano essere assicurate, compatibilmente con le garanzie del contraddittorio, mediante l'omissione dei dati indicati nei paragrafi 2 e 3 della suddetta nota relativi: i) al nome delle Società coinvolte nella vicenda diversa da quella che ha interessato Gala Power S.r.l.; ii) agli importi delle morosità, maturate verso il gestore, da parte delle suddette Società, diverse da Gala Power S.r.l.”*; con la medesima nota l'Autorità ha, pertanto, invitato il gestore ad inviare al reclamante la predetta documentazione, con l'omissione dei suddetti dati, richiedendogli, altresì, con riferimento al punto 1 della richiesta di informazioni (prot. Autorità 5840 del 7 marzo 2019), *“di voler specificare quali altre verifiche, oltre a quelle riferibili ad eventuali inadempimenti connessi alle vicende funzionali di precedenti contratti di trasporto, vengono di prassi eseguite al fine di accertare la sussistenza, in capo alle società richiedenti l'accesso alla rete, dei requisiti necessari e preliminari alla stipula del contratto di trasporto”*;

10. con nota del 18 marzo 2019 (prot. Autorità 6830 del 19 marzo 2019), il reclamante ha risposto alla richiesta di informazioni dell’Autorità;
11. con nota del 3 aprile 2019 (prot. Autorità 8974 dell’8 aprile 2019), il gestore ha trasmesso, anche al reclamante, la propria risposta alla prima richiesta di informazioni, secondo le indicazioni fornite dall’Autorità; con la medesima nota, inoltre, il gestore ha, altresì, risposto alla seconda richiesta di informazioni, confermando il contenuto della sua precedente risposta (prot. Autorità 5840 del 7 marzo 2019);
12. in data 18 aprile 2019, 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:

13. Ai fini della decisione del presente reclamo, rileva la deliberazione 111/06 e, in particolare:
 - (i) l’articolo 4, comma 1, ai sensi del quale *“Sono tenuti a concludere con Terna un contratto per il servizio di dispacciamento: a) i titolari di unità di produzione; b) i titolari di unità di consumo, ad eccezione dei titolari delle unità di consumo comprese nel mercato vincolato; c) l’Acquirente unico, per le unità di consumo comprese nel mercato vincolato; d) i titolari di punti di importazione o di punti di esportazione; e) il Gestore dei Servizi Energetici [...]”*;
 - (ii) l’articolo 4, comma 2, seconda parte, il quale dispone che *“La conclusione, direttamente o attraverso l’interposizione di un terzo, del contratto per il servizio di dispacciamento in prelievo e del contratto per il servizio di trasmissione e di distribuzione è condizione necessaria per prelevare energia elettrica dalla rete con obbligo di connessione di terzi.”*;
 - (iii) l’articolo 4, comma 4, il quale prevede che *“La conclusione dei contratti di dispacciamento, trasmissione e distribuzione deve avvenire in forma scritta. L’interposizione di un terzo ai fini della conclusione dei contratti per il servizio di trasmissione e di distribuzione e per il servizio di dispacciamento ha la forma di un mandato senza rappresentanza: il soggetto che stipula i due contratti deve essere il medesimo [...]”*.

QUADRO FATTUALE:

14. In data 7 settembre 2018, EEMS sollecitava il gestore ad indicare la corretta procedura da seguire per la stipula di un contratto di trasporto;
15. in pari data il gestore replicava, fornendo al reclamante l’elenco dei dati necessari alla predisposizione del contratto di trasporto, tra cui i dati societari, la data di decorrenza del contratto, la visura camerale della società richiedente e *“se possibile anche il numero dei POD che verranno stipulati sul Vs. dispacciamento”*;

16. in data 11 settembre 2018, EEMS inviava ad Areti i dati richiesti, fatta eccezione per l'elenco dei POD relativi ai clienti finali per conto dei quali richiedeva l'accesso alla rete di trasporto gestita dal distributore;
17. in data 19 ottobre 2018, Areti replicava che *“anche al fine di tutelarsi da comportamenti che, attraverso veicoli destinati ad operare sul mercato pur in presenza di significative insolvenze da parte di società ad essi collegate, si configurino come elusivi delle norme poste a base del funzionamento del sistema elettrico, [...] il richiesto contratto di trasporto potrà essere sottoscritto solo ad avvenuto integrale soddisfo delle ragioni di credito vantate verso la Gala S.p.a., società controllata dalla Gala Holding S.r.l., Vostro socio [...]”*;
18. in data 7 novembre 2018, EEMS inviava formale reclamo al gestore avverso il rifiuto opposto alla stipula del contratto di trasporto, ritenendo che *“le ragioni dedotte a supporto del Vostro diniego alla stipulazione del contratto di trasporto si presentano strumentali, oltre che abusive e discriminatorie, dal momento che impediscono, di fatto, l'accesso al mercato della vendita di energia elettrica ad una Società distinta giuridicamente ed economicamente dalla società oggetto dei Vostri addebiti e tra le quali non sussiste neppure un rapporto diretto di controllo.”*

ARGOMENTAZIONI DEL RECLAMANTE:

19. Il reclamante ritiene che il gestore Areti abbia negato il diritto di EEMS 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, previsto dall'art. 9 del decreto legislativo 79/99;
20. il reclamante, in particolare, ritiene che il diniego opposto dal gestore *“è stato motivato esclusivamente sulla base dell'appartenenza della Società al medesimo gruppo di Gala S.p.a. in liquidazione [...]”* e che, pertanto, *“le ragioni dedotte a supporto del diniego alla stipulazione del contratto di trasporto si presentano strumentali, oltre che abusive e discriminatorie, dal momento che impediscono, di fatto, l'accesso al mercato della vendita di energia elettrica ad una Società distinta giuridicamente ed economicamente dalla società oggetto dei Vostri addebiti e tra le quali non sussiste neppure un rapporto diretto di controllo”*;
21. EEMS, inoltre, considera *“strumentale ed illegittima [...] l'affermazione, posta a conclusione della [...] comunicazione (del gestore, n.d.r.), volta a condizionare l'eventuale sottoscrizione del contratto di trasporto all'avvenuto “integrale soddisfo delle ragioni di credito vantate verso la Gala S.p.a., società controllata dalla Gala Holding S.r.l., Vostro socio”, ritenendo che “la vicenda (Gala, n.d.r.) è comunque del tutto separata ed ininfluyente relativamente alla nostra richiesta di attivazione della connessione alla rete che è vostro preciso ed incondizionato obbligo di legge, il cui rifiuto rappresenta un abuso illegittimo ed ingiustificato”*;
22. il reclamante sottolinea che EEMS *“è quotata, quindi nella sua compagine societaria sono presenti vari azionisti, tra i quali Gala S.p.a. non è compresa, né nei suoi organi societari è presente alcun esponente di Gala S.p.a. Quanto alle vicende sottese alla risoluzione del contratto con Gala S.p.a. e ai crediti asseritamente vantati dal Gestore*

- nei confronti della stessa Gala S.p.a., [...] queste sono attualmente oggetto di un contenzioso dinanzi al Tribunale Civile di Roma [...]*”;
23. EEMS evidenzia, altresì, che: a) il proprio capitale sociale non è interamente detenuto da Gala Holding S.r.l., essendo EEMS *“quotata a Piazza Affari dal 2006, con un flottante, allo stato, del 10,01%, suddiviso tra molteplici investitori”*; b) *“EEMS Italia: i) non è affatto un veicolo di Gala S.p.a., essendo invece 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 a Singapore; ii) non è affatto collegata a Gala S.p.a., né tantomeno a società da essa controllate, non avendo alcun rapporto azionario con le predette società; iii) è peraltro amministrata da un organo gestorio completamente diverso (nelle sua composizione) da quello di Gala S.p.a. e la cui maggioranza (due membri su tre) è formata, ai sensi del TUF, da “amministratori indipendenti”*;
24. in conclusione, il reclamante sottolinea che EEMS Italia: *“Non è partecipata da Gala S.p.a. Non solo, tra EEMS Italia e Gala S.p.a. non vi è alcun collegamento azionario”*; *“Non è sottoposta, in modo alcuno, alla direzione e coordinamento di Gala S.p.a. Anzi, EEMS Italia è una società quotata al vertice di un gruppo internazionale”*; *“Non condivide con Gala S.p.a. né la governance, né la sede sociale”*;
25. con riferimento alla richiesta di informazioni (prot. 5840 del 7 marzo 2019) dell’Autorità *“di trasmettere copia dei mandati senza rappresentanza dei clienti finali per conto dei quali è stata richiesta la stipula del contratto di trasporto ad Areti S.p.a.”*, il reclamante, in data 18 marzo 2019 (prot. Autorità 6830 del 19 marzo 2019), ha dichiarato di avere *“raccolto manifestazioni di interesse e consensi preliminari informali da parte di potenziali clienti finali sulla piazza di Roma, ed ha volutamente scelto di non stipulare contratti di fornitura di energia elettrica con gli stessi, inclusivi della formula del mandato senza rappresentanza, in assenza del contratto quadro di distribuzione con Areti S.p.a. [...]”* e, dunque, di non avere *“documentazione da trasmettere a codesta Autorità”*.

ARGOMENTAZIONI DEL GESTORE:

26. Il gestore ritiene il reclamo inammissibile ed infondato eccependo, in via preliminare, la strumentalità della condotta del reclamante in considerazione del fatto che lo stesso ha omesso di agire in sede giurisdizionale, nei confronti di Areti, per ottenere l’esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto, ai sensi dell’articolo 2932 del codice civile. Tale norma costituirebbe, ad avviso del gestore, la *lex specialis* che regge il caso di specie e che, di conseguenza, preverrebbe sulla previsione dell’articolo 44, comma 1, del decreto legislativo 93/11 ai sensi del quale il presente 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”*;
27. nel merito, il gestore ha giustificato le ragioni del suo rifiuto a stipulare il contratto di trasporto con EEMS, sul presupposto che *“il capitale sociale della richiedente Eems*

- Italia S.p.a. pari a Euro 499.022,00, risulta essere interamente detenuto dalla Gala Holding S.r.l., società azionista di maggioranza della Gala S.p.a., già titolare di contratto di trasporto con lo scrivente distributore, contratto che è stato risolto con efficacia a decorrere dal 26/07/2017, a seguito del maturarsi di una morosità che ad oggi ammonta ad Euro 73.348.723,71, per il cui recupero è tutt'ora in atto un contenzioso giudiziario”;*
28. secondo Areti, dunque, la richiesta di accesso alla rete di trasporto avanzata dal reclamante *“è stata ritenuta inaccoglibile in quanto elusiva”* perché *“pervenuta da un'altra società appartenente al Gruppo Gala”*; in conseguenza, il gestore ritiene che *“il richiesto contratto di trasporto potrà essere sottoscritto solo ad avvenuto integrale soddisfo delle ragioni di credito vantate verso la Gala S.p.a., società controllata dalla Gala Holding S.r.l.”*.
29. con riferimento alla richiesta di informazioni, avanzata dall’Autorità (con nota prot. 5840 del 7 marzo 2019), Areti ha dichiarato di avere, a seguito della vicenda Gala (giugno 2018), *“revisionato la procedura finalizzata alla verifica degli assetti societari degli utenti del trasporto che formulano richieste di stipula di un nuovo contratto [...] così da effettuare una prima valutazione sugli aspetti salienti e propedeutici al rapporto negoziale tra cui solidità e composizione societaria da parte della competente struttura aziendale preposta alla gestione del credito in areti”*;
30. pertanto, nella *“procedura aziendale sulla gestione dei contratti di trasporto così come revisionata a giugno 2018; più esattamente, vi è indicato che “laddove in fase di richiesta dovessero emergere elementi di rilievo da verificare (es. nuovo operatore con rapporti di collegamento societario con trader con situazioni di morosità) si richiedono verifiche all’U. Legale e Supporto Societario di areti e Credito Corporate di Acea S.p.a. Ciò al fine di svolgere quella preliminare attività di verifica del sussistere dei presupposti, di fatto e di diritto, quali elementi essenziali per la corretta formazione della volontà negoziale e del rapporto contrattuale tra le parti, che altrimenti risulterebbe geneticamente viziato ab origine.”*;
31. Areti ha, inoltre, dichiarato di avere *“negato l’accesso alla rete di distribuzione unicamente nei confronti di due società di vendita, la Gala Power S.r.l. e [..], per il medesimo motivo, ovvero, ingenti debiti pregressi di società ad esse collegate.”*;
32. in particolare, il gestore, nel corso del presente procedimento, ha evidenziato di avere un credito insoluto nei confronti di Gala S.p.a. *“di un importo di circa € 73,6 milioni, dei quali circa il 60% sono rappresentati dai cosiddetti oneri generali di sistema”* e nonostante le azioni intraprese al fine di *“garantire la propria integrità patrimoniale ed il buon andamento del servizio offerto alla propria clientela, persiste il mancato pagamento da parte di Gala, al cui gruppo sono riconducibili Gala Power e EEMS”*;
33. infine, in risposta alla seconda richiesta di informazioni dell’Autorità, il gestore ha confermato che *“le verifiche eseguite per prassi [...] - finalizzate ad analizzare la sussistenza dei requisiti necessari alla stipula di un nuovo contratto di trasporto – sono esclusivamente quelle descritte nella comunicazione già trasmessa all’Autorità in data 15.03.2019 [...]. Ulteriori informazioni aggiuntive richieste hanno natura anagrafica e su di esse non viene eseguito alcun controllo”*.

VALUTAZIONE DEL RECLAMO:

34. Ai fini della decisione del presente reclamo 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;
35. tanto premesso, prima di procedere a valutare nel merito la controversia, si esamina l'eccezione di inammissibilità sollevata dal gestore, secondo il quale la tematica oggetto del 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'art. 44 del decreto legislativo 93/11, sottrarrebbe tale fattispecie alla competenza giustiziale dell'Autorità. Tale eccezione non è fondata e, dunque, non merita accoglimento, per le ragioni di seguito indicate;
36. al riguardo si osserva che, come emerge anche dal tenore letterale dell'articolo 44, comma 1, del decreto legislativo 93/11, ai sensi del quale l'Autorità "*decide sui reclami presentati contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione per quanto concerne gli obblighi a tali gestori imposti in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale*" e come correttamente rilevato dal reclamante, non sussiste alcuna incompatibilità tra le due disposizioni ed in generale tra la tutela giustiziale e quella giurisdizionale. Infatti, l'ordinamento appronta i due rimedi come distinti ed alternativi a cui può, indifferentemente, ricorrere l'utente che opera nei settori dell'energia, con l'unico limite di cui all'articolo 3, comma 9 della Disciplina. Tale disposizione prevede l'archiviazione del reclamo, fra l'altro, qualora per "*la fattispecie oggetto dell'istanza*" sia stato presentato ricorso all'Autorità giudiziaria (in tal senso, v. Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. II, sentenza 9 gennaio 2017, n. 36). Ciò posto, si rileva che tale circostanza non è emersa nel corso della presente istruttoria;
37. venendo all'esame del merito della controversia, si osserva che mediante il reclamo oggetto della presente decisione, EEMS sosteneva che, con un illegittimo e discriminatorio rifiuto a stipulare un contratto di trasporto, il gestore aveva violato l'obbligo di connessione alla rete di distribuzione elettrica, sancito dall'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 79/99, con ciò frustrando la legittima pretesa del reclamante di accedere alla rete di distribuzione;
38. in particolare, il gestore fondava le ragioni del proprio diniego sulla base dell'appartenenza del reclamante al medesimo gruppo societario di Gala S.p.a. in liquidazione, nei cui confronti il gestore medesimo rivendica un credito insoluto di circa 73 milioni di euro;
39. nel corso della trattazione del reclamo, al fine di verificare la fondatezza delle contestazioni sollevate dal reclamante e la presunta condotta discriminatoria del gestore, l'Autorità ha chiesto al gestore di dare conto di tutti gli eventuali altri casi in cui, negli ultimi 3 anni, aveva negato l'accesso alla rete di distribuzione, specificandone dettagliatamente le ragioni;

40. inoltre, poiché dalla corrispondenza intercorsa tra le parti, antecedentemente alla presentazione dell'odierno reclamo all'Autorità, era emerso che né Areti aveva chiesto al reclamante di allegare obbligatoriamente alla richiesta di stipula del contratto di trasporto l'elenco contenente i numeri dei punti di prelievo dei consumi (POD) che il reclamante intendeva rifornire, né EEMS aveva provveduto a comunicarli, l'Autorità ha richiesto ad Areti di descrivere la prassi seguita nel verificare la disponibilità, in capo ai richiedenti l'accesso alla rete, dei requisiti necessari e preliminari alla conclusione del contratto di trasporto e ad EEMS di esibire copia dei mandati senza rappresentanza dei clienti finali, per conto dei quali aveva richiesto al gestore la stipula del contratto di trasporto;
41. risultando incompleta la prima risposta del gestore su questo punto, l'Autorità ha ulteriormente chiesto ad Areti di specificare quali altre verifiche, oltre a quelle riferibili ad eventuali inadempimenti connessi alle vicende funzionali di precedenti contratti di trasporto, venivano di prassi eseguite al fine di accertare la sussistenza, in capo alle società richiedenti l'accesso alla rete, dei requisiti necessari e preliminari alla stipula del contratto di trasporto;
42. a seguito delle risposte delle parti alle suddette richieste, è emerso che il gestore ha recentemente modificato la propria prassi aziendale, 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. Con riferimento, invece, alle verifiche preliminari sul possesso, da parte dei soggetti richiedenti, dei requisiti indispensabili per richiedere l'accesso e, in particolare, sulla effettiva loro disponibilità dei mandati senza rappresentanza rilasciati dai clienti finali, il gestore non si è espresso;
43. in risposta alla richiesta dell'Autorità, di esibire copia dei mandati senza rappresentanza dei clienti finali per conto dei quali aveva richiesto la stipula del contratto di trasporto, il reclamante ha riferito di avere *“raccolto manifestazioni di interesse e consensi preliminari informali da parte di potenziali clienti finali sulla piazza di Roma”* scegliendo *“di non stipulare contratti di fornitura di energia elettrica con gli stessi, inclusivi della formula del mandato senza rappresentanza, in assenza del contratto quadro di distribuzione con Areti”* e che, dunque, non aveva la documentazione richiesta dall'Autorità;
44. orbene, a fronte delle suddette risposte del gestore e del reclamante, il quadro fattuale oggetto della cognizione dell'Autorità risulta ulteriormente arricchito ai fini della verifica della corretta applicazione della regolazione vigente alla controversia in esame e quindi della fondatezza della pretesa del reclamante;
45. in altre parole, preso atto che il reclamante aveva richiesto al gestore la conclusione del contratto di trasporto, non avendo instaurato alcun rapporto con almeno un cliente finale, ciò che l'Autorità deve accertare è se EEMS, in base al quadro giuridico applicabile alla fattispecie in esame, aveva comunque il diritto di sottoscrivere il contratto di trasporto;
46. al riguardo il reclamante sostiene che la regolazione vigente non prevede che il perfezionamento del rapporto con l'utente finale costituisca condizione per il perfezionamento e l'attivazione del contratto di trasporto e che, infatti, a riprova di

questa tesi, il gestore non aveva formalizzato nei suoi confronti alcuna richiesta finalizzata alla verifica della previa conclusione di contratti con l'utenza finale; secondo il reclamante, inoltre, l'eventuale obbligatorio perfezionamento preventivo dei contratti con i clienti finali, ossia prima ancora della attivazione dei contratti di trasporto, esporrebbe il *trader* al rischio di inadempimento verso la clientela finale, circostanza che, secondo EEMS, si sarebbe infatti verificata nel caso di specie, tenuto conto del diniego di Areti;

47. ebbene, rispetto alle argomentazioni del reclamante, occorre chiarire, invece, che ai sensi del combinato disposto dell'articolo 4, commi 1 e 2 della deliberazione 111/06, sono i clienti finali a dover concludere, "*direttamente o tramite interposizione di terzi*", il contratto per il servizio di dispacciamento e il contratto di trasporto, la cui conclusione è condizione necessaria per potere immettere e/o prelevare energia elettrica nella/dalla rete. Inoltre, ai sensi dell'articolo 4, comma 4 della deliberazione 111/06, l'interposizione di un terzo, ai fini della conclusione del contratto per il servizio di distribuzione, deve avere "*la forma di un mandato senza rappresentanza*" e "*il soggetto che stipula i due contratti deve essere il medesimo*";
48. ne consegue, dunque, che, in base alla deliberazione 111/06, un soggetto diverso dai clienti finali - o meglio, dai soggetti elencati all'articolo 4, comma 1, tra cui non rientrano le società di vendita c.d. *traders* (qual è il reclamante) - ha titolo per concludere il contratto di trasporto con l'impresa distributrice solo se rivesta, ai sensi del successivo articolo 4, comma 2, la qualifica di "terzo interposto" tra l'impresa medesima e uno dei citati soggetti legittimati dal precitato articolo 4, comma 1. A tal fine dovrebbe avere istaurato un rapporto, diretto o indiretto, con almeno un cliente finale (o altro soggetto di cui all' articolo 4, comma 1);
49. peraltro, con riferimento al rilievo relativo al rischio di inadempimento verso la clientela finale, sollevato dal reclamante (cfr. *supra* punto 46), preme evidenziare come, nel soddisfare le condizioni previste dalla regolazione, il *trader* possa sempre comunque disporre di ampi strumenti e accorgimenti negoziali per gestire i rapporti contrattuali con il cliente finale controparte, in modo tale da cautelarsi rispetto al rischio di ritardi nell'attivazione del contratto di trasporto (potendo inserire, a mero titolo di esempio, apposite condizioni sospensive);
50. ciò posto, pertanto, appare evidente che il reclamante, non avendo formalizzato alcun rapporto, diretto o indiretto, con almeno un cliente finale (o altro soggetto di cui al citato articolo 4, comma 1 della deliberazione 111/06), non aveva titolo per concludere il contratto di trasporto con l'impresa distributrice e che, dunque la sua pretesa, di chiedere ed ottenere l'accesso alla rete di distribuzione gestita dal gestore, era infondata;
51. inoltre si evidenzia che, come accennato, essendo il citato requisito obbligatoriamente previsto dalla disciplina regolatoria per la valida sottoscrizione del contratto di trasporto, non può assumere rilievo, ai fini della presente decisione, la circostanza che il gestore – diversamente da quanto avrebbe dovuto in virtù dell'obbligo di diligenza c.d. specifica *ex art. 1176*, comma 2 c.c. a cui è tenuto nell'esercizio della propria attività professionale - non ha verificato la sussistenza della suddetta condizione. Al riguardo si osserva che l'Autorità, nell'esercizio della funzione giustiziale, non è

vincolata, ai fini della decisione del reclamo, ai riferimenti giuridici indicati dalle parti, potendo invece utilizzare, nella ricostruzione del quadro giuridico rilevante per la decisione, anche parametri normativi e regolatori diversi da quelli prospettati nel corso del procedimento di trattazione del reclamo. Ciò in considerazione che l’Autorità, in sede giustiziale, verifica la corretta applicazione del quadro regolatorio alla concreta fattispecie dedotta, accertando eventualmente la violazione della disciplina del settore regolato ed assumendo le conseguenti determinazioni vincolanti per le parti;

52. pertanto, alla luce dei fatti emersi nel corso dell’istruttoria e per le motivazioni esposte, si ritiene che il reclamante, al momento della richiesta di accesso alla rete gestita da Areti, non avendo instaurato alcun rapporto, diretto o indiretto, con almeno un cliente finale (o altro soggetto di cui al citato articolo 4, comma 1 della deliberazione 111/06) non aveva titolo per concludere validamente il contratto di trasporto con il gestore;
53. ne consegue che tale dirimente motivo – attenendo all’assenza di una condizione obbligatoriamente prevista dalla regolazione ai fini della valida conclusione del contratto di trasporto - rende infondata la pretesa avanzata dal reclamante, indipendentemente dalle motivazioni del citato rifiuto, opposte dal gestore;
54. in conclusione, per le ragioni sopraindicate, il reclamo 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.

14 maggio 2019

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini