

Osservazioni Gala S.p.A. in liquidazione a documento per la consultazione 530/2019/R/eel

La società Gala S.p.A. in liquidazione intende svolgere alcune osservazioni sul documento per la consultazione 530/2019/R/eel (*“interventi di aggiornamento al codice di rete tipo per il servizio di trasporto dell’energia elettrica”*), pubblicato da codesta Autorità in data 10 dicembre 2019 (il “DCO”), a cominciare da una riflessione preliminare, che riguarda i principi sanciti dalla giurisprudenza nella materia in esame, di cui è stata omessa qualsivoglia rappresentazione nel citato DCO, nonostante detti principi, si badi bene, siano stati affermati dagli Organi giurisdizionali di vertice sia della Giustizia Amministrativa che della Giustizia ordinaria, e nonostante che gli stessi principi risultino espressi anche in pronunce passate in giudicato e, dunque, non più controvertibili.

*

1. – Sebbene codesta Autorità mostri di ritenere utile e rilevante riportare le pronunce giurisprudenziali intervenute nella materia in esame, al punto da dedicare a dette pronunce l’intero paragrafo introduttivo del DCO, risultano inspiegabilmente omesse proprio le decisioni più significative. Ci si riferisce alle seguenti::

- **30 novembre 2017; sentenze Consiglio di Stato nn. 5619 e 5620:** in tali sentenze, il Consiglio di Stato ha affermato che *“l’imposizione ai traders di prestare garanzie alle imprese distributrici di energia elettrica, ovvero di fare gravare su di essi l’inadempimento degli utenti, è foriera di asimmetria contrattuale, di squilibrio del rapporto, onerando la parte debole della catena distributiva di un rischio improprio e del peso economico conseguente, in violazione dei principi di logicità, proporzionalità e adeguatezza”*. Nelle stesse decisioni, con particolare riferimento alla fattispecie della risoluzione dei contratti di trasporto, il Consiglio di Stato ha altresì precisato e disposto che *“alla medesima stregua va ritenuta illegittima la disposizione contenuta nella deliberazione impugnata che attribuisce la potestà ai distributori di risolvere il contratto con i traders nell’ipotesi di mancato versamento, da parte di essi, degli “oneri del sistema””*.
- **8 luglio 2019; sentenza TAR Lombardia n. 1570:** in tale sentenza, il TAR ha decretato l’invalidità della delibera ARERA 109/2017/eel del 3 marzo 2017, sulla base del principio secondo cui l’imposizione a carico dei traders dell’obbligo di versare alle imprese distributrici gli oneri generali di sistema non ancora incassati risulta *“in contrasto con la previsione di cui all’articolo 39 del D.L. n. 83/2012. Difatti, imputando al trader l’obbligo di pagamento di una somma non ancora riscossa, la regola termina per attribuire, in sostanza, ai traders un’obbligazione propria dei clienti finali e per far gravare su questi il rischio dell’inadempimento”*.
- **26 novembre 2019; ordinanza Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione n. 30804:** in tale sentenza, la Suprema Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto da E-Distribuzione S.p.a. avverso la sentenza del Consiglio di Stato n. 5620/17 del 30 novembre 2017. Per effetto di tale decisione, è dunque passato in giudicato, e divenuto incontrovertibile, l’annullamento della deliberazione AEEGSI (ARERA) n. 268/2015, nella parte in cui *“introduce(va) una nuova disciplina in materia di garanzia per l’accesso al servizio di trasporto, di fatturazione del servizio e dei relativi pagamenti” e “dispone(va) che gli utenti del servizio di trasporto e vendita dell’energia (c.d. traders) debbano prestare garanzie alle imprese distributrici di energia elettrica”*. In particolare, le Sezioni Unite

hanno confermato la piena legittimità degli accertamenti compiuti dal Consiglio di Stato, che sono così sintetizzati nell'ordinanza: *“a fondamento della decisione, il Consiglio di Stato ha ritenuto: - che dal quadro normativo di riferimento emergeva che AEGSI determina il quantum degli oneri generali di sistema parametrandoli all'entità dei consumi del cliente finale e non del venditore mentre nessuna norma attribuisce la potestà di traslare in capo ai venditori l'obbligazione gravante sui clienti finali; - che, in contrario, non era utilmente invocabile la qualificazione dei traders quali mandatari senza rappresentanza dei clienti finali e che tale conclusione non era confutata dal disposto dell'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 79/1999, in quanto il potere di eterointegrazione, pacificamente riconosciuto in capo all'Autorità, doveva, comunque, rispettare il criterio di legalità, declinato, ex art. 23 Cost., in senso sostanziale, e i principi di economicità e ragionevolezza costituenti principi immanenti alla materia della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'Energia; - che egualmente illegittima andava riconosciuta la disposizione contenuta nella deliberazione impugnata che attribuiva la potestà ai distributori di risolvere il contratto con i traders nell'ipotesi di mancato versamento, da parte di essi, degli “oneri di sistema”.* La motivazione della pronunzia resa dalla Corte di Cassazione ha dunque ribadito nel merito la illegittimità della delibera *“che attribuiva la potestà ai distributori di risolvere il contratto con i traders nell'ipotesi di mancato versamento, da parte di essi, degli “oneri di sistema”.*

Per il vero, codesta Autorità omette qualsivoglia riferimento anche alla **segnalazione AGCM del 21 luglio 2017** inviata a Governo e Parlamento, con la quale l'Autorità Antitrust ha denunciato la grave anomalia del mercato, sottolineando che le disposizioni che addossano *“sui venditori la responsabilità integrale del pagamento degli oneri di sistema determinano una ripartizione del tutto squilibrata del rischio derivante dalla insolvenza dei clienti finali relativamente a elementi, quali gli oneri di sistema”*, ed auspicando, quindi, che venisse prevista una *“diversa distribuzione del rischio finanziario derivante da un'eventuale insolvenza dei clienti finali per gli oneri di sistema, in modo tale che lo stesso sia ripartito nell'ambito della filiera elettrica, evitando che esso gravi unicamente sulla parte liberalizzata del mercato”*.

Ancorché non si tratti di un comando giurisdizionale, la scrivente Società ritiene che codesta Autorità dovrebbe tenere in debito conto la posizione dell'AGCM, in ragione dell'intreccio delle rispettive competenze, e delle gravi conseguenze rilevate.

*

2. – La mancata rappresentazione dei suddetti provvedimenti giudiziari non è, peraltro, una omissione fine a sé stessa, ma incide, nel senso che incrina, la tenuta complessiva degli Orientamenti espressi nel DCO, poiché detti Orientamenti non sembrano affatto misurarsi con i menzionati principi giurisprudenziali, nonostante che gli stessi, come è ovvio, siano vincolanti per l'Autorità, la quale – sia che li condivida, sia che non li condivida – non può certo metterli in discussione (deve pertanto essere eliminata ogni forma di ‘condizionale’ utilizzata nella elencazione delle conseguenze giudiziali indicate al punto 1.4 dell'introduzione, trattandosi di accertamenti passati in giudicato e, quindi, incontrovertibili). In altri termini:

- la legge **individua** i soggetti passivi dell'imposizione degli oneri generali di sistema nei clienti finali e non negli utenti del trasporto;
- sugli utenti **grava** invece l'obbligo, posto dall'articolo 3, comma 11, del decreto legislativo 3 marzo 1999, n. 79/99 (di seguito: decreto legislativo 79/99) di riscuotere (direttamente o indirettamente) gli oneri generali dai clienti finali e versarli all'impresa distributrice;

- l'Autorità non **ha** alcun potere di eterointegrare i contratti di trasporto mediante un sistema di garanzie (connesso a clausole risolutive espresse) che trasferisca sull'utente il rischio del mancato incasso delle componenti a copertura degli oneri generali da parte dei clienti finali;
- tali profili (di gestione del rischio dell'inadempimento del cliente finale) sono rimessi pertanto all'autonomia negoziale delle parti (impresa distributrice e utente del trasporto);
- per contro, il potere dell'Autorità di eterointegrare i contratti di trasporto per gli aspetti di cui sopra, **sussiste** limitatamente agli oneri generali effettivamente incassati dai clienti finali.

*

3. – A tutto quanto sopra deve aggiungersi, andando a concludere questa breve riflessione preliminare, che il punto 1.7 della Introduzione del DCO fa riferimento – in parallelo – alla delibera 50/2018 ed al **DCO 52/2018**, con i quali l'Autorità è intervenuta sul tema degli oneri di sistema non corrisposti, aggravando **l'asimmetria tra imprese distributrici e utenti del trasporto**; consentendo alle prime, come ognuno sa, di recuperare gli oneri di sistema non versati dai venditori; ma non consentendo ai secondi alcuna forma di recupero delle quote di oneri di sistema non versati dagli utenti finali, veri soggetti obbligati.

A distanza di 2 anni, la denunziata asimmetria resta evidentemente tale.

*

4. – La persistente esistenza di questa asimmetria e il mancato recepimento delle indicazioni della Legge sminuiscono il ruolo dell'Autorità, che è quello di tutelare il consumatore finale facendo in modo che tutti gli operatori abbiano pari dignità operativa senza permettere l'esistenza di soggetti (come i venditori appartenenti ai gruppi integrati verticalmente nella filiera) fortemente avvantaggiati.

*

5. – I vincoli e le prescrizioni descritti in questo DCO rappresentano un'ulteriore azione a difesa di un sistema iniquo e contrario alle norme di Legge. Tali azioni non sarebbero necessarie se esistessero dei requisiti di accesso al mercato per poter operare.

Contenimento dell'esposizione dell'impresa distributrice e riduzione dell'onerosità del sistema di garanzie

Q1. Si ritiene condivisibile eliminare la procedura di sollecito ai fini di riduzione dell'esposizione in materia di inadempimenti connessi al pagamento delle fatture? Analogamente, si ritiene opportuno eliminare la procedura di sollecito anche in materia di inadempimenti connessi alla gestione delle garanzie?

Si ritiene condivisibile l'eliminazione del sollecito connesso al pagamento dell'importo dovuto delle fatture in quanto la regolarità dei pagamenti di tutti gli operatori è necessaria per il corretto funzionamento di tutto il sistema. È opportuno evidenziare tuttavia che l'importo dovuto non coincide con l'intero importo fatturato ma consiste solo della quota dei corrispettivi di trasporto e degli oneri di sistema già incassati. È su questo ammontare che deve essere garantita la puntualità dei pagamenti.

Si ritiene invece non condivisibile la procedura di sollecito in materia di inadempimenti connessi alla gestione delle garanzie. La presenza di terzi soggetti, quali banche e assicurazioni, nella gestione delle

garanzie non permette di equiparare gli inadempimenti per adeguamenti delle garanzie agli inadempimenti per mancati pagamenti di fatture. Le tempistiche di adeguamento di garanzie sono indipendenti dalla volontà dell'operatore ma totalmente dipendenti dalle procedure del mercato finanziario e dalle sue tempistiche gestionali. Riduzioni così drastiche dei tempi di risoluzione del contratto di trasporto potrebbero portare a risoluzioni anche per la durata degli iter autorizzativi e valutativi delle controparti finanziarie. Va inoltre tenuto in considerazione il fatto che, a differenza del mancato pagamento di importi dovuti, l'adeguamento tardivo delle garanzie non comporta alcun reale danno al distributore.

Q2. Si ritiene condivisibile la riduzione del tempo a disposizione dell'impresa distributrice per diffidare l'utente inadempiente sia in materia di inadempimenti connessi al pagamento delle fatture che in materia inadempimenti connessi alla gestione delle garanzie?

Si veda il punto Q1.

Regolarità nei pagamenti

Q3. Si condivide la nuova formulazione della condizione 2.5.c per la regolarità dei pagamenti?

Si condivide la condizione di verifica della regolarità dei pagamenti proposta. La formula proposta risulta essere più coerente in quanto disaccoppia la regolarità dei pagamenti dalla capienza delle garanzie la cui dinamica è in ritardo rispetto all'evoluzione del portafoglio in essere.

Orientamenti circa l'adeguamento periodico delle garanzie

Q4. Si condivide la definizione di una soglia di tolleranza progressiva in base al GAR per procedere con l'adeguamento delle garanzie qualora queste risultino sottodimensionate?

Non si condivide la riduzione della soglia nell'ipotesi in cui vengano applicate le nuove tempistiche stabilite in questo DCO (dove viene ridotto il tempo per l'adeguamento a seguito della comunicazione del distributore), in quanto potrebbe causare richieste di integrazioni di garanzia anche in caso di incremento moderato e temporaneo del portafoglio clienti.

Q5. In relazione agli utenti che risultano in ritardo nel pagamento di una fattura si ritiene corretto che l'impresa distributrice chieda l'adeguamento della garanzia anche se gli ammontari prestati risultino all'interno della soglia di tolleranza prevista dal Codice?

Innanzitutto, non risulta chiara la modalità di valutazione del ritardo nel pagamento di una singola fattura, in quanto la nuova formula sembrerebbe riferirsi ad un aggregato.

Si condivide l'orientamento dell'Autorità solo nel caso si utilizzi la valutazione della regolarità dei pagamenti proposta al punto 3.2.5 del presente DCO, ovvero:

$$\frac{\sum_{i=1}^F IMP_i * G_i}{\sum_{i=1}^F IMP_i} \leq 4,5$$

In questo modo ogni ritardo verrebbe pesato per l'ammontare della fattura evitando che una singola fattura di importo irrisorio possa determinare lo scatto dell'adeguamento.

Q6. Nell'articolazione proposta delle soglie di tolleranza per la revisione delle garanzie, si ritengono queste correttamente individuate in relazione all'entità del GAR sottostante?

Si condivide l'articolazione proposta fermo restando che non si ritiene opportuno impostare soglie inferiori al 20% nel caso in cui venissero ridotti i tempi di adeguamento delle stesse a seguito della comunicazione del distributore.

Q7. Si ritiene opportuno individuare un valore economico (es. 100.000 €) quale ulteriore condizione per la richiesta all'utente di adeguamento delle garanzie anche se il GAR prestato risulti all'interno della soglia di tolleranza delineata? Indicare eventuale valore.

Non si ritiene opportuno prevedere ulteriori condizioni che possano determinare richieste di modifica dell'importo garantito, si rischierebbe di incorrere in continue integrazioni/riduzioni di garanzie versate. Proponiamo invece di individuare un valore economico (es. 50.000 €) come condizione minima per la richiesta all'utente di adeguamento delle garanzie anche se il GAR prestato non risulti all'interno della soglia di tolleranza delineata per tener conto anche dei costi operativi inerenti le operazioni di adeguamento, rinnovo, ecc...

Orientamenti circa le garanzie ammesse: giudizio di rating

Q8. Si ritiene adeguato l'approccio regolatorio illustrato rispetto al giudizio di rating? Si condivide l'orientamento per cui all'utente in possesso di idoneo giudizio di rating possano essere richieste garanzie c.d. "tradizionali" in caso di incremento rilevante dei punti di prelievo serviti dall'utente sia una misura che assicuri un idoneo bilanciamento degli interessi in gioco ovvero del Sistema e del medesimo utente del trasporto?

Non si condivide l'orientamento dell'Autorità. Si ritiene che la condizione di regolarità dei pagamenti prevista dal Codice per mantenere il diritto a non prestare garanzie sia già sufficiente a garantire il Sistema. Qualora, nel caso di un incremento rilevante dei punti di prelievo serviti dall'utente, si ritenesse aumentato il livello di rischio, paradossalmente dovrebbe venir meno la possibilità di utilizzare la garanzia del rating sull'intero importo della garanzia.

Q9. Si ritiene correttamente individuata la progressività dell'ammontare di garanzie c.d. "tradizionali" richieste in caso di incremento rilevante dei punti di prelievo serviti dall'utente in funzione del livello del giudizio di rating?

Vedere risposta a Q8

Q10. Si ritiene correttamente individuato il periodo di 6 mesi come tempo entro cui l'Agenzia di rating possa intervenire rivedendo eventualmente il giudizio?

Vedere risposta a Q8

Orientamenti circa le garanzie ammesse: fideiussione assicurativa

Q11. Si ritiene opportuno dotare l'impresa distributrice di una procedura standard qualora la fideiussione assicurativa sia una situazione tale per cui possa avvenire la mancata liquidazione dei premi sottoscritti?

Si condivide l'orientamento dell'Autorità.

Q12. Si condivide l'orientamento di ritenere ammissibili le fideiussioni assicurative solo se emesse da istituti dotati di idoneo giudizio di rating?

Si condivide l'orientamento dell'Autorità.

Q13. Si ritiene opportuno ammettere al rilascio di fideiussioni assicurative istituti non dotati di rating ma con una soglia "minima" di raccolta di premi assicurativi nell'ultimo biennio? Se si motivare indicando anche la raccolta premi minima (ramo incendio, ramo responsabilità civile, ramo cauzioni).

Non si condivide l'orientamento dell'Autorità.