



GALA SPA  
Prot.20190000134 il 10/01/2019

Inviata per mail [mercati-retail@arera.it](mailto:mercati-retail@arera.it)

Inviata per PEC [protocollo.aeegsi@pec.energia.it](mailto:protocollo.aeegsi@pec.energia.it)

Spett.le

**Autorità di Regolazione  
per Energia Reti e Ambiente**  
Piazza Cavour, 5  
**20121 MILANO**

### **Osservazioni Gala S.p.A. in liquidazione a deliberazione 655/2018/R/eel**

Di seguito la società Gala S.p.A. in liquidazione intende svolgere alcune osservazioni sulla deliberazione 655/2018/R/eel (*“Integrazione urgente del codice di rete tipo per il servizio di trasporto dell’energia elettrica in tema di adeguamento delle garanzie”*), adottata da codesta Autorità in data 11 dicembre 2018 (la *“Delibera”*).

Sul piano procedurale, si contesta la decisione dell’Autorità di non sottoporre a preventiva consultazione pubblica le misure contenute nella Delibera.

L’Autorità ha motivato tale decisione ai sensi dell’articolo 1.4 dell’Allegato A alla deliberazione 649/2014/A, in ragione di una presunta e generica diffusione del fenomeno della richiesta, successiva alla prestazione della garanzia da parte dei *trader*, di *switching* aventi ad oggetto un improvviso e notevole incremento di punti precedentemente serviti.

La stessa Autorità afferma che la sussistenza di tale fenomeno sarebbe emersa *“da un primo sommario esame condotto dagli uffici”*, non fornendo, infatti, alcun effettivo dettaglio sulla consistenza del fenomeno, né sul numero degli operatori protagonisti di simili episodi, né sul volume delle somme richieste a titolo di integrazione delle garanzie, che sarebbero rimaste scoperte.

È chiaro, infatti, che una simile generica indicazione delle ragioni di urgenza non permette di valutare l’effettiva sussistenza delle stesse e consente così all’Autorità di omettere arbitrariamente un’importante garanzia procedurale, a tutela dell’obbligo di trasparenza dell’attività amministrativa, quale quello della preventiva consultazione dei soggetti regolati.



L'importanza del rispetto delle garanzie del contraddittorio nell'ambito della potestà regolamentare delle autorità indipendenti è stato sottolineato a più riprese dal Consiglio di Stato, ad avviso del quale *“nei settori regolati dalle Autorità [indipendenti], in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio”* (C.d.S., sez. VI, 27/12/2006, n. 7972): ciò è tanto più vero in tutte quelle situazioni, analoghe al presente caso, in cui, come si vedrà, la potestà regolamentare di codesta Autorità è quantomeno dubbia.

Si ricorda che le circostanze previste dall'art. 1.4 dell'Allegato A alla deliberazione 649/2014/A, che permettono di rimandare ad un successivo momento la consultazione degli operatori, non si riferiscono a generiche situazioni di urgenza, bensì a *“esigenze di straordinaria urgenza”*, che rendono ancor più doveroso un controllo sulla sussistenza dei relativi presupposti.

La giustizia amministrativa ha già in precedenza stigmatizzato la generica indicazione di ragioni di urgenza a giustificazione dell'omissione di importanti obblighi procedurali. Così, in materia di comunicazione di avvio del procedimento, il TAR Lazio ha ricordato che la necessità di tale adempimento *“non può ritenersi superata da eventuali ragioni di urgenza, ove manchi nel provvedimento l'indicazione di eventuali circostanze che avrebbero impedito il rispetto delle garanzie procedurali previste dall'art. 7, l. .n. 241 del 1990”* (TAR Lazio, sez. I, Roma, 29/12/2016, n. 12867).

Sul piano sostanziale, si rileva, innanzitutto, che la Delibera non approfitta dell'occasione per fare chiarezza sul calcolo della garanzia, che, conformemente alle pronunce della giurisprudenza amministrativa che si è espressa a più riprese sul tema, non può più incamerare importi relativi agli oneri di sistema; al contrario, la Delibera afferma che la garanzia in esame, prestata nelle diverse forme consentite, è *“calcolata tenendo conto degli importi fatturati ai sensi della deliberazione 109/2017/R/eel”* (p. 3), nonostante tale ultima delibera sia attualmente sospesa a seguito di ordinanza cautelare del Consiglio di Stato (ordinanza del 29 maggio 2017, n. 2275), sospensione valida nei confronti di tutti gli operatori in ragione della natura di atto generale e a contenuto inscindibile del provvedimento *sub iudice*.

Ricordiamo che la sospensione della delibera 109/2017/R/eel è stata determinata dal principio, già precedentemente affermato dalla giustizia amministrativa (segnatamente, TAR Lombardia, sentenze del 31 gennaio 2017 nn. 237, 238, 243 e 244, nonché Consiglio di Stato, sentenze del 30 novembre 2017 nn. 5619 e 5620), secondo cui gli oneri generali di sistema gravano sugli utenti finali, non sui venditori, e che l'Autorità non ha il potere di trasferire il carico dei detti oneri dagli utenti finali ai venditori mediante la previsione di apposite garanzie (o relative quote parti).

La Delibera, tuttavia, nel momento in cui introduce la previsione regolatoria di risoluzione del contratto di trasporto in caso di mancata integrazione delle garanzie in esame, garanzie che l'Autorità continua a ritenere debbano essere calcolate sulla base di importi riferibili (per effetto del rimando alla delibera 109/2017) altresì ad oneri di sistema, finisce per porsi in insanabile contrasto con le citate pronunce dei giudici amministrativi e, in particolare, con le sentenze del Consiglio di Stato del 30 novembre 2017, nn. 5619 e 5620: quest'ultime, nello specifico, hanno affermato che *“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””*.

Sotto questo profilo, l'Autorità appare essere sprovvista dei necessari poteri per disciplinare la materia in esame.

A tal proposito, l'Autorità, pur riconoscendo che le imprese distributrici dispongono eventualmente di *“altri rimedi contro l'inadempimento dell'utente all'obbligo di adeguamento della garanzia”* nei casi presi in esame, quali apposite previsioni contrattuali o le disposizioni codicistiche in materia di diffida ad adempiere (artt. 1453 e 1454 c.c.), ha giustificato il proprio intervento in ragione della necessità di ovviare al *“quadro frammentario della disciplina applicabile, con potenziali ripercussioni negative sull'esecuzione dei rapporti contrattuali, sia in termini di potenziale incertezza dei rapporti, sia in termini di possibili contenziosi tra gestori e utenti, con conseguenti disagi per la clientela finale”* (premesse, p. 4).

Tale assunto non è condivisibile.

Innanzitutto, come già detto, la Delibera continua a disciplinare l'obbligo di garanzia annessa al contratto di trasporto, anche per la parte (indebitamente) riferibile agli oneri di sistema. In aggiunta, mediante l'integrazione operata al Codice di Rete, la Delibera disciplina le conseguenze di eventuali inadempimenti a tale obbligo, in questo modo finendo per traslare un'obbligazione di pagamento in capo ad un soggetto diverso da quello obbligato, seppur in assenza di un suo potere in materia, come si è visto.

La Delibera si pone, in questo modo, ancora una volta in contrasto con le statuizioni del Consiglio di Stato secondo cui *“In difetto di una previsione legislativa circa il soggetto che subisce le conseguenze dell'inadempimento dei clienti finali, è lasciato all'autonomia contrattuale delle parti, nella stipulazione dei singoli contratti di trasporto, regolare eventualmente [il] profilo”* della previsione del rispetto di forme determinate di garanzia (C.d.S., sentenza n. 2182 del 24 maggio 2016).

Oltre a tutte queste osservazioni di carattere fondamentale, ovvero al fatto che l'Autorità è sprovvista dei necessari poteri per regolamentare la materia in esame e che la Delibera è in aperto e chiaro contrasto con le sentenze del Consiglio di Stato, si vuole inoltre far notare che la Delibera non tiene conto della realtà legata alla gestione delle garanzie.

Infatti, anche assumendo contro il buon senso e i fatti oggettivi, che la Delibera trovi legittimazione dal punto di vista giuridico, gli adeguamenti delle garanzie sono difficilmente attuabili negli strettissimi tempi previsti dalla Delibera. Si deve infatti tener presente che i garanti (banche o assicurazioni) non sempre riescono ad accordare l'adeguamento delle garanzie in accordo con le tempistiche stabilite da questa delibera, ovvero prima che il contratto di trasporto venga risolto "d'ufficio". Infatti, a seconda delle circostanze, il rilascio di una nuova garanzia o di un adeguamento può richiedere anche più di due mesi!

Benché si condivida dunque la motivazione alla base della Delibera, volta ad evitare comportamenti abusivi da parte di alcuni operatori disonesti, tale provvedimento, così come attualmente strutturato, rischia di penalizzare ingiustamente anche tutti gli altri operatori. Si pensi ad esempio al caso in cui il consumo dei clienti di un operatore aumenti significativamente ed il distributore chieda l'adeguamento delle garanzie. Da quel momento l'operatore dispone di circa 35 giorni lavorativi per ottenere l'adeguamento prima che il contratto si consideri risolto. È più che possibile che, specialmente in periodi dell'anno critici, questi tempi risultino troppo stringenti per il garante che potrebbe non riuscire ad ottenere nuove garanzie in tempo utile, tenuto conto dei tempi tecnici di approvazione degli affidamenti da parte del sistema bancario e assicurativo, peraltro incompatibili con la necessità, che pure sarebbe lecita e indiscutibile, di un'adeguata negoziazione delle condizioni delle garanzie tra i garanti e gli operatori.

Tale impostazione appare ancor più discutibile considerando che ancora una volta l'Autorità si è dedicata con priorità alla tutela di una sola categoria di operatori del sistema elettrico, vale a dire i Distributori, peraltro in una situazione già di squilibrio generale dell'impianto regolatorio, atteso che, per limitarsi soltanto ad un esempio recente, con riferimento alla tematica degli Oneri Generali di Sistema l'Autorità ha prontamente emesso una Delibera a tutela degli interessi dei Distributori (documento DCO 52/2018/R/EEL) senza far (almeno) seguire analogo provvedimento in favore dei Venditori.

Di più non si riesce davvero a comprendere come mai, dinanzi ad una situazione emergenziale per la categoria dei Traders, molti dei quali si trovano in gravissime difficoltà, certamente anche a causa dello squilibrio del sistema, come già accertato dal giudice amministrativo, l'Autorità si preoccupi, e ravvisi addirittura in ciò carattere di urgenza, rispetto ad un "*potenziale*" rischio di mancata copertura delle partite economiche del sistema elettrico, che riguarderebbe, ancora una volta, sempre e solo i Distributori, e che sarebbe causato, come già detto, soltanto da alcuni operatori disonesti che si potrebbe altrimenti, e in modo più mirato, mitigare senza colpire indistintamente tutta la categoria, come l'Autorità ha fatto attraverso l'inserimento dell'ennesima clausola risolutiva espressa del contratto di trasporto.

La stabilità del sistema potrebbe essere meglio e più correttamente assicurata mediante l'adozione di misure a monte, volte a definire requisiti tecnici, finanziari e di onorabilità necessari al fine di operare nel mercato della vendita di energia elettrica, così come già

previsto in altri contesti in tal senso più evoluti (si pensi al mercato inglese) e come peraltro già in parte ipotizzato con riferimento alla disciplina dell'Elenco Venditori attualmente in fase di esame al Ministero dello Sviluppo Economico (Allegato A alla Delibera 762/2017/I/ell).

Distinti saluti.

**GALA S.P.A in liquidazione**  
**Il Liquidatore**

Ing. Filippo Tortorella

