

Deliberazione 10 novembre 2009 - VIS 119/09

Chiusura dell'istruttoria formale avviata nei confronti della società Arcalgas Progetti S.p.A. con deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas 17 novembre 2008, VIS 101/08

L'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS

Nella riunione del 10 novembre 2009

Visti:

- l'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481;
- la legge 24 novembre 1981, n. 689;
- l'articolo 11bis del decreto-legge 14 marzo 2005, introdotto dalla legge 14 maggio 2005, n. 80;
- il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244;
- il Codice di rete tipo per la distribuzione del gas naturale, approvato dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito: l'Autorità) con deliberazione 6 giugno 2006, n. 108/06, come successivamente modificato ed integrato (di seguito: Codice di rete tipo);
- la deliberazione dell'Autorità 18 gennaio 2007, n. 10/07, come successivamente modificata ed integrata;
- la deliberazione dell'Autorità 17 novembre 2008, VIS 101/08.

Fatto

1. Con deliberazione VIS 101/08, l'Autorità ha avviato, nei confronti della società Arcalgas Progetti S.p.A. (di seguito: Arcalgas o società), un'istruttoria formale per accertare la violazione del capitolo 13, paragrafo 2, del Codice di rete tipo, in materia di risoluzione del contratto di distribuzione del gas naturale, e/o dell'articolo 1, comma 2, dell'Allegato A della deliberazione n. 10/07, in materia di attivazione del servizio di fornitura di ultima istanza in caso di risoluzione del contratto tra distributore e venditore, ed irrogare la relativa sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481.
2. Nell'ambito del procedimento, oltre agli elementi conoscitivi richiamati nella deliberazione di avvio, sono stati acquisiti i seguenti documenti:
 - in data 30 marzo 2009 una memoria difensiva (prot. Autorità n. 0014711);
 - in data 6 aprile 2009 una nota di risposta (prot. Autorità n. 0016090) alla richiesta di documenti formulata dal responsabile del procedimento.

3. Con nota in data 10 luglio 2009 (prot. Autorità n. 39273) il responsabile del procedimento ha comunicato ad Arcalgas le risultanze istruttorie ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del d.P.R. n. 244/01.
4. In data 23 luglio 2009 si è svolta l'audizione finale avanti al Collegio di cui agli articoli 16, comma 3, e 10, comma 5, del d.P.R. n. 244/01.

Valutazione giuridica

5. Il capitolo 13, paragrafo 2, del Codice di rete tipo (al quale l'impresa distributrice Arcalgas ha aderito) disciplina la risoluzione anticipata del contratto di distribuzione del gas naturale; segnatamente:
 - il sotto paragrafo 1 prevede sei ipotesi di risoluzione di diritto del contratto mediante clausola risolutiva espressa - lettere da a) a f) - e la comunicazione della volontà di avvalersi di tale clausola con raccomandata con avviso di ricevimento;
 - il sotto paragrafo 2 prevede la possibilità di risolvere il contratto per inadempimento mediante diffida ad adempiere entro i trenta giorni successivi, diffida da comunicarsi per iscritto mediante raccomandata con avviso di ricevimento;
 - il sotto paragrafo 3 stabilisce che, nel caso di risoluzione del contratto per inadempimento del venditore, il distributore ha l'obbligo di chiedere l'attivazione della fornitura di ultima istanza e che, sino all'esito di tale procedura, distributore e venditore restano vicendevolmente obbligati alle previsioni del Codice di rete tipo necessarie per assicurare la continuità della fornitura ai clienti finali.
6. Il servizio di fornitura di ultima istanza - disciplinato dall'Allegato A della delibera dell'Autorità n. 10/07 e s.m.i. - serve a garantire ai clienti finali (indicati all'art. 1 della citata delibera) la fornitura di gas in tutte le situazioni in cui rimangano privi di un fornitore, come quando ad esempio il contratto stipulato tra vecchio fornitore (utente della rete) e distributore si *risolve* senza che il cliente finale abbia stipulato un contratto di vendita con un altro esercente.
7. In dette ipotesi, l'art. 5 della delibera n. 10/07 dispone che l'impresa di distribuzione deve presentare la richiesta di subentro al fornitore di ultima istanza mediante posta elettronica certificata o altro canale di comunicazione che fornisca idonea documentazione elettronica attestante l'invio e l'avvenuta consegna. La richiesta di subentro, per la sua completezza ed ammissibilità, deve contenere i dati specificamente indicati alle lettere da a) a m) del comma 1.3 dell'art. 5 citato. Di questi, i dati di cui alle lettere "c) nome e cognome o ragione sociale, codice fiscale o partita IVA e indirizzo del cliente finale" e "d) eventuali agevolazioni su IVA e imposte precedentemente praticate al cliente finale", devono essere comunicati all'impresa di distribuzione (che poi li comunicherà al fornitore di ultima istanza) dall'esercente che ha precedentemente fornito il cliente finale (art. 5, comma 1.4, lett. a), della delibera n. 10/07), cioè dal venditore "uscente", entro il giorno 10 del mese di presentazione della richiesta di subentro.
8. Qualora la richiesta di subentro, completa ed ammissibile, pervenga al fornitore di ultima istanza entro il 15 del mese, il subentro nella fornitura diviene esecutivo a partire dal primo giorno del mese successivo (art. 5, comma 1.1, delibera n. 10/07).

9. Dalla documentazione acquisita nel corso del procedimento è emerso che con raccomandata AR del 29 luglio 2008 l'impresa distributrice Arcalgas Progetti S.p.A. ha comunicato alla società di vendita Fucino Gas S.r.l. (di seguito: Fucino) la risoluzione del contratto per mancato pagamento delle fatture (dodici per un importo totale di euro 282.955,06 come da sollecito allegato alla predetta raccomandata) relative al servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio del Comune di Trasacco (AQ); contestualmente Arcalgas ha ricordato a Fucino l'obbligo di comunicare alcuni dati necessari per l'attivazione della fornitura di ultima istanza.
10. Nella fattispecie, pertanto, il contratto di distribuzione è stato risolto di diritto dal distributore avvalendosi della clausola risolutiva espressa di cui al capitolo 13, paragrafo 2, sotto paragrafo 1, lettera c) *“mancato pagamento da parte dell'Utente [il venditore] di tre fatture anche non consecutive, per un complessivo ammontare superiore al valore della garanzia prestata ai sensi del Capitolo 7”*, del Codice di rete tipo. Ricorrono, infatti:
 - il requisito del mancato pagamento di almeno tre fatture anche non consecutive; ciò risulta dai solleciti inviati da Arcalgas a Fucino, contenenti l'indicazione puntuale delle fatture non pagate (dodici fatture nel sollecito datato 26 maggio 2008 allegato alla raccomandata di risoluzione del contratto);
 - il requisito della superiorità del debito rispetto alla garanzia di cui al capitolo 7 del Codice di rete tipo; ciò emerge dalla memoria difensiva prodotta dalla società nella quale l'importo della garanzia in questione è indicato in euro 82.000 e, dunque, inferiore a quanto complessivamente dovuto dal venditore Fucino (cioè euro 282.955,06, come indicato nel sollecito datato 26 maggio 2008 allegato alla raccomandata di risoluzione del contratto).
11. A seguito della risoluzione del contratto, l'impresa distributrice Arcalgas ha chiesto, con comunicazione di posta elettronica certificata del 15 settembre 2008, a ENI S.p.A. Divisione Gas & Power (di seguito: ENI), in qualità di fornitore di ultima istanza per la macroarea di riferimento, l'attivazione della fornitura di ultima istanza per tutti i punti di riconsegna serviti da Fucino, con decorrenza 1 ottobre 2008. Tale richiesta è stata ritenuta da ENI completa ed ammissibile per 1955 dei 2051 punti di riconsegna interessati, restando, invece, esclusi gli altri 96 (punti di riconsegna) in quanto privi dei dati di cui alle lettere c) e d) dell'articolo 5, comma 1.3, della deliberazione n. 10/07, che Arcalgas non è stata in grado di indicare (a ENI) perché non comunicati da Fucino (malgrado la sussistenza di un preciso obbligo in tal senso).
12. L'attivazione della fornitura di ultima istanza da parte della società risulta conforme a quanto previsto dal capitolo 13, paragrafo 2, sotto paragrafo 3, del Codice di rete tipo che, come già detto, impone al distributore tale adempimento in caso di risoluzione del contratto di distribuzione per inadempimento del venditore.
13. Successivamente, con comunicazione di posta elettronica certificata del 1 ottobre 2008, Arcalgas ha chiesto a ENI l'annullamento *“temporaneo”*, per il mese di ottobre, della procedura di fornitura di ultima istanza, avendo ricevuto da Fucino la disponibilità a pagare quanto dovuto. Detta richiesta non è stata accolta da ENI, essendo tra l'altro il subentro al venditore Fucino divenuto esecutivo. Con comunicazione del 7 ottobre 2008 (prot. Autorità n. 0029579) Arcalgas ha ribadito la richiesta di annullamento dell'attivazione della fornitura di ultima istanza in caso di raggiungimento di un accordo con Fucino per chiudere le partite economiche aperte.

14. Tali richieste della società sono rimaste prive di seguito poiché manifestamente inammissibili. La delibera n. 10/07, infatti, *non* prevede la possibilità di sospendere e/o annullare la procedura della fornitura di ultima istanza che, pertanto, una volta attivata, ricorrendo tutti i presupposti, diviene definitiva, comportando irrimediabilmente il subentro del fornitore di ultima istanza nella fornitura di gas ai clienti finali interessati, nonché nei rapporti contrattuali con l'impresa distributrice medesima. Si rileva, inoltre, che dette richieste sono in contrasto con la condotta precedentemente tenuta da Arcalgas. Infatti, la società con la risoluzione di diritto del contratto ha inteso sciogliere il rapporto contrattuale con il fornitore Fucino e con la conseguente attivazione della fornitura di ultima istanza ha individuato un "nuovo" fornitore, il fornitore di ultima istanza appunto, con il quale stipulare il contratto (di distribuzione) per i punti di riconsegna interessati dalla procedura. Alla luce di quanto sopra, la disponibilità a pagare quanto dovuto manifestata dal venditore Fucino successivamente all'attivazione della fornitura di ultima istanza, *non* può avere alcun effetto sulla condotta di Arcalgas (che nel frattempo si è rivolta ad *altro* fornitore, ovvero il fornitore di ultima istanza), né tanto meno sull'attivazione della fornitura di ultima istanza (annullandola e/o sospendendola).
15. Trattandosi di servizio a tutela dei clienti finali rimasti privi di fornitore, la fornitura di ultima istanza non può essere utilizzata come strumento per indurre l'adempimento da parte del venditore moroso o comunque fino ad allora inadempiente. Inoltre, in considerazione dell'irreversibilità degli effetti e della loro rilevanza per il venditore "uscente" - al quale viene sottratta una quota di mercato con conseguenze potenzialmente molto gravi (in caso di venditore di piccole dimensioni, infatti, i clienti sottratti potrebbero essere gli unici suoi clienti) -, l'attivazione della fornitura di ultima istanza deve essere utilizzata dall'impresa distributrice con cautela e ponderazione, come strumento, appunto, di "ultima istanza".
16. La memoria difensiva e la successiva nota prodotte da Arcalgas nel corso del procedimento, dimostrano la legittimità della risoluzione del contratto di distribuzione e della conseguente attivazione della fornitura di ultima istanza da parte della società.
17. Quanto sopra evidenzia che la condotta di Arcalgas non è idonea ad integrare le violazioni contestate con la deliberazione VIS 101/08

DELIBERA

1. non si ravvisa la violazione del capitolo 13, paragrafo 2, del Codice di rete tipo per la distribuzione del gas naturale, né dell'articolo 1, comma 2, dell'Allegato A della deliberazione n. 10/07;
2. il presente provvedimento sarà notificato mediante plico raccomandato con avviso di ricevimento alla società Arcalgas Progetti S.p.A., con sede legale in via G. Spadolini, n. 7, presso Centro Leoni, palazzo B, 20141 Milano, e pubblicato sul sito internet dell'Autorità (www.autorita.energia.it).

Avverso il presente provvedimento, ai sensi dell'articolo 2, comma 25, della legge n. 481/95, può essere proposto ricorso dinanzi al competente Tribunale Amministrativo Regionale, entro il termine di 60 (sessanta) giorni dalla data di notifica dello stesso.

10 novembre 2009

Il Presidente: Alessandro Ortis