

DELIBERAZIONE 20 NOVEMBRE 2018

582/2018/E/EEL

DECISIONE DEL RECLAMO PRESENTATO DA GALA POWER S.R.L NEI CONFRONTI DI E-DISTRIBUZIONE 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, n. 111/06 e, in particolare, l'Allegato A (di seguito: deliberazione 111/06);
- 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 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 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 27839 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 e-distribuzione S.p.a. (di seguito: gestore o e-distribuzione), contestando la presunta violazione dell’articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 79/99, inerente a l’obbligo di connessione alla rete di distribuzione elettrica; in pari data, la reclamante ha, altresì, inviato (prot. Autorità 27841 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 19 settembre 2017 (prot. 30376), l’Autorità ha comunicato alle parti l’avvio del procedimento di trattazione del reclamo;
3. con nota del 24 settembre 2017 (prot. Autorità 31407 del 27 settembre 2017), il gestore ha effettuato una richiesta di accesso agli atti, cui è seguita, in data 27 settembre 2017 (prot. 31538), la nota dell’Autorità con la quale si informava Gala Power della possibilità di opporsi alla suddetta richiesta di accesso, ai sensi dell’articolo 3 del dPR 184/06; non avendo ricevuto alcun riscontro dal reclamante, con PEC del 12 ottobre 2017, l’Autorità ha provveduto ad evadere la suddetta richiesta di accesso;
4. con nota del 13 ottobre 2017 (prot. Autorità 37721 del 16 ottobre 2017), il gestore ha presentato la propria memoria difensiva;
5. con nota del 19 ottobre 2017 (prot. Autorità 34362 del 20 ottobre 2017), la reclamante ha replicato alla memoria del gestore;
6. con nota del 20 ottobre 2017 (prot. 34491), 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.”*;
7. con nota del 25 ottobre 2017 (prot. Autorità 35122 del 26 ottobre 2017) il gestore ha controreplicato alle repliche della reclamante;
8. con nota del 31 ottobre 2017 (prot. Autorità 35760 del 2 novembre 2017), il gestore ha risposto alla richiesta di informazioni dell’Autorità;
9. con nota del 28 novembre 2017 (prot. Autorità 38931 del 29 novembre 2017), la reclamante ha replicato alla risposta del gestore;

10. 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:

11. 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 alla deliberazione 111/06;
 - (ii) i capitoli del Codice tipo in materia di fatturazione e di gestione delle garanzie;

- e) le condizioni generali di contratto per il servizio di trasporto dell'energia elettrica, predisposte dal gestore, con particolare riferimento alla clausola contenuta nell'articolo 4.2, lettera b), ai sensi della quale *“l'attivazione ed estensione del servizio in relazione a nuovi Punti di Prelievo resta comunque subordinata alle seguenti ulteriori condizioni: [...] b) insussistenza di morosità nei pagamenti e/o di inadempimenti da parte del Venditore relativi al presente Contratto o ad altri contratti di trasporto e/o vettoriamento e/o di gestione del servizio di connessione”* *“e decorre dal primo giorno del mese successivo a quello in cui il Distributore riceverà il nuovo Contratto di garanzia ovvero i pagamenti connessi alle morosità pregresse”*;
12. 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:

13. In data 3 agosto 2017 il reclamante, tramite il c.d. Portale Produttori del gestore, richiedeva a quest'ultimo di poter concludere un contratto di trasporto di energia elettrica;
14. in data 10 agosto 2017 il gestore informava il reclamante che stava verificando la presenza dei presupposti previsti per la sottoscrizione del contratto di trasporto, anche alla luce della *“notevole esposizione debitoria di Gala S.p.a. (di seguito anche: Gala o controllante, n.d.r.) che risulta essere proprietaria al 100% della società richiedente Gala Power S.r.l.”* e dunque della probabile assenza del citato presupposto di cui all'articolo 4.2, lett. b) delle condizioni generali del contratto per il servizio di trasporto di energia elettrica, predisposte da e-distribuzione;
15. con nota del 10 agosto 2017 il reclamante contestava, ritenendole abusive e discriminatorie, le considerazioni svolte 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 richiesta di *“perfezionare il contratto di trasporto... entro e non oltre il termine del 10 settembre 2017.”*;
16. con nota del 17 agosto 2017 - indirizzata anche all'Autorità, al Ministero dello Sviluppo Economico e all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – il gestore respingeva la richiesta di attivazione del contratto di trasporto, rilevando l'impossibilità di considerare Gala Power come un soggetto distinto dalla controllante Gala, in quanto in caso di fallimento di quest'ultima (che in data 3 aprile 2017 aveva presentato domanda di concordato preventivo “con riserva” ex art. 161, comma 6 del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267), *“Tale evento non potrebbe che avere conseguenze anche su GALA POWER S.r.l., che da GALA S.p.a. è controllata al 100%.”* Il gestore contestava, altresì, l'argomentazione del reclamante circa

- l'inapplicabilità dell'art. 4.2 lett. b) delle condizioni generali del contratto per il servizio di trasporto di energia elettrica di e-distribuzione, vista la *“stridente contraddizione”* tra l'affermata autonomia tra le due società, da un lato, e, dall'altro, la *“inscindibile connessione patrimoniale e aziendale tra le stesse”*, confermata dalla stessa reclamante, secondo cui *“l'accesso di GALA POWER S.r.l. al mercato della vendita ... avrebbe attitudine a determinare un beneficio del ceto creditorio di GALA S.p.a., nel quale sicuramente ha un peso la posizione della Vostra società”*. Secondo il gestore, dunque, è evidente l'ammissione del reclamante secondo cui *“...vi è e vi sarà continuità aziendale (o, addirittura, commistione) tra GALA S.p.a. e GALA POWER S.r.l., e che l'attività formalmente imputata a GALA POWER S.r.l. sarà in realtà strumentale al perseguimento di benefici per la sua controllante.”*;
17. in data 21 agosto 2017, il reclamante replicava alla nota del gestore asserendo che il diniego di accesso alla rete costituiva una *“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 dal citato distributore”*;
18. in data 6 marzo 2018 Gala rinunciava alla citata domanda di concordato preventivo;
19. 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”*;
20. 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:

21. Il reclamante ritiene che il gestore, negandogli il diritto di accedere al mercato libero della vendita di energia elettrica, avrebbe violato l'obbligo di connessione alla rete di distribuzione di tutti i soggetti che ne facciano richiesta, sancito dall'art. 9 del decreto legislativo 79/99;
22. 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, sottolineando di essere *“...non certo costituita ora per scopi elusivi (come vorrebbe far intendere ED), ma esistente sin dal 2010”*;
23. il reclamante sostiene che la posizione assunta dal gestore è priva di supporto normativo/regolamentare e ritiene che *“...le circostanze adottate da ED, fondate sul rapporto di controllo di Gala S.p.a. su Gala Power, sulla coincidenza di governance e sede legale delle due società, su finanziamenti attivi tra le stesse...non sono certamente idonee a dimostrare presunte condotte volte ad aggirare la risoluzione del contratto di trasporto con Gala S.p.a., di fatto insussistenti nel caso di specie.”*;

24. il reclamante, inoltre, aggiunge che “...le preoccupazioni (del gestore, n.d.r.) fondate sulla procedura di concordato preventivo in atto nei confronti della società controllante Gala, ...evidentemente non possono essere estese a Gala Power, società perfettamente in bonis, non soggetta ad alcuna procedura concorsuale, dotata di propri impianti e ricavi, con propri fornitori e creditori.”;
25. il reclamante, peraltro, afferma che “proprio la stipulazione del contratto di trasporto e la conseguente operatività di Gala Power nel mercato della vendita di energia elettrica ai clienti finali potranno spiegare effetti positivi, in termini di distribuzione di eventuali dividendi ovvero di proventi derivanti da un'eventuale cessione della medesima società sulla procedura di concordato preventivo di Gala, a beneficio dei creditori di quest'ultima, tra i quali è da annoverare ED.”;
26. il reclamante, inoltre, ritiene che “ED 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”;
27. Gala Power chiede, dunque, all'Autorità di “ingiungere ad ED di stipulare un contratto di trasporto con Gala Power e adottare gli ulteriori provvedimenti nei confronti di ED”.

ARGOMENTAZIONI DEL GESTORE:

28. Il gestore esplicita le ragioni della propria condotta, ostante alla stipula del contratto di trasporto di energia elettrica, premettendo che “...non si possa prescindere dal considerare la più complessa vicenda che ha interessato la società controllante Gala S.p.a. (titolare del 100% delle azioni di Gala Power S.r.l.)...” e che ha riguardato la risoluzione del contratto di trasporto con la medesima capogruppo “...a seguito dei gravissimi e reiterati inadempimenti posti in essere ... nei mesi antecedenti e relativi tanto all'obbligo di pagamento dei corrispettivi del servizio di trasporto quanto a quello di reintegrazione delle garanzie.”;
29. il gestore, inoltre, evidenzia come alla data della cessazione del servizio di trasporto con Gala (19 luglio 2017), conseguente alla risoluzione del contratto per inadempimento, “...l'esposizione debitoria accumulata da Gala S.p.a. nei confronti di ED ammontava a circa OMISSIS €”; in tale contesto sottolinea, inoltre, come solo 15 giorni dopo la cessazione del servizio di trasporto con Gala, in data 3 agosto 2017, sia “pervenuta ad ED la richiesta di attivazione del contratto di trasporto da parte della società reclamante che, seppur costituita dal 2010, ha come oggetto sociale un'attività diversa da quella di vendita di energia elettrica (ossia quella di “officina di produzione da fonti rinnovabili >20Kw – Fotovoltaica”)”;
30. il gestore afferma, altresì, di non essere “in grado di comprendere se la società reclamante sia destinata ad operare nell'ambito di un concordato con continuità aziendale della controllante o piuttosto come soggetto che, solo apparentemente distinto da Gala S.p.a., consenta di fatto a quest'ultima di continuare ad operare nel mercato elettrico a dispetto dell'ingente esposizione maturata nei confronti di ED e del conseguente rilevantisimo rischio a cui ha esposto l'intero sistema.”;

31. a sostegno delle proprie ragioni, inoltre, il gestore richiama la nota del 10 agosto 2017 (prot. Gala Power S.r.l. 54/2017), con la quale il reclamante, affermando che *“l’accesso di Gala Power S.r.l. al mercato della vendita (...) avrebbe attitudine a determinare un beneficio del ceto creditorio di Gala S.p.a.”*, confermerebbe, di fatto, *“la piena contiguità operativa ed economica tra le due società, facendo apparire concreto il rischio che, attraverso la richiesta di attivazione del contratto di trasporto in questione, si vanifichino gli effetti della risoluzione contrattuale intervenuta nei confronti di Gala S.p.a., consentendo di fatto a quest’ultima di continuare ad operare nel mercato elettrico perpetrando le condotte già censurate da ED.”*;
32. ad avviso del gestore, inoltre, detta contiguità *“è altresì attestata dallo stesso bilancio di esercizio al 31 dicembre 2016 pubblicato da Gala Power S.r.l.”*, il quale *“oltre ad evidenziare una perdita di esercizio di oltre 290.000 euro (pari al 13% del valore della produzione) a fronte di un capitale sociale di 100.000 euro... rivela debiti verso la controllante Gala S.p.a. pari a 10 milioni di euro, di cui oltre 6 per finanziamenti (più in generale il passivo civilistico ammonta a 17 milioni di euro).”*, nonché dal fatto che Gala Power è: *“posseduta interamente da Gala, che ne rappresenta l’unico socio, ed è amministrata dall’ing. Filippo Tortoriello che ricopre anche la carica di presidente del CdA di Gala (dopo esserne stato a lungo Amministratore Delegato)”*. Inoltre, *“l’ing. Filippo Tortoriello detiene [...] per il tramite di Gala Holding S.r.l. (società che controllo l’85,5% di Gala), la maggioranza delle quote della stessa Gala. Ciò senza considerare che tanto Gala Power quanto Gala hanno la propria sede legale presso lo stesso indirizzo”*;
33. assume, inoltre, il gestore che *“Qualora il concordato preventivo proposto da Gala S.p.a. non fosse ritenuto ammissibile dal Tribunale o non fosse (come è altamente probabile) approvato dai creditori, si aprirebbe come noto la relativa procedura di fallimento che porterebbe alla revoca delle operazioni di finanziamento effettuate nell’anno precedente da Gala S.p.a. in favore della reclamante ai sensi dell’art. 2497 quinquies del codice civile”*, ciò che *“renderebbe con ogni evidenza insostenibile la gestione operativa della stessa società (Gala Power, n.d.r.)”*;
34. e- distribuzione, quindi, rivendica la correttezza della propria condotta *“in linea con le condizioni generali del contratto per il servizio di trasporto di energia elettrica di e-distribuzione secondo cui “l’attivazione ed estensione del servizio in relazione a nuovi Punti di Prelievo resta comunque subordinata”...all’“insussistenza di morosità nei pagamenti e/o di inadempimenti da parte del Venditore relativi al presente Contratto o ad altri contratti di trasporto.”*;
35. infine, il gestore invoca il *“limite all’obbligo di connessione rappresentato dall’esigenza di non “compromettere la continuità del servizio”, previsto dall’art. 9, comma 1, del decreto legislativo 79/99, affermando che “il rischio [...] di esporre la stessa società o comunque la collettività ad un’esposizione analoga a quella già maturata da Gala S.p.a., non può che integrare i presupposti perché il suddetto limite normativo possa operare”* e che, dunque, *“il diniego opposto da e-distribuzione non può che apparire come legittimo in considerazione dell’esigenza di tutelare la stessa società (e più in generale il sistema) da condotte opportunistiche, o quantomeno – ad oggi – poco trasparenti come emerge dalle circostanze sopra esposte.”*

VALUTAZIONE DEL RECLAMO:

36. 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;
37. 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;
38. 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;
39. 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*".
40. 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 decisorii.
41. 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).

42. 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, 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, 3197).
43. 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.
44. 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 (19 luglio 2017) il gestore lamentava una esposizione debitoria della controllante di circa *OMISSIS* euro di cui circa *OMISSIS* 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.
45. 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, alla luce della richiamata disposizione delle proprie condizioni generali di trasporto e stante la significativa esposizione debitoria maturata dalla controllante.
46. 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, 3691, nonché Consiglio di Stato, Sez. VI, decisione 3 febbraio 2008, 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 regolamenta (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, 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., 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, 1232);
47. 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/I/eel); 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.
48. Pertanto, alla luce delle considerazioni che precedono, si giustifica quindi, e si riempie di contenuto, la menzionata clausola di cui all’articolo 4.2, lettera b), delle condizioni

generali di contratto predisposte dal gestore nonché, più in generale, la pretesa del Gestore di condizionare, al preventivo ripianamento della morosità pregressa, la conclusione di un (nuovo) contratto di trasporto all'utente moroso al quale il precedente contratto era stato risolto;

49. 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;
50. 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;
51. per tali ragioni, quindi, come rileva il gestore, la citata clausola delle sue condizioni generali di contratto, può svolgere (laddove la morosità pregressa sia molto elevata come nel reclamo *de quo*) anche una funzione di tutela dello stesso sistema sotto il profilo dell'interesse 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.
52. Ciò posto 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.
53. 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;
54. 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;
55. 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, 20106);

56. 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);
57. è nell'ambito di quest'ultima ipotesi, quindi, che, in termini astratti, appare applicabile il principio dell'abuso del diritto;
58. 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 delle ordinanze del Tribunale Civile di Roma in data 12 luglio 2017 - 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;
59. 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;
60. inoltre la citata elevata esposizione debitoria di Gala nei confronti del gestore che, allo stato delle attuali evidenze istruttorie emerse, è pari a circa *OMISSIS* 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;

61. per i motivi sopra esposti, il reclamo presentato da Gala Power nei confronti di e-distribuzione 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 e-distribuzione 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