

DELIBERAZIONE 28 GIUGNO 2023

305/2023/S/COM

CHIUSURA, CON ARCHIVIAZIONE, DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO PER VIOLAZIONI IN MATERIA DI RISOLUZIONE DEL CONTRATTO TRA CONTROPARTE COMMERCIALE E UTENTE DELLA RETE

**L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA
RETI E AMBIENTE**

Nella 1257^a riunione del 28 giugno 2023

VISTI:

- l'articolo 97 della Costituzione;
- la legge 24 novembre 1981, n. 689;
- la legge 14 novembre 1995, n. 481 e s.m.i. (di seguito: legge 481/95), ed in particolare l'articolo 2, comma 20, lett. c) e d);
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e s.m.i.;
- il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 e s.m.i. (di seguito: decreto legislativo 164/00);
- l'articolo 11 *bis*, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, introdotto dalla legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80;
- il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93 e s.m.i. (di seguito: decreto legislativo 93/11);
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244 (di seguito d.P.R. 244/01);
- la deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità) 29 luglio 2004, n. 138/04 e s.m.i. (di seguito: deliberazione 138/04);
- l'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità 14 giugno 2012, 243/2012/E/com, recante "Adozione del nuovo regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni" e s.m.i. (di seguito: Regolamento Sanzioni);
- la deliberazione dell'Autorità 29 maggio 2015, 258/2015/R/com e s.m.i. recante il Testo integrato morosità elettrica (di seguito: TIMOE);
- la determinazione del Direttore della Direzione Sanzioni e Impegni (di seguito: Direttore DSAI) 31 luglio 2018, DSAI/52/2018/com (di seguito: determinazione DSAI/52/2018/com).

FATTO:

1. Con atto del 21 novembre 2017 Green Network S.p.A. (di seguito: Green Network o società) aveva acquistato dalla società Tradeinv Gas & Energy S.p.A. il ramo d'azienda avente ad oggetto, tra l'altro, un'attività di compravendita all'ingrosso di energia elettrica e gas, ed era, pertanto, subentrata a quest'ultima nella titolarità dei contratti di fornitura di energia elettrica e gas naturale in essere, tra cui quello stipulato con Eroga Energia S.r.l. (di seguito: Eroga o società).
2. Con nota 5 febbraio 2018 (acquisita con prot. 3396) Green Network S.p.A. – a seguito del perdurare, nonostante la diffida inviata in data 31 gennaio 2018 e scaduta in data 5 febbraio 2018, dell'asserito inadempimento della controparte commerciale Eroga per mancato pagamento di ingenti somme relative alla fornitura di energia elettrica – ha comunicato, ai sensi dell'art. 11 del contratto per la fornitura di energia elettrica e dell'articolo 22 del TIMOE, la risoluzione del contratto in essere con quest'ultima, con effetto dal 28 febbraio 2018.
3. Nella medesima nota Green Network ha altresì indicato le condotte che la stessa Green Network ed Eroga avrebbero dovuto tenere ai sensi del citato articolo 22 del TIMOE.
4. Con nota 6 febbraio 2018 (acquisita con prot. 3525) Eroga ha contestato il presunto inadempimento contrattuale, deducendo la non legittimazione di Green Network a ricevere gli importi richiesti relativi a periodi precedenti alla stipula, tra Green Network e Tradeinv Gas & Energy S.p.A., del contratto di acquisto di ramo d'azienda avente ad oggetto l'attività di compravendita all'ingrosso di energia elettrica e gas, e ciò per effetto di una clausola contrattuale che escluderebbe espressamente dalla cessione i debiti e crediti *“nei confronti di società controllanti e/o controllate e/o sottoposte a comune controllo (infragruppo)”*, come sarebbe stato nel caso di specie essendo Eroga società all'epoca controllata da Tradeinv Gas & Energy S.p.A.
5. In risposta Green Network con nota 12 febbraio 2018 (acquisita con prot. 4346) ha:
 - i) ribadito la persistenza dell'inadempimento contrattuale da parte di Eroga, non solo per mancato pagamento delle fatture emesse da Tradeinv Gas & Energy S.p.A. prima del subentro da parte di Green Network, ma altresì delle successive fatture emesse dalla stessa Green Network;
 - ii) dedotto che Eroga, avendo chiesto e ottenuto da Green Network la rateizzazione del pagamento delle somme dovute all'originario creditore Tradeinv Gas & Energy S.p.A., avrebbe riconosciuto la successione nei contratti avvenuta a seguito della cessione di ramo d'azienda e la conseguente qualità di creditore assunta da Green Network;
 - iii) infine, dedotto che la clausola contrattuale richiamata da Eroga non troverebbe applicazione nel caso di specie, avendo quest'ultima perso la qualifica di società controllata da Tradeinv Gas & Energy S.p.A. (la quale avrebbe ceduto le proprie quote di partecipazione di Eroga) sin dal 6 luglio 2017, dunque prima della cessione del ramo d'azienda avvenuta in data 21 novembre 2017, e non riferendosi detta clausola ai contratti in corso di esecuzione.

6. Con ulteriore nota datata 13 febbraio 2018 (acquisita con prot. 4145) Green Network ha segnalato all’Autorità e al Gestore del SII la presunta violazione da parte di Eroga del citato articolo 22 del TIMOE, non avendo Eroga provveduto alle prescritte comunicazioni ai clienti finali interessati e risultando, dai dati messi a disposizione dal SII in data 8 febbraio 2018, che i punti di prelievo forniti da Eroga, e precedentemente nel contratto di dispacciamento/trasporto di Green Network, erano stati massivamente caricati da un nuovo Utente sul proprio contratto di dispacciamento/trasporto.
7. Eroga, con nota 16 febbraio 2018 (acquisita con prot. 4571), ha replicato di non avere mai messo in discussione la successione di Green Network nella titolarità dei contratti in essere tra la stessa e Tradeinv Gas & Energy S.p.A., ma di avere contestato la successione di Green Network nella titolarità dei relativi crediti in considerazione di specifica clausola contenuta nel contratto di cessione di ramo d’azienda.
8. Con nota 28 febbraio 2018 (acquisita con prot. 7011) Green Network – a seguito del perdurare, nonostante la diffida inviata in data 31 gennaio 2018, dell’inadempimento della controparte commerciale Eroga per mancato pagamento di rilevanti somme relative alla fornitura di gas naturale – ha comunicato, ai sensi dell’articolo 27bis della deliberazione 138/04, anche la risoluzione del contratto in essere con quest’ultima relativo alla fornitura di gas naturale.
9. A fronte delle predette comunicazioni, la Direzione Mercati *Retail* e Tutele dei consumatori di energia dell’Autorità con nota 9 marzo 2018 (prot. 8570) ha chiesto ad Eroga alcune informazioni e in particolare se, a seguito della risoluzione contrattuale comunicata da Green Network, la medesima avesse dato esecuzione alle previsioni di cui agli articoli 16, comma 2, e 22 del TIMOE e, in caso contrario, le ragioni di ciò, le modalità con le quali i clienti finali interessati fossero stati tutelati, la sorte dei contratti in essere con detti clienti e se questi ultimi continuassero ad essere forniti da Eroga e in che modo, essendo quest’ultima priva di un utente del trasporto.
10. Con nota 16 marzo 2018 (acquisita con prot. 9547) Eroga, con riferimento alla fornitura di energia elettrica, ha comunicato di non avere dato esecuzione all’articolo 22 del TIMOE, non ritenendolo applicabile al caso in esame, essendo a suo avviso illegittima la risoluzione del contratto comunicata da Green Network, e di avere pertanto proseguito la fornitura a tutti i clienti finali interessati, i quali “*sono stati spostati su un altro utente del trasporto*”.
11. In disparte qualsiasi valutazione inerente ai rapporti contrattuali, di tipo privatistico, tra le due società, in quanto estranea al presente procedimento, sulla base delle richiamate previsioni regolatorie la risoluzione dei contratti stipulati tra le controparti commerciali e gli utenti del trasporto e del dispacciamento (per la fornitura di energia elettrica) e tra le controparti commerciali e gli utenti della distribuzione (per la fornitura di gas) - nella specie, la risoluzione comunicata da Green Network (in qualità di utente del trasporto e del dispacciamento e in qualità di utente della distribuzione) a Eroga (controparte commerciale) dei contratti tra loro in essere – comporta *automaticamente* l’insorgenza degli obblighi di cui all’articolo 22 del

TIMOE e dell'articolo 27bis della deliberazione 138/04, con la conseguenza che Eroga avrebbe dovuto provvedere alle comunicazioni ai clienti finali interessati entro i termini e con le modalità stabiliti ai citati articoli.

12. Pertanto, con determinazione DSAI/52/2018/com, è stato avviato, ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge n. 481/95, il presente procedimento sanzionatorio.
13. Contestualmente sono state richieste informazioni in merito all'attuazione delle previsioni di cui all'articolo 27bis, comma 5, della deliberazione 138/04 e, in caso negativo, in merito alla situazione in cui si trovavano i clienti finali titolari di punti di riconsegna interessati dalla risoluzione del contratto comunicata da Green Network in data 28 febbraio 2018, alle modalità con le quali detti clienti siano stati tutelati e alla continuità o meno della loro fornitura da parte di Eroga.
14. Nel corso dell'istruttoria Eroga ha riscontrato la richiesta di informazioni con nota 30 agosto 2018 (acquisita con prot. 24525).
15. Successivamente il Responsabile del procedimento ha chiesto a Eroga (con nota 31 gennaio 2023 prot. 6811) di comprovare, mediante dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, che, con riguardo al settore del gas naturale, la medesima aveva chiesto il trasferimento di tutti i punti di riconsegna (di seguito PdR) associati a Green Network ad un diverso utente della distribuzione (di seguito UdD) in data anteriore alla comunicazione della risoluzione del contratto da parte di Green Network, avvenuta in data 28 febbraio 2018. Eroga ha provveduto a ciò con nota 1° marzo 2023 (acquisita con prot. 14376).
16. Con nota del 6 aprile 2023 (prot. 24380), il Responsabile del procedimento ha comunicato le risultanze istruttorie alla società, escludendo la sussistenza dell'illecito contestato con riguardo al settore del gas naturale.
17. Con nota del 23 maggio 2023 (acquisita con prot. 34931), la società ha trasmesso una memoria di replica alle risultanze istruttorie.

VALUTAZIONE GIURIDICA:

18. Il presente procedimento è stato avviato per il mancato adempimento da parte di Eroga di obblighi di comunicazione nei confronti dei clienti finali previsti dalle sopra richiamate disposizioni nei casi di risoluzione del contratto in essere tra controparte commerciale e utente del trasporto e del dispacciamento (art. 22 del TIMOE) e tra controparte commerciale e utente della distribuzione (art. 27 bis della deliberazione 138/04).
19. Esaminati tutti gli atti del procedimento – e ferme le acquisizioni delle risultanze istruttorie con particolare riferimento alla liceità della condotta posta in essere da Eroga con riferimento al settore del gas – alla luce della più recente evoluzione giurisprudenziale, merita accoglimento l'argomentazione difensiva svolta dalla società in fase decisoria con riferimento alla durata del procedimento.
20. Come noto, fino a tutto il 2020 era pacifica la natura ordinatoria del termine (tra le molte, Cons. Stato, Sezione Sesta, nn. 6891/2020, 6888/2020, 6887/2020, 1053/2018, 911/2018, 468/2015, 3401/2015, 1084/2012); nel 2021, tuttavia, il

Giudice amministrativo - avuto riguardo a provvedimenti sanzionatori adottati in diversi settori di competenza dell'Autorità - ha cominciato a ripensare il proprio tradizionale orientamento sulla natura ordinatoria del termine di conclusione (e sulla non invalidità della sanzione in caso di superamento dello stesso) dei procedimenti sanzionatori, giungendo ad affermarne la natura perentoria, con la conseguente invalidità del provvedimento tardivamente adottato (Cons. Stato, Sezione Sesta, nn. 584/2021, 2307/2021, 2308/2021, 2309/2021, confermate, successivamente, da Cons. Stato, Seconda Sezione, nn. 11340/2022, 1649/2022, 3584/2022, 3737/2022, 4117/2022, 4118/2022, 5365/2022, 5578/2022, 6588/2022, 3983/2023).

21. A parere del Consiglio di Stato, infatti, sebbene in linea generale solo una espressa disposizione di legge possa riconoscere il carattere della perentorietà a una scadenza temporale, tuttavia la particolarità del procedimento sanzionatorio rispetto al paradigma del procedimento amministrativo condurrebbe a diverse conseguenze, attesa la stretta correlazione sussistente tra il rispetto di quel termine e l'effettività del diritto di difesa, avente protezione costituzionale.
22. Va, tuttavia, dato atto che il Tar Lombardia non ha aderito al nuovo orientamento del Consiglio di Stato e continua, quindi, ad affermare - discostandosi consapevolmente dal Giudice di secondo grado - che, in assenza di una disposizione di rango sia primario che secondario che qualifichi il termine di conclusione del procedimento come perentorio, lo stesso non può che qualificarsi come ordinatorio.
23. Tuttavia, lo stesso Giudice di prime cure, pur affermando la natura ordinatoria del termine del procedimento sanzionatorio, ha verificato in concreto se il superamento di detto termine - il quale di per sé non può mai determinare la decadenza dal potere sanzionatorio - potesse nei casi sottoposti al suo esame aver trovato o meno giustificazione nella necessità di approfondire l'attività istruttoria (la tesi, emersa già nel 2018, con sentenze TAR Lombardia, Sezione Seconda, nn. 2455/2018, 2456/2018 e 2458/2018, è stata successivamente ribadita nel 2021 e confermata, da ultimo, con le sentenze Tar Lombardia, I, nn. 3/2023, 1926/2022, 1931/2022, 1932/2022). D'altra parte, anche lo stesso Consiglio di Stato, dopo il "leading case" del marzo 2021 sulla "perentorietà" ha adottato una serie di pronunce che hanno comunque assegnato rilevanza alle valutazioni sulla "ragionevolezza" della durata dei procedimenti (Cons. Stato, Sezione Sesta, nn. 2307/21, 2308/21 e 2309/21; Cons. Stato, Sezione Seconda, n. 4216/22).
24. L'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato dà, quindi, un rilievo pregnante al "fattore tempo" ai fini dell'esercizio del potere.
25. L'Autorità, nel verificare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere, deve pertanto, alla luce della giurisprudenza sopra richiamata, verificare, caso per caso, la durata del procedimento.
26. La verifica di cui al punto precedente deve essere condotta sulla base delle specifiche circostanze del caso concreto, considerando l'omogeneità del procedimento in argomento con quanto riscontrato nei giudizi di annullamento riguardanti altri provvedimenti dell'Autorità: più precisamente l'Autorità valuta se i tempi e i modi del procedimento in esame si presentino in stretta analogia con quelli già vagliati nelle sfavorevoli sentenze sopra citate e quindi tali da fondare un giudizio

- prognostico sul presumibile esito sfavorevole all’Autorità dell’eventuale contenzioso promosso dalla Società.
27. Laddove detto giudizio di omogeneità tra i provvedimenti sanzionatori oggetto di annullamento e le circostanze del caso concreto dimostrino che non vi siano i presupposti per un esito sanzionatorio, l’Autorità è tenuta ad adottare un provvedimento di archiviazione.
 28. Alla luce di tutto quanto sopra il procedimento sanzionatorio avviato con determinazione DSAI/52/2018/com – pur attinente a violazioni di tipo diverso rispetto a quelle per le quali si è formata la richiamata giurisprudenza sulla perentorietà/ragionevole durata dei procedimenti sanzionatori - risulta, in base all’avviso espresso dall’Avvocatura dello Stato, omogeneo a quelli chiusi con provvedimenti sanzionatori annullati dal Consiglio di Stato per tardività (da ultimo, cfr. Consiglio di Stato, Sezione Seconda, 19 aprile 2023, n. 3983); la durata di detto procedimento, e in particolare della fase istruttoria - per quanto in larga parte iniziata e consumata in costanza di una giurisprudenza, anche del Consiglio di Stato, che pacificamente affermava l’ordinarietà dei termini del procedimento e sulla quale l’Autorità aveva riposto un legittimo e ragionevole affidamento - risulta superiore a quella già oggetto dalla recente giurisprudenza del Giudice amministrativo, sia di primo che di secondo grado; detta durata non è stata condizionata dall’intervento di proroghe; né è da ricondursi alla durata di procedimenti connessi nell’ambito dei quali possano acquisirsi elementi necessari al corretto esercizio del potere sanzionatorio. D’altra parte, la richiesta di informazioni (prot. 6811) inviata dal Responsabile del procedimento il 31 gennaio 2023 - e quindi quando il termine della fase istruttoria era già scaduto - non ha determinato, a seguito della risposta della società, l’esigenza di ulteriori indagini o sviluppi istruttori, essendo rivolta detta richiesta ad un riscontro di fatti già acquisiti al procedimento con la nota dell’esercente 30 agosto 2018 (prot. Autorità 24525).
 29. Alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale sopra richiamata, non sussistono i presupposti per l’adozione di un provvedimento sanzionatorio, nella specie in termini di “durata” del procedimento sanzionatorio.
 30. Per l’assorbente ragione di cui sopra – ferme le acquisizioni delle risultanze istruttorie come richiamate ai precedenti punti 16 e 19 – si procede all’archiviazione del procedimento sanzionatorio avviato con determinazione DSAI/52/2018/com, ciò anche al fine di evitare una condanna alle spese nell’eventuale giudizio promosso dalla società o una condanna per lite temeraria secondo quanto previsto dall’art. 26, comma 2 del codice del processo amministrativo e, comunque, un ulteriore dispendio di attività amministrativa

DELIBERA

1. di archiviare il procedimento sanzionatorio avviato con determinazione DSAI/52/2018/com;

2. di comunicare il presente provvedimento a Erogena Energia S.r.l. (P. IVA 09453921000) mediante pec all'indirizzo erogaenergia@pec.it e di pubblicarlo sul sito internet dell'Autorità www.arera.it.

Avverso il presente provvedimento può essere proposto ricorso innanzi al competente Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sede di Milano, entro il termine di 60 giorni dalla data di notifica dello stesso, oppure ricorso straordinario al Capo dello Stato, entro il termine di 120 giorni.

28 giugno 2023

IL PRESIDENTE
Stefano Besseghini