

N. 07054/2010 REG.SEN.  
N. 00543/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 543 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da A2A Trading s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Eugenio Brutti Liberati, Alessandro Canuti, Bruno Tonoletti, presso lo studio dei quali è elettivamente domiciliata, in Milano, Piazza Eleonora Duse n. 1;

***contro***

Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresenta e difesa ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano presso i cui Uffici, in Milano via Freguglia n. 1, domicilia;

***nei confronti di***

San Giorgio Energie S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita;

***per l'annullamento***

1) quanto al ricorso principale:

- della delibera dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas n. ARG/gas 192/08, datata 19.12.2008 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della

Repubblica Italiana del 29.12.2008, recante “Misure urgenti di modifica dei criteri per l’aggiornamento delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale per clienti in regime di tutela e aggiornamento per il trimestre gennaio marzo 2009”;

- di ogni atto ad essa presupposto, consequenziale o comunque connesso;

2) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 28.10.2009:

- della delibera dell’Autorità per l’energia elettrica ed il gas n. ARG/gas 106/09, datata 30.07.2009 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del giorno 11.09.2009, recante “Compensazione degli oneri non altrimenti recuperabili sostenuti dagli esercenti la vendita del gas naturale in conseguenza dell’applicazione degli articoli 1 e 2 della deliberazione 19 dicembre 2008 ARG/gas 192/08”;

- nonché di tutti gli atti presupposti, conseguenti o comunque connessi, ancorché non conosciuti, ivi incluso, per quanto possa occorrere, l’art. 4.1 della delibera ARG/gas 192/08, datata 19.12.2008;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorita' Per L'Energia Elettrica e il Gas;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2010 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il ricorso r.g. n. 543/2009 la società A2A Trading s.r.l. ha impugnato il provvedimento dell’Autorità per l’Energia Elettrica ed il Gas (d’ora in poi

A.E.E.G. o Autorità) prot. n. ARG/gas 192/08, recante “Misure urgenti di modifica dei criteri per l'aggiornamento delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale per clienti in regime di tutela e aggiornamento per il trimestre gennaio-marzo 2009”, deducendo vizi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili, articolati in vari motivi di impugnazione.

Si è costituita in giudizio l'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas, eccependo l'infondatezza del ricorso avversario.

Non si è costituita in giudizio la società San Giorgio Energie S.r.l., cui il gravame era stato notificato dalla parte ricorrente.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 28.10.2009, la società A2A Trading s.r.l ha impugnato la delibera A.E.E.G prot. n. ARG/gas 106/09, avente ad oggetto la disciplina della “Compensazione degli oneri non altrimenti recuperabili sostenuti dagli esercenti la vendita del gas naturale in conseguenza dell'applicazione degli articoli 1 e 2 della deliberazione 19 dicembre 2008, ARG/gas 192/08”.

La ricorrente ha dedotto l'illegittimità della delibera n. 106/09 sia in via derivata dal provvedimento oggetto del ricorso principale, sia in via autonoma, articolando ulteriori censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Anche in relazione al ricorso per motivi aggiunti si è costituita in giudizio l'amministrazione resistente, eccependo l'infondatezza delle impugnazioni proposte e chiedendone il rigetto.

Le parti hanno prodotto memorie e documenti.

All'udienza del giorno 07.10.2010 i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

#### DIRITTO

1) Con la deliberazione 2008 n. 192 l'A.E.E.G. ha modificato la disciplina dei

criteri per l'aggiornamento delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale per i clienti in regime di tutela, contenuta in precedenti determinazioni dell'Autorità.

In particolare, l'art. 1 della deliberazione 2008 n. 192 ha modificato l'articolo 1, comma 3, della deliberazione n. 195/02, mediante la soppressione della c.d. "soglia di invarianza".

In estrema sintesi, la soglia di invarianza costituisce uno dei parametri individuati dall'Autorità – con la delibera 2002 n. 195 – al fine di determinare il prezzo finale del gas in relazione alla parte di tariffa relativa al costo della materia prima.

Si tratta di un meccanismo che nei limiti di un certo margine - dapprima fissato al 5%, poi abbassato al 2,5 % - rende insensibile il prezzo finale del gas alle oscillazioni del costo della materia prima, con l'effetto di stabilizzare i prezzi finali nonostante le variazioni del costo indicato. Insomma, la soglia di invarianza ha lo scopo di evitare aggiornamenti del prezzo finale in occasione di variazioni di modesta entità, in aumento o in diminuzione, del costo della materia prima.

Viceversa, mediante l'art. 2 della deliberazione n. 192/08 l'A.E.E.G. ha assunto una determinazione incidente sulle sole imprese di vendita del gas naturale, limitatamente ai contratti di compravendita all'ingrosso in essere alla data di entrata in vigore del provvedimento, in cui esse siano parti venditrici, stabilendo che tali imprese "propongono alle rispettive controparti acquirenti di sopprimere, con effetto dall'1 gennaio 2009, le eventuali clausole che dispongano la produzione di effetti in conseguenza della disciplina della soglia di invarianza, allora prevista dall'articolo 1, comma 3, della deliberazione n. 195/02", con la precisazione che la proposta in questione "può essere limitata ai soli quantitativi di gas destinati, direttamente o

indirettamente, alle forniture dei clienti finali oggetto delle tutele di cui alle deliberazioni dell'Autorità n. 207/02, n. 138/03 e n. 195/02”.

Infine, il successivo art. 4 della delibera n. 192/08 ha dettato “Disposizioni finali”, stabilendo che “con successivo provvedimento, l'Autorità definisce opportuni sistemi di compensazione degli oneri non altrimenti recuperabili sostenuti dalle imprese di vendita in conseguenza dell'applicazione dei precedenti articoli 1 e 2, incluse le imprese di vendita all'ingrosso per le quali i ricavi di competenza del trimestre non consentano la copertura dei costi, escluse le partite infragruppo”.

Con la successiva deliberazione n. 40/09 – non impugnata dalla ricorrente - l'A.E.E.G., da un lato, ha disposto l'aggiornamento delle condizioni economiche di forniture del gas naturale in relazione al trimestre aprile – giugno 2009, dall'altro, ha introdotto modifiche ed integrazioni ai criteri di aggiornamento e alla componente trasporto delle medesime condizioni economiche di fornitura.

Infine, l'art. 4 della delibera in questione ha istituito il “Fondo a copertura degli oneri non altrimenti recuperabili”, già individuati ai sensi dell'art. 4 della precedente delibera n. 192.

Successivamente, l'A.E.E.G., con la delibera n. 106 del 2009 – impugnata con ricorso per motivi aggiunti - ha disciplinato la compensazione degli oneri non altrimenti recuperabili sostenuti dagli esercenti la vendita del gas naturale in conseguenza dell'applicazione degli articoli 1 e 2 della deliberazione 192/08.

La delibera n. 106 ha regolamentato, in particolare:

a) ex art. 2, l'ambito di applicazione della compensazione, stabilendo che “2.1 È ammesso alla compensazione di cui al comma 4.1 della deliberazione ARG/gas 192/08 l'esercente la vendita al dettaglio o all'ingrosso che, avendo

adempito, rispettivamente, all'articolo 1 o all'articolo 2 della medesima deliberazione, soddisfi almeno una delle seguenti condizioni: a) sia parte acquirente di un contratto che prevede modalità di aggiornamento delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale con applicazione della clausola di invarianza e non abbia ricevuto, entro i termini di cui al successivo comma 5.1, una proposta coerente con le previsioni dell'articolo 2 della deliberazione ARG/gas 192/08; b) sia parte acquirente di un contratto che non contempla clausole di invarianza. 2.2 Per l'ammissione alla compensazione ciascun esercente la vendita all'ingrosso deve aver adempiuto all'articolo 2 della deliberazione ARG/gas 192/08 con riferimento a tutti i contratti di cui è parte venditrice, escluse le partite infragruppo. 2.3 Dalla compensazione sono comunque esclusi i contratti o i quantitativi relativi alle partite infragruppo.”;

b) ex art. 5, gli obblighi in capo agli esercenti la vendita al fine della compensazione degli oneri non altrimenti recuperabili, prevedendo tra l'altro che “ Gli esercenti la vendita di cui al comma 2.1 della deliberazione ARG/gas 192/08 adempiono all'obbligo di cui al comma 2.2 della medesima deliberazione entro il 15 settembre 2009”;

c) ex art. 6, il procedimento per il riconoscimento degli oneri non altrimenti recuperabili, stabilendo che “6.1 Ai fini del riconoscimento degli oneri non altrimenti recuperabili, ciascun esercente la vendita al dettaglio o esercente la vendita all'ingrosso è tenuto a presentare, per ogni contratto, apposita istanza utilizzando il modello contenuto, rispettivamente, nell'Allegato A o nell'Allegato B al presente provvedimento. 6.2 L'istanza costituisce autocertificazione ai sensi dell'articolo 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. 6.3 L'istanza deve essere presentata, a pena di decadenza, entro le ore 12.00 del 30 ottobre 2009 alla Cassa secondo le seguenti modalità: a) in

versione originale in busta chiusa, recando sulla busta la dicitura “Istanza per il riconoscimento degli oneri non altrimenti recuperabili ex delibera ARG/gas192/08”; b) in copia all’indirizzo di posta elettronica appositamente definito dalla Cassa, indicando nell’oggetto del messaggio “Istanza per il riconoscimento degli oneri non altrimenti recuperabili ex delibera ARG/gas 192/08”. 6.4 La Cassa verifica la completezza e la coerenza dell’istanza e, se del caso, invita l’esercente la vendita ad effettuare, a pena di decadenza, le opportune integrazioni entro i 10 (dieci) giorni lavorativi successivi, secondo le modalità dalla medesima definite. 6.5 Entro il 15 dicembre 2009, la Cassa comunica all’Autorità l’esito delle verifiche delle istanze ricevute, indicando almeno i seguenti elementi: a) il numero e i riferimenti delle istanze positivamente verificate nonché l’ammontare degli importi da corrispondere a titolo di compensazione; b) il numero e i riferimenti delle istanze decadute, indicandone i relativi importi”.

Avverso la delibera n. 192/08 e la delibera n. 106/09 ha proposto impugnazione la società ricorrente, deducendo numerosi profili di illegittimità.

3) Con il primo e il terzo dei motivi proposti - che possono essere trattati congiuntamente perché strettamente connessi sul piano logico giuridico - la società ricorrente sostiene che l’Autorità avrebbe violato il principio di legalità e agito in carenza di potere.

In particolare, si lamenta che: 1) l’Autorità dispone del potere di eliminare la soglia di invarianza in relazione ai contratti di fornitura del gas stipulati con i clienti domestici, mentre non può intervenire, come ha fatto con gli artt. 2 e 4 della deliberazione n. 192/08, sulla posizione dei grossisti, neppure a tutela dei soggetti che operano sul mercato all’ingrosso; 2) l’obbligo per i grossisti di rinegoziare i contratti in corso ai sensi dell’art. 2 della deliberazione

impugnata non è funzionale a trasferire sui clienti finali i benefici della discesa del prezzo del petrolio; 3) il potere di direttiva dell'Autorità non può tradursi nella imposizione di una predeterminata rinegoziazione dei contratti all'ingrosso, sicché è violato il principio dell'autonomia negoziale; 4) è irragionevole la pretesa di conformare i contratti all'ingrosso sui contratti al dettaglio, eliminando anche dai primi eventuali soglie di invarianza, in quanto spetta all'autonomia negoziale scegliere formule adeguate di ripartizione del rischio di fluttuazione del prezzo dei combustibili; 5) è discriminatorio prevedere la rinegoziazione per i soli contratti all'ingrosso che contengono una soglia di invarianza e non per tutti i contratti all'ingrosso che assumono come parametro di indicizzazione il valore dei prezzi al consumo come modificati dall'Autorità; 6) il d.l. 185/2008 prevede meccanismi di tutela per le famiglie, mentre la delibera 192/08 ridonda a vantaggio anche di clienti commerciali o industriali;

La trattazione delle censure richiede l'articolazione di diversi passaggi argomentativi.

3.1) In primo luogo, occorre stabilire se ed entro quali limiti l'Autorità possa ancora intervenire sul mercato liberalizzato del gas naturale.

Sul problema della permanenza o meno in capo all'Autorità del potere di definire prezzi di riferimento delle forniture di gas naturale ai clienti domestici, dopo che l'art. 23 della direttiva 2003 n. 55 ha disciplinato l'apertura del mercato del gas, è intervenuta la sentenza della Corte giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, n. 265 del 20 aprile 2010, pronunciata a seguito della rimessione della questione pregiudiziale da parte del Tar Lombardia Milano, sez. IV, con ordinanza n. 177 del 3 giugno 2008.

La Corte ha precisato che "gli artt. 3, n. 2, e 23, n. 1, della direttiva 2003/55 non ostano ad una normativa nazionale, come quella controversa nelle cause



principali, che consente di determinare il livello del prezzo di fornitura di gas naturale mediante la definizione di prezzi di riferimento, come quelli di cui trattasi nelle cause principali, successivamente al 1° luglio 2007, purché tale intervento: a) persegua un interesse economico generale consistente nel mantenere il prezzo di fornitura del gas naturale al consumatore finale ad un livello ragionevole alla luce della contemperazione, che spetta agli Stati membri effettuare, tenendo conto della situazione del settore del gas naturale, fra l'obiettivo di liberalizzazione e l'obiettivo della necessaria protezione del consumatore finale perseguiti dalla direttiva 2003/55; b) non incida sulla libera fissazione dei prezzi della fornitura del gas naturale successivamente al 1° luglio 2007 se non nella misura necessaria a conseguire siffatto obiettivo di interesse economico generale e, di conseguenza, per un periodo necessariamente limitato nel tempo, e c) sia chiaramente definito, trasparente, non discriminatorio, verificabile, e garantisca alle imprese dell'Unione che operano nel settore del gas parità di accesso ai consumatori”.

Va osservato che a livello comunitario la normativa rilevante, ai fini della delimitazione del potere di intervento tariffario dell'Autorità nel settore del mercato del gas liberalizzato, emerge dal coordinamento tra gli artt. 2, 3 e 23 della direttiva 2003 n. 55.

In particolare, l'art. 2 definisce come «clienti» i clienti grossisti e finali di gas naturale e le imprese di gas naturale che acquistano gas naturale, precisando che: «clienti civili» sono quelli che acquistano gas naturale per il proprio consumo domestico, «clienti finali» sono quelli che acquistano gas naturale per uso proprio, «clienti grossisti» sono qualsiasi persona fisica o giuridica, diversa dai gestori del sistema di trasporto e distribuzione, che acquista gas naturale a scopo di rivendita all'interno o all'esterno del sistema in cui è stabilita, mentre «clienti idonei» sono i clienti che sono liberi di acquistare gas

naturale dal fornitore di propria scelta, ai sensi dell'articolo 23 della direttiva.

Del resto, l'art. 23 – che presenta natura di norma self-executing in quanto non lascia margini di valutazione discrezionale agli Stati membri in sede di recepimento – specifica che “gli Stati membri provvedono affinché i clienti idonei siano ... a partire dal 1° luglio 2007, tutti i clienti”.

Inoltre, l'art. 3 della direttiva, nel definire gli “Obblighi relativi al servizio pubblico e tutela dei consumatori”, specifica: a) al paragrafo 1, che “Gli Stati membri, in base alla loro organizzazione istituzionale e nel dovuto rispetto del principio di sussidiarietà, fanno sì che le imprese di gas naturale, fatto salvo il paragrafo 2, siano gestite secondo i principi della presente direttiva, al fine di realizzare un mercato del gas concorrenziale sicuro e sostenibile dal punto di vista ambientale, e si astengono da qualsiasi discriminazione tra tali imprese riguardo ai loro diritti o obblighi; b) al paragrafo 2, che “Nel pieno rispetto delle pertinenti disposizioni del trattato, in particolare dell'articolo 86, gli Stati membri possono, nell'interesse economico generale, imporre alle imprese che operano nel settore del gas obblighi relativi al servizio pubblico concernenti la sicurezza, compresa la sicurezza dell'approvvigionamento, la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture, nonché la tutela dell'ambiente, compresa l'efficienza energetica e la protezione del clima. Tali obblighi sono chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori, verificabili e garantiscono alle società dell'Unione europea che operano nel settore del gas parità di accesso ai consumatori nazionali. In materia di sicurezza dell'approvvigionamento, di efficienza energetica e di gestione della domanda e per il conseguimento degli obiettivi ambientali di cui al presente paragrafo, gli Stati membri possono attuare una programmazione a lungo termine, tenendo conto della possibilità che terzi chiedano l'accesso al sistema; c) al paragrafo 3, che “Gli Stati membri adottano le misure appropriate per

tutelare i clienti finali e garantire un elevato livello di tutela dei consumatori, ed assicurano in particolare ai clienti vulnerabili un'adeguata protezione, comprendente misure idonee a permettere loro di evitare l'interruzione delle forniture ... Essi garantiscono un elevato livello di tutela dei consumatori, con particolare riguardo alla trasparenza delle condizioni generali di contratto, alle informazioni generali ed ai meccanismi di risoluzione delle controversie. Gli Stati membri provvedono affinché i clienti idonei possano effettivamente cambiare fornitore ...”; d) al paragrafo 4, che “gli Stati membri attuano misure idonee a realizzare gli obiettivi della coesione economica e sociale, della tutela ambientale, comprese eventualmente misure per combattere il cambiamento climatico, e della sicurezza dell'approvvigionamento ...”; e) al paragrafo 6, che “nell'attuare la presente direttiva gli Stati membri informano la Commissione di tutte le misure adottate per adempiere agli obblighi relativi al servizio pubblico, compresa la tutela dei consumatori e dell'ambiente, ed i loro possibili effetti sulla concorrenza nazionale ed internazionale, a prescindere dal fatto che tali misure richiedano o meno una deroga alla presente direttiva...”.

La Corte di Giustizia con la sentenza 2010 n. C - 265/08 ha, in primo luogo, riconosciuto la legittimità comunitaria del decreto legge 18 giugno 2007, n. 73 - convertito, con modifiche, dalla legge 3 agosto 2007, n. 125 - che, nel dettare “Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia”, ha attribuito all'A.E.E.G. il potere di definire prezzi di riferimento per la vendita di gas a taluni clienti.

In particolare, l'art. 1, n. 3, del d.l. 2007 n. 73 – individuato dall'Autorità come una delle basi normative delle determinazioni oggetto dei ricorsi in esame – ha, da un lato, stabilito che “Per garantire le disposizioni comunitarie in materia di servizio universale, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas indica

condizioni standard di erogazione del servizio e definisce transitoriamente, in base ai costi effettivi del servizio, prezzi di riferimento per le forniture di energia elettrica ai clienti di cui al comma 2 e per le forniture di gas naturale ai clienti domestici, che le imprese di distribuzione o di vendita, nell'ambito degli obblighi di servizio pubblico, comprendono tra le proprie offerte commerciali contemplando anche la possibilità di scelta tra piani tariffari e fasce orarie differenziati ...”, dall'altro, ha “fatti salvi i poteri di vigilanza e di intervento dell'Autorità a tutela dei diritti degli utenti, anche nei casi di verificati e ingiustificati aumenti dei prezzi e alterazioni delle condizioni del servizio per i clienti che non hanno ancora esercitato il diritto di scelta”.

Inoltre, la Corte ha determinato i limiti entro i quali l'intervento dell'Autorità può, nel mercato del gas naturale e anche dopo la data del 01.07.2007, determinare il livello del prezzo di fornitura del gas naturale, mediante la definizione di prezzi di riferimento, individuando essenzialmente tre parametri, consistenti: 1) nell'esistenza di una finalità di interesse economico generale a base dell'intervento; 2) nel rispetto del principio di proporzionalità; 3) nel carattere chiaramente definito, trasparente, non discriminatorio e verificabile degli obblighi relativi al servizio pubblico e la necessità della parità di accesso ai consumatori per le imprese dell'Unione europea che operano nel settore del gas.

3.2) Sotto altro profilo, va osservato che la deliberazione 2008 n. 192 pone a fondamento delle determinazioni assunte anche l'art. 3, comma 8, del decreto-legge n. 185/08 - convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, della legge 28 gennaio 2009, n. 2 e recante “Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale” - ove si prevede che “L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas effettua un particolare monitoraggio

sull'andamento dei prezzi, nel mercato interno, relativi alla fornitura dell'energia elettrica e del gas naturale, avendo riguardo alla diminuzione del prezzo dei prodotti petroliferi; entro il 28 febbraio 2009 adotta le misure e formula ai Ministri competenti le proposte necessarie per assicurare, in particolare, che le famiglie fruiscano dei vantaggi derivanti dalla predetta diminuzione.

Il quadro normativo, comunitario e nazionale, ora richiamato, nonché i principi posti dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza del 20 aprile 2010, conducono a ritenere che l'A.E.E.G., con la delibera 2008 n. 192, sia intervenuta sulla determinazione del prezzo di fornitura di gas naturale in esercizio di un potere che le compete.

Invero, con particolare riferimento alla disposta eliminazione della soglia di invarianza, l'A.E.E.G. è intervenuta in applicazione di una specifica disposizione, quale l'art. 3, comma 8, del d.l. 29 novembre 2008 n. 185 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 29 novembre 2008, n. 280 ed entrato in vigore in pari data ai sensi dell'art. 36 del decreto medesimo), che preso atto della diminuzione del prezzo dei prodotti petroliferi – il cui valore, come è noto e non controverso nel presente giudizio, integra uno dei parametri cui si correla il prezzo del gas naturale sui mercati internazionali – ha imposto all'Autorità di adottare, entro un breve termine, misure idonee ad assicurare che le famiglie fruiscano dei vantaggi derivanti dalla predetta diminuzione.

La norma riflette dichiaratamente (cfr. preambolo del decreto legge) l'esigenza di fronteggiare l'eccezionale situazione di crisi internazionale favorendo l'incremento del potere di acquisto delle famiglie.

Tanto basta per rilevare che l'intervento effettuato dall'Autorità con la delibera n. 192/08 è supportato da una finalità di interesse economico generale, secondo quanto richiesto dalla Corte di Giustizia della Comunità

Europea e non da mere finalità di stampo dirigistico.

Invero, l'obiettivo perseguito consiste nel consentire ai consumatori di disporre di maggiore liquidità in conseguenza della diminuzione del prezzo dei prodotti petroliferi, mediante una misura che riflette, da un lato, un'esigenza di solidarietà sociale, a fronte di una situazione di crisi economica e finanziaria di dimensioni internazionali, dall'altro, una finalità di promozione dello sviluppo economico, attraverso l'incremento delle risorse a disposizione delle famiglie.

Insomma l'incidenza sull'iniziativa economica e sull'autonomia negoziale dei soggetti – estrattori, importatori, grossisti, dettaglianti e clienti – che sono presenti sul mercato del gas naturale è del tutto coerente non solo con i principi comunitari, ma anche con quelli interni, atteso che l'art. 41 della Costituzione prevede espressamente che l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto, tra l'altro, con l'utilità sociale e, comunque, può essere assoggettata dalla legge agli opportuni programmi e controlli finalizzati ad indirizzarla e coordinarla a fini sociali.

Del resto, l'eliminazione della soglia di invarianza consente ai clienti di beneficiare immediatamente della diminuzione del prezzo dei prodotti petroliferi, sicché la misura introdotta dall'A.E.E.G. riflette i canoni di proporzionalità, in quanto è adeguata all'obiettivo perseguito e, correlandosi a meccanismi compensativi in favore dei venditori per gli oneri che dovessero restare a loro carico in applicazione della nuova disciplina, realizza un intervento equilibrato, che - in generale e salvo quanto si evidenzierà in prosieguo in relazione alle censure afferenti al meccanismo di funzionamento delle compensazioni - non pregiudica in modo discriminatorio gli operatori della filiera diversi dai clienti finali.

Inoltre, la natura della misura e l'esatta delimitazione del suo ambito

applicativo soddisfa i canoni di trasparenza e di verificabilità valorizzati dalla Corte di Giustizia con la sentenza più volte richiamata.

3.3) Tanto premesso, occorre ora esaminare la censura di carenza di potere e violazione del principio di legalità nella parte in cui contesta il potere dell'Autorità di intervenire sul mercato all'ingrosso del gas, ossia su una parte della filiera che non coinvolge direttamente gli utenti finali.

In proposito vale ricordare, in primo luogo, che l'art. 28, comma 1 della legge 23 luglio 2009, n. 99, ha modificato l'art. 2, comma 5, della legge 1995 n. 481, precisando che "Per i settori dell'energia elettrica e del gas, al fine di tutelare i clienti finali e di garantire mercati effettivamente concorrenziali, le competenze" dell'Autorità "ricomprendono tutte le attività della relativa filiera".

A ben vedere la norma è meramente ricognitiva di un orientamento giurisprudenziale consolidato, che, in base alle finalità perseguite mediante la istituzione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas – consistenti ai sensi dell'art. 1 della legge 1995 n. 481 nel: a) garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, b) garantire adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti; c) promuovere la tutela degli interessi di utenti e consumatori – sottolinea l'estensione a tutta la filiera del gas dei poteri di cui l'Autorità è investita.

Invero l'A.E.E.G., persegue obiettivi d'effettiva concorrenzialità nel mercato dell'energia, mirando al contempo a realizzare le esigenze di carattere sociale, di tutela ambientale e d'uso efficiente delle risorse e ad assicurare adeguati livelli di qualità nei servizi stessi, sì da garantirne la fruibilità e la diffusione

omogenea sull'intero territorio nazionale, promuovendo la tutela degli interessi degli utenti e consumatori (art. 2, comma 12, lett. e, nonché art. 1, comma 1, della legge 1995 n. 481; cfr. C.d.S., sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5105).

Insomma la legge 1995 n. 481 mira a disciplinare la concorrenza e la regolazione di tutte le attività, che, pure se genericamente definite servizi, sono caratterizzate dalla connotazione della pubblica utilità e riguarda non soltanto i pubblici servizi in senso stretto, ma anche le attività economiche, che presentano profili di interesse generale e che ne giustificano l'assoggettamento ad una disciplina settoriale indipendente dalla qualificazione giuridica dell'operatore (cfr. Cons. St., sez. VI, 10 ottobre 2005, n. 5467).

In altre parole, l'attività di regolazione e controllo dall'A.E.E.G., facendo riferimento ai servizi di pubblica utilità e non ai soli servizi pubblici, si estende anche alle attività d'impresa dei servizi gestiti in forma libera nel mercato, senza limitazione nell'ambito di ciascuna filiera considerata ad alcuni segmenti piuttosto che ad altri, in ragione della rilevanza sociale del mercato stesso e della garanzia d'accesso diffuso a questo.

Del resto, anche l'attività all'ingrosso d'importazione e di commercializzazione di gas naturale, nonché di rivendita dello stesso a clienti finali è di pubblica utilità, essendo strumentale all'approvvigionamento del gas ed alla sua diffusione verso i consumatori (cfr. sul punto T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 07 giugno 2006, n. 4379; Consiglio di Stato, sez. VI, 24 ottobre 2002, n. 5861).

Va, pertanto, ribadito che con la delibera n. 192/08 l'A.E.E.G. non ha ecceduto l'ambito dei poteri che le sono conferiti dalla legge in relazione all'attività di regolazione e controllo del mercato del gas, con riguardo a tutti



gli ambiti della filiera, con conseguente infondatezza della censura in esame.

3.4) Vanno trattate congiuntamente le censure da sub 2 a sub 5, che sono accomunate dalla contestazione, sotto diversi profili, della previsione dell'art. 2 della deliberazione 192/08, che - secondo la ricorrente - pone un obbligo di rinegoziazione per i venditori all'ingrosso ritenuto non funzionale agli obiettivi del d.l. 185/08, eccessivamente restrittivo dell'autonomia negoziale e, comunque, discriminatorio.

Le censure non sono fondate.

L'intervento posto in essere dall'Autorità mediante l'art. 2 della delibera 192/08 consiste nel prescrivere alle imprese di vendita del gas naturale, limitatamente ai contratti di compravendita all'ingrosso in essere alla data di entrata in vigore del provvedimento in cui esse siano parti venditrici, di proporre "alle rispettive controparti acquirenti di sopprimere, con effetto dall'1 gennaio 2009, le eventuali clausole che dispongano la produzione di effetti in conseguenza della disciplina della soglia di invarianza, allora prevista dall'articolo 1, comma 3, della deliberazione n. 195/02", con la precisazione che la proposta in questione "può essere limitata ai soli quantitativi di gas destinati, direttamente o indirettamente, alle forniture dei clienti finali oggetto delle tutele di cui alle deliberazioni dell'Autorità n. 207/02, n. 138/03 e n. 195/02".

La ratio della previsione va colta in relazione al contenuto complessivo della deliberazione n. 192/08.

In particolare, la sola soppressione della clausola di invarianza dai contratti conclusi dagli esercenti la vendita al dettaglio produce un vantaggio immediato per il cliente in correlazione con la diminuzione del prezzo dei prodotti petroliferi, ma, di per sé, può comportare il permanere del relativo onere in capo al venditore, che, a sua volta, sia parte acquirente nei contratti

di vendita all'ingrosso.

Ciò si verifica quando il contratto a monte preveda una soglia di invarianza o un meccanismo equivalente, in quanto in tale caso il dettagliante, da un lato, non beneficerebbe immediatamente del vantaggio finanziario collegato alla riduzione del prezzo del greggio in relazione ai contratti in cui assume la veste di acquirente all'ingrosso, dall'altro, dovrebbe immediatamente trasferire sul cliente finale il vantaggio finanziario legato alla riduzione del prezzo dei prodotti petroliferi, attraverso la eliminazione della soglia di invarianza dai contratti al dettaglio.

In tale modo, l'onere collegato alla soglia di invarianza resterebbe a carico del grossista e si tradurrebbe in un costo aggiuntivo.

Un assetto di questo tipo sarebbe incoerente con gli obiettivi che in generale deve perseguire l'Autorità nella sua attività di regolazione del mercato.

Invero, lo stesso d.l. n. 185/08 interviene dichiaratamente, sul presupposto dell'esistenza di una situazione di crisi economica e finanziaria di ambito internazionale, non solo al fine di favorire l'incremento del potere di acquisto delle famiglie, ma anche per promuovere lo sviluppo economico e la competitività del paese.

Tale assetto è coerente con le finalità generali dell'intervento dell'Autorità, che, ai sensi dell'art. 1 della legge 1995 n. 481, deve tendere non solo alla promozione della tutela degli interessi di utenti e consumatori, ma innanzitutto alla "promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità", cui si estende il potere regolatorio.

Ecco allora che a fronte degli oneri derivanti, per i grossisti, dalla eliminazione della soglia di invarianza nei contratti a valle della filiera del gas, è del tutto ragionevole che l'amministrazione abbia predisposto dei meccanismi idonei ad evitare che ciò possa tradursi in maggiori costi per le

imprese presenti nella filiera, così da incidere pregiudizievolemente sulla loro efficienza e, quindi, sulla loro capacità di essere competitive nel mercato.

A tal fine l'Autorità ha predisposto due interventi: in primo luogo, l'obbligo di avanzare la proposta contrattuale di cui all'art. 2 della delibera n. 192, in secondo luogo il sistema delle compensazioni per la copertura degli oneri che dovessero comunque restare a carico degli operatori che abbiano adempiuto, tra l'altro, alla previsione di cui all'art. 2.

In tale contesto, la proposta di modifica contrattuale di cui all'art. 2 consente, una volta accettata e tradotta in regola negoziale, anche agli acquirenti all'ingrosso di avvantaggiarsi, in termini di minor prezzo pagato al venditore grossista, della riduzione del costo dei prodotti petroliferi, senza dovere attendere la fase economica di crescita dei costi del greggio, come accade, invece, quando operano le soglie di invarianza.

Insomma, l'introduzione dell'art. 2 mira a mantenere in equilibrio la filiera del gas, evitando che gli oneri derivanti dalla eliminazione della soglia di invarianza possano restare a carico dei grossisti.

Certo, come esattamente osservato nel ricorso, può accadere che le parti dei contratti all'ingrosso abbiano già previsto meccanismi negoziali di protezione del rischio in questione, ma si tratta di una mera eventualità, mentre la coerenza che deve contrassegnare l'intervento regolatorio giustifica l'adozione di misure che in generale evitano la permanenza di oneri in capo alle imprese della filiera.

Del resto, l'obbligo di proposta contrattuale delineato dall'art. 2 della delibera n. 192/08 incide sicuramente sull'autonomia negoziale delle imprese, ma, da un lato, si tratta di imprese della filiera del gas e pertanto sottoposte al potere regolatorio dell'Autorità, dall'altro, va ribadito che l'autonomia negoziale non è un valore assoluto, ma si piega alle esigenze di utilità sociale ai sensi dell'art.

41 Cost. e nel caso in esame la salvaguardia di interessi generali, come la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, il mantenimento della competitività del sistema, a fronte di una crisi economica internazionale, giustifica l'incidenza sull'autonomia contrattuale dei grossisti.

La compatibilità dell'intervento con le esigenze di tutela dell'autonomia negoziale e dell'affidamento degli operatori della filiera è ancora più evidente se si considera che l'eliminazione della soglia di invarianza si collega, nel sistema della delibera n. 192, alla previsione di strumenti compensativi diretti proprio ad evitare che gli oneri derivanti da tale eliminazione possano restare a carico degli operatori della filiera, sicché la proposta di modifica negoziale prescritta ai sensi dell'art. 2 della deliberazione n. 192 non incide in modo sproporzionato sull'autonomia negoziale degli imprenditori presenti nella filiera del gas.

Né l'irragionevolezza prospettata nel ricorso è configurabile per il fatto che la rinegoziazione sia prevista per i soli contratti all'ingrosso che contengono una soglia di invarianza e non per tutti i contratti all'ingrosso che assumono come parametro di indicizzazione il valore dei prezzi al consumo, come modificati dall'Autorità.

Anche in relazione a questo profilo occorre considerare il sistema complessivo delineato dall'Autorità, non solo con la deliberazione n. 192/08, ma anche con la successiva deliberazione n. 106/09.

Difatti, l'art. 2 della deliberazione n. 106/09 precisa che l'ammissione alla compensazione è subordinata alla circostanza che il venditore all'ingrosso abbia proposto ai propri acquirenti l'eliminazione della soglia di invarianza; ne deriva che una volta adempiuto a tale obbligo l'esercente la vendita all'ingrosso potrà, in presenza delle altre condizioni previste, accedere alla compensazione.

Invero, proprio l'art. 2.1 della deliberazione n. 106/09 consente la compensazione sia che il contratto a monte preveda la soglia di invarianza, sia che non la preveda, in quanto esplicitamente ammette alla compensazione il venditore all'ingrosso che a sua volta sia, alternativamente, "a) ... parte acquirente di un contratto che prevede modalità di aggiornamento delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale con applicazione della clausola di invarianza e non abbia ricevuto, entro i termini di cui al successivo comma 5.1, una proposta coerente con le previsioni dell'articolo 2 della deliberazione ARG/gas 192/08; b) ... parte acquirente di un contratto che non contempla clausole di invarianza".

Ne deriva che la compensazione non presuppone un particolare contenuto del contratto a monte, ma solo l'applicazione dell'art. 2 della delibera n. 192/08 e la permanenza, in conseguenza di ciò, di oneri finanziari in capo al grossista.

Pertanto, l'Autorità per ragioni di equilibrio del sistema del gas ha coerentemente prescritto un obbligo di proposta di modifica contrattuale, per i casi in cui i contratti all'ingrosso contemplino una soglia di invarianza, ma quando ciò non accade si evita comunque che gli oneri derivanti dall'intervento regolatorio gravino sugli operatori all'ingrosso.

Infatti costoro, qualora, in base al concreto meccanismo contrattuale con il quale acquistano all'ingrosso, finiscano col sopportare gli oneri finanziari della eliminazione della soglia di invarianza dai contratti a valle, potranno beneficiare degli strumenti di compensazione predisposti dall'amministrazione, secondo quanto ora indicato.

In via di ulteriore precisazione, va osservato che la formula utilizzata dall'Autorità nel contesto dell'art. 2 della delibera n. 192/08, ove si fa riferimento alla proposta di soppressione di "eventuali clausole che

dispongano la produzione di effetti in conseguenza della disciplina della soglia di invarianza”, è sicuramente involuta, ma va riferita ragionevolmente alle clausole che prevedono una soglia di invarianza o che determinano effetti corrispondenti ad essa.

Tale soluzione ermeneutica emerge dalla lettura delle premesse della delibera n. 192 e dalla relazione tecnica ad essa correlata.

In entrambi i casi l'amministrazione ha esplicitato proprio l'esigenza di fare sì che i venditori all'ingrosso proponessero alle controparti “la soppressione di eventuali clausole contrattuali che prevedono una soglia di invarianza”, pertanto non è dubitabile – contrariamente a quanto dedotto nel ricorso – che le clausole contrattuali a fronte delle quali scatta l'obbligo di proporre la soppressione siano quelle che, a prescindere dal nomen iuris utilizzato, evitano aggiornamenti del prezzo finale in occasione di variazioni di modesta entità, in aumento o in diminuzione, del costo della materia prima.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza delle censure in esame.

3.5) E' fondata la censura con la quale si lamenta che il d.l. 185/2008 prevede l'introduzione di meccanismi di tutela per le famiglie, mentre le misure disposte dalla delibera 192/08 ridondano illegittimamente a vantaggio anche di clienti commerciali o industriali.

Sul punto, va osservato che sicuramente l'eliminazione della soglia di invarianza dai contratti al dettaglio, disposta dalla deliberazione n. 192/08, si traduce in un vantaggio per qualunque cliente finale, compresi i clienti commerciali o industriali, in quanto il provvedimento impugnato non delimita la sua applicazione solo in favore delle famiglie.

Nondimeno, tale assetto finale non soddisfa i parametri fissati dalla Corte di Giustizia con la sentenza 2010 n. C-265/08, perché assimila completamente i clienti commerciali o industriali alle famiglie, senza tenere conto della diversa

situazione in cui esse versano.

La Corte di Giustizia - come già evidenziato - ha individuato i limiti entro i quali l'intervento dell'Autorità può, nel mercato del gas naturale e anche dopo la data del 01.07.2007, incidere sulla determinazione del prezzo di fornitura del gas naturale, riferendosi anche al rispetto del principio di proporzionalità.

Sul punto si è evidenziato come l'esigenza di proporzionalità deve essere valutata anche alla luce dell'ambito di applicazione *ratione personae* del provvedimento e più precisamente dei suoi beneficiari.

Tuttavia, precisa la Corte, qualora la definizione di prezzi di riferimento per la fornitura di gas naturale andasse a vantaggio anche di talune imprese indipendentemente dalle loro dimensioni, "si deve precisare che la direttiva 2003/55 non esclude, in linea di principio, che tali imprese possano del pari beneficiare, in quanto consumatori finali di gas, degli obblighi relativi al servizio pubblico che possono essere decisi dagli Stati membri nell'ambito dell'art. 3, n. 2, di tale direttiva. Il ventiseiesimo considerando di tale direttiva precisa in particolare che le misure adottate dagli Stati membri per proteggere i clienti finali possono variare a seconda dei nuclei familiari e delle piccole e medie imprese. Nondimeno, in tal caso occorrerebbe tener conto, nel valutare la proporzionalità della misura nazionale di cui trattasi, da un lato, del fatto che la situazione delle imprese è diversa da quella dei consumatori domestici, poiché non sono necessariamente gli stessi gli obiettivi perseguiti e gli interessi in gioco, e, d'altro lato, delle differenze oggettive tra le imprese stesse, a seconda delle loro dimensioni"

Muovendo da queste premesse la Corte di Giustizia specifica che "l'esigenza di proporzionalità menzionata in precedenza non sarebbe, in linea di principio, rispettata laddove la definizione di prezzi di riferimento per la

fornitura di gas naturale, come quelli di cui trattasi nelle cause principali, andasse a beneficio, in modo identico, dei privati e delle imprese, in quanto consumatori finali di gas”.

Insomma, la Corte ritiene che la posizione dei clienti finali privati e dei clienti finali imprese non sia assimilabile; pertanto, seppure in linea di principio gli interventi di regolazione dell’Autorità possono tradursi in benefici per tutti i clienti finali, ciò nonostante, il beneficio non può essere identico per privati e imprese, trattandosi di soggetti che versano in condizioni oggettivamente differenti.

Nel caso di specie, l’eliminazione della soglia di invarianza determina un beneficio, in termini di riduzione del prezzo di fornitura al dettaglio, non differenziato a secondo che il cliente finale sia un privato o un’impresa.

La delibera n. 192/08 e in particolare l’art. 1 non differenzia in alcun modo il cliente finale commerciale o industriale, dal cliente finale privato e in particolare dalle famiglie, cui si riferisce l’esigenza di incremento del potere di acquisto posta dal d.l. 185/08, in palese violazione dei richiamati parametri posti dalla Corte di Giustizia.

Ne deriva la fondatezza della censura in esame.

4) Con il secondo motivo la ricorrente lamenta la violazione del d.l. 2008 n. 185, nonché l’eccesso di potere per sviamento dell’azione amministrativa.

In particolare, si sostiene che l’Autorità ha illegittimamente posto a fondamento della deliberazione n. 192/08 anche le previsioni dell’art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. 2008 n. 112, così evidenziando l’intenzione di introdurre un controllo sui margini delle imprese.

La censura è infondata.

Sicuramente la delibera n. 192 cita tra le premesse anche l’articolo 81, commi 16, 17 e 18, del decreto-legge n. 112/08, precisando che tale disciplina ha



posto in capo anche agli operatori del settore del gas naturale una maggiorazione dell'aliquota IRES con il divieto di traslarne l'onere sui prezzi al consumo (divieto di traslazione della maggiorazione d'imposta), attribuendo all'Autorità il compito di vigilare sul rispetto di tale divieto.

Inoltre, il provvedimento cita la deliberazione ARG/com 91/08, il documento per la consultazione 25 settembre 2008 e la deliberazione VIS 109/08, evidenziando che con tali provvedimenti l'A.E.E.G. ha precisato “che l'indebita traslazione può aversi allorché un aumento dei margini operativi lordi per unità di prodotto non sia giustificato da variazioni nella struttura dei costi o da un aumento dell'efficienza; con il richiamato documento per la consultazione sono stati prospettati dei criteri che l'Autorità intende adottare per selezionare casi sintomatici da sottoporre a successive verifiche ed approfondimenti”.

Nondimeno tali richiami non sono sufficienti per ritenere che la deliberazione n. 192/08 sia stata adottata dall'Autorità in esercizio del potere di vigilanza che le è stato attribuito dal d.l. 2008 n. 112 in relazione al divieto di traslazione della maggiorazione di imposta IRES prevista dal decreto medesimo.

In tal senso depone, in primo luogo, la relazione tecnica relativa alla deliberazione 2008 n. 192 (si vedano in particolare i paragrafi 1.9 – 1.10 - 1.11 e 2.1. della relazione, prodotta dall'amministrazione resistente in data 22.09.2010), che, dopo avere ribadito che l'eliminazione della soglia di invarianza integra un intervento dovuto in applicazione del d.l. 2008 n. 185, evidenzia come tale misura sia anche “coerente con le ultime decisioni adottate dall'Autorità al fine di dare attuazione alle previsioni di cui all'art. 81, commi 16, 17 e 18, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112”, in quanto l'A.E.E.G. “nell'adottare le azioni strumentali al proprio compito di

vigilanza” ha precisato (da ultimo con la deliberazione 11 dicembre 2008, VIS 109/08) che “l’indebita traslazione può aversi allorché un aumento dei margini operativi lordi per unità di prodotto non sia giustificato da variazioni nella struttura dei costi o da un aumento dell’efficienza”, specificando che “il mantenimento della soglia di invarianza, soprattutto a fronte della diminuzione dei prezzi di riferimento sub 1.2, potrebbe determinare un incremento dei margini per le imprese non giustificati da variazioni della struttura dei costi o da un aumento dell’efficienza, ponendosi in contrasto con i predetti criteri”.

Ne deriva che il richiamo al d.l. 2008 n. 112, nel contesto della delibera 192/08, non vale ad identificare il potere che l’amministrazione ha esercitato nel caso di specie, ma integra un elemento discorsivo del contesto motivazionale, volto ad evidenziare che l’eliminazione della soglia di invarianza sarebbe coerente con le determinazioni adottate dall’Autorità in esercizio del potere di vigilanza che le è stato attribuito rispetto al divieto di traslazione dell’addizionale IRES, prevista dall’art. 81 del d.l. 2008 n. 112.

Del resto, tali considerazioni sono del tutto coerenti con quanto il Tribunale ha già evidenziato in relazione alla natura del potere di vigilanza conferito all’Autorità con il d.l. 2008 n. 112, precisando che tale potere “non ha una portata regolatoria del mercato, ma meramente “conoscitiva”, nel senso che l’amministrazione può porre in essere un controllo finalizzato all’acquisizione delle informazioni e dei dati necessari alla verifica del rispetto del divieto di traslazione, compiendo le successive valutazioni di ordine tecnico-economico, mentre rimangono estranei a tale funzione interventi diretti a condizionare le scelte gestionali delle società interessate al fine di garantire il rispetto del divieto di traslazione”; in particolare, “il potere di vigilanza non consente all’Autorità di imporre alle imprese interessate un facere specifico

incidente sulle strategie di impresa e sulle scelte gestionali dei singoli operatori economici” (cfr. tra le tante, Tar Lombardia Milano, sez. III, 17 giugno 2009 n. 4052).

Proprio la natura “conoscitiva” del potere conferito all’A.E.E.G. con il d.l. 2008 n. 112 esclude che ad esso possa essere ricondotta la eliminazione della soglia di invarianza e le altre determinazioni contenute nella delibera 192/08, atteso che si tratta di prescrizioni di natura regolatoria, che intervengono in sede di determinazione del livello del prezzo di fornitura del gas naturale e che non ineriscono al compito di vigilanza sul divieto di traslazione della maggiorazione di imposta di cui al d.l. n. 112.

Insomma, l’Autorità nel richiamare la normativa ora indicata ha solo considerato che le determinazioni inerenti all’eliminazione della soglia di invarianza sono, sul piano sistematico, complessivamente coerenti con i criteri elaborati per vigilare sul divieto di traslazione dell’addizionale IRES, ma la valutazione di coerenza non vale a ricondurre al d.l. 2008 n. 112 il potere che l’A.E.E.G. ha esercitato adottando la delibera 2008 n. 192.

Va, pertanto, ribadita l’infondatezza delle censure di cui si tratta.

5) Con il quarto dei motivi proposti nel ricorso principale e con il primo dei motivi articolati nel ricorso per motivi aggiunti - che possono essere trattati congiuntamente perché strettamente connessi sul piano logico giuridico - la società ricorrente deduce la illegittimità del meccanismo di compensazione previsto dalla delibera n. 192/08 e dalla delibera n. 106/09.

In particolare, la ricorrente lamenta, in relazione all’art. 4 della delibera n. 192/08, che: 1) la previsione di un recupero degli oneri su base trimestrale rende inadeguato il sistema di compensazione perché non tiene conto dell’impatto derivante dall’eliminazione della soglia con riferimento all’intero anno, specie considerando che i contratti conclusi dalle imprese di vendita

sono articolati su base annuale; 2) è irragionevole la previsione della delibera n. 192/08 nella parte in cui consente l'accesso al meccanismo compensativo solo agli esercenti la vendita all'ingrosso "per i quali i ricavi di competenza del trimestre non consentano la copertura dei costi".

In relazione, invece, alla delibera n. 106/09 si censura la previsione dell'art. 2 nella parte in cui esclude dalla compensazione "le partite infragruppo".

5.1) Non merita condivisione la censura secondo la quale il recupero degli oneri su base trimestrale non consentirebbe di tenere conto dei costi effettivi sostenuti dagli esercenti, in quanto i costi vanno considerati su base annuale.

Sul punto vale considerare, come chiaramente evidenziato nelle difese proposte dall'avvocatura distrettuale, che dal coordinamento tra la delibera 192/08 e la delibera n. 106/09 emerge che l'Autorità ha inteso valorizzare, in sede di compensazione, proprio i costi sostenuti dagli esercenti su base annuale.

In particolare, l'art. 4 della delibera n. 106/09 nel definire i "Criteri per il riconoscimento degli oneri non altrimenti recuperabili sostenuti dagli esercenti la vendita all'ingrosso", valorizza, al fine della determinazione degli oneri recuperabili, "il costo unitario di competenza del trimestre gennaio – marzo 2009 definiti come costo medio annuo attribuibile al sopraccitato trimestre".

Ne deriva che in sede di compensazione l'amministrazione opera su base trimestrale, ma tenendo conto dei costi sostenuti durante l'anno, che siano, secondo il criterio di competenza, riferibili al trimestre in considerazione.

In altre parole, in ciascun trimestre assume rilevanza ai fini della compensazione quella parte dei costi annui che, per competenza, è riferibile al trimestre in valutazione, sicché il meccanismo compensativo non copre solo i costi del trimestre – come sostenuto nel ricorso – ma i costi annuali

ripartiti per trimestri di competenza.

5.2) Merita condivisione la censura sub 2) con la quale la ricorrente contesta la ragionevolezza dell'art. 4, comma 4.1, della delibera 192/08 nella parte in cui per "le imprese di vendita all'ingrosso" consente la compensazione solo se "i ricavi di competenza del trimestre non consentano la copertura dei costi".

Va osservato che la prescrizione censurata comporta che eventuali oneri sostenuti dalle imprese di vendita per effetto della eliminazione della soglia di invarianza, secondo i diversi meccanismi previsti rispettivamente dall'art. 1 e dall'art. 2 della delibera 192/08, restino a carico delle imprese qualora nel trimestre di riferimento i ricavi di competenza eccedano i costi di competenza, evidenziando la maturazione di un utile nel trimestre.

Si badi che la norma non consente di spostare in avanti il recupero di tali oneri, allocandolo in successivi trimestri caratterizzati dall'eccedenza dei costi sui ricavi e, quindi, dalla emersione di una perdita, sicché gli oneri in questione, non recuperati nel trimestre in cui l'imputazione dei costi e dei ricavi secondo il criterio di competenza ha fatto emergere un utile, restano definitivamente a carico delle imprese esercenti la vendita.

Ne deriva che gli oneri di cui si tratta, restando definitivamente a carico degli esercenti che hanno conseguito un utile, determinano un'oggettiva riduzione dell'utile medesimo, maturato nel trimestre di competenza.

L'effetto concreto della misura è, quindi, quello di trattare diversamente gli esercenti che hanno sopportato degli oneri per effetto della eliminazione della soglia di invarianza, in base al fatto che nel trimestre di competenza abbiano o meno realizzato un utile, escludendo il recupero nel primo caso e consentendolo nel secondo.

Si tratta di una diversità di trattamento non rispondente a criteri di

ragionevolezza e, pertanto, sia contrastante con il divieto di discriminazione, pure valorizzato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee con la citata sentenza 2010 n. C-265/08 in sede di definizione dei limiti entro i quali l'Autorità può incidere sulla determinazione del prezzo di fornitura nel mercato del gas naturale, sia incoerente con gli obiettivi che la legge 1985 n. 481 assegna alla regolazione affidata all'A.E.E.G..

In tal senso assume rilievo la precisazione che la Corte di Giustizia ha svolto in ordine al carattere necessariamente non discriminatorio che deve connotare l'intervento di regolazione dell'Autorità, rimettendo al giudice nazionale di verificare se la definizione di prezzi di riferimento nel mercato del gas naturale debba essere considerata discriminatoria e specificando che la violazione del principio di non discriminazione "si verificherebbe laddove un intervento siffatto conducesse in realtà a fare gravare l'onere finanziario da esso risultante principalmente su talune delle imprese".

E' evidente che, per la parte in esame, il meccanismo di compensazioni predisposto dall'Autorità produce proprio l'effetto precluso dalla normativa comunitaria, in quanto lascia che gli oneri finanziari derivanti dalla soppressione della soglia di invarianza restino a carico di alcuni esercenti, per il solo fatto che in un certo trimestre hanno realizzato un utile.

Né tale discriminazione è coerente con la base normativa interna che supporta la delibera n. 192/08, atteso che il d.l. 2008 n. 185 mira, espressamente, a favorire la promozione dello sviluppo economico e della competitività del Paese, nonché a "sostenere il rilancio produttivo e il finanziamento del sistema economico".

Ora, è evidente che una misura che comprime gli utili delle imprese efficienti, lasciando a carico delle stesse gli oneri derivanti dalla eliminazione della soglia di invarianza, non favorisce lo sviluppo degli esercenti ed, anzi, ne ostacola la

crescita, precludendo che una quota di utile possa essere destinata all'investimento e, quindi, allo sviluppo aziendale.

Più in generale, l'adozione di un meccanismo compensativo che sfavorisce le imprese capaci di produrre utile non è coerente con gli obiettivi che la legge 1995 n. 481 assegna all'intervento regolatorio dell'Autorità.

Sul punto basta ricordare che l'art. 1 della legge n. 481 indica tra le finalità dell'azione dell'Autorità non solo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, ma anche quella di "garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità ... nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività".

Nondimeno, lo strumento compensativo configurato dalla delibera n. 192/08 ha l'effetto di ostacolare la redditività delle imprese, perché le penalizza per il solo fatto di avere conseguito un utile, senza che l'obiettivo di tutela degli interessi dei clienti finali - sotteso alla logica del d.l. 2008 n. 185 - renda indefettibile tale risultato.

Inoltre, la misura non favorisce lo sviluppo di un mercato concorrenziale, perché finisce col gravare finanziariamente sulle imprese capaci di produrre utile, ossia su soggetti in grado di rimanere nel mercato perché capaci di sviluppare un'efficiente attività economica.

In definitiva, l'esclusione dalla compensazione delle imprese che nel trimestre di competenza hanno conseguito ricavi in misura eccedente i costi contrasta con il divieto di discriminazione e con i parametri che, in base alla legge 1995 n. 481, delimitano gli obiettivi dell'intervento regolatorio dell'Autorità, con conseguente fondatezza della censura in esame.

5.3) E' fondata anche la terza delle censure in esame, con la quale la ricorrente contesta l'art. 2 della deliberazione n. 106/09 nella parte in cui

esclude dalla compensazione le partite infragruppo.

In via preliminare vale precisare - in considerazione di quanto sottoposto dal Tribunale all'attenzione delle parti durante l'udienza pubblica - che l'esclusione dalla compensazione delle partite in questione è genericamente prevista anche dalla deliberazione n. 192/08, non impugnata sul punto dalla ricorrente, ma ciò non comporta l'inammissibilità della censura in esame.

Invero, l'art. 4, comma 4.1, della delibera 192/08 si limita ad escludere dalla compensazione "le partite infragruppo", senza altre limitazioni, demandando ad una successiva deliberazione la definizione del sistema di compensazione.

La disposizione ora citata, per la sua genericità, non è dotata di immediata attitudine lesiva e pertanto non è suscettibile di immediata applicazione.

Diversamente accade per le previsioni dell'art. 2 della deliberazione n. 106/09, ove si stabilisce: 1) comma 2.2: "Per l'ammissione alla compensazione ciascun esercente la vendita all'ingrosso deve aver adempiuto all'articolo 2 della deliberazione ARG/gas 192/08 con riferimento a tutti i contratti di cui è parte venditrice, escluse le partite infragruppo"; 2) comma 2.3. "Dalla compensazione sono comunque esclusi i contratti o i quantitativi relativi alle partite infragruppo".

La delibera n. 106/09, dichiaratamente attuativa della deliberazione n. 192/08, ha specificato che "comunque" sono esclusi dalla compensazione i contratti o i quantitativi inerenti a partite infragruppo, sicché l'Autorità, in sede di definizione del sistema di compensazione, ha riferito l'esclusione a qualunque partita infragruppo.

Questa disposizione comporta con certezza che le imprese appartenenti ad un determinato gruppo, nell'ambito del quale hanno concluso contratti di fornitura del gas sottoposti alla disciplina della deliberazione n. 192/08, non possono chiedere la compensazione delle relative partite infragruppo.



Emerge così l'immediata attitudine lesiva della indicata previsione dell'art. 2, commi 2.2 e 2.3 della deliberazione 106/09, la cui impugnazione con il ricorso per motivi aggiunti è, pertanto, ammissibile.

La ricorrente sostiene, con argomentazioni condivisibili, l'irragionevolezza della esclusione, in ogni caso, dalla compensazione delle partite infragruppo, neppure accompagnata dalla specificazione delle ragioni di tale esclusione.

In effetti, la ratio della compensazione prevista dall'Autorità è quella di evitare che gli oneri derivanti dalla eliminazione della soglia di invarianza dai contratti al dettaglio e dai contratti all'ingrosso, secondo il meccanismo della proposta di modifica negoziale ai sensi dell'art. 2 della deliberazione n. 192/08, resti definitivamente a carico degli operatori della filiera del gas.

Pertanto, l'esclusione dalla compensazione di determinate partite è ragionevole nella misura in cui esse, per loro natura, impediscono che gli oneri correlati all'eliminazione della soglia di invarianza possano restare in capo agli operatori del settore, cui si riferiscono tali partite.

A tal fine è necessario che l'Autorità espliciti le ragioni tecniche dell'esclusione, o che, comunque, in considerazione della natura generale degli atti di cui si tratta con conseguente esclusione dell'obbligo di puntuale motivazione ai sensi dell'art. 3 della legge 1990 n. 241, tali ragioni emergano dalla documentazione tecnica correlata alla deliberazione o dagli atti istruttori. Diversamente opinando, l'esclusione di certe partite non sarebbe espressiva di valutazioni tecnico discrezionali dell'Autorità, ma di scelte del tutto arbitrarie e, pertanto, illegittime, perché non riconducibili ai poteri regolatori di cui è investita l'A.E.E.G..

Nel caso di specie né gli atti impugnati, né la relativa relazione tecnica, né la documentazione versata in atti consentono di percepire la ratio sottesa all'indiscriminata esclusione dalla compensazione di tutte le partite

infragruppo.

L'incoerenza è ancora più evidente se si considera che la delibera n. 106/09 dà atto nelle premesse che dalle osservazioni al DCO n. 14/09, prodromico alla deliberazione n. 106, emergeva il generale dissenso degli operatori rispetto alla possibilità di escludere le partite infragruppo dal meccanismo compensativo degli oneri non altrimenti recuperabili.

Ciò nonostante la scelta compiuta dall'amministrazione non è supportata da alcuna giustificazione.

D'altro canto, neppure l'Avvocatura distrettuale ha offerto concreti elementi sul punto, limitandosi ad osservare che l'esclusione si giustifica "perché la compravendita di gas tra imprese del medesimo gruppo societario potrebbe avvenire a prezzi differenti da quelli di mercato, rispondendo piuttosto a logiche di gruppo dettate ad esempio da esigenze fiscali. La disposta esclusione delle partite infragruppo scongiura dunque il rischio che la compensazione copra costi non di mercato".

A ben vedere, anzi, le argomentazioni difensive - connotate da evidente genericità - lasciano intendere che la compravendita di gas tra imprese del medesimo gruppo societario potrebbe avvenire a prezzi di mercato, esattamente come per le compravendite extragruppo, così evidenziando ulteriormente l'illogicità della indiscriminata esclusione dalla compensazione di qualunque partita infragruppo.

In definitiva, la generale ed indiscriminata esclusione dalla compensazione di tutte le partite infragruppo, ivi comprese situazioni in cui, in relazione a fattori oggettivamente riscontrabili, risulti che gli operatori hanno tenuto comportamenti virtuosi non alterati da vincoli infragruppo, integra una determinazione affatto generica, non supportata da giustificazioni tecniche che la rendano coerente con le finalità dell'intervento regolatorio posto in

essere dall'Autorità con le delibere n. 192/08 e n. 106/09, con conseguente fondatezza della censura in esame.

6) Le ulteriori censure articolate nel ricorso per motivi aggiunti consistono nella deduzione dell'illegittimità derivata dalla deliberazione n. 192/08.

Sul punto va osservato che la delibera n. 106/09 disciplina proprio la compensazione degli oneri non altrimenti deducibili, quindi è collegata da una relazione di presupposizione alla delibera n. 192/08, sicché i vizi già riscontrati in relazione a tale provvedimento si riverberano sulla delibera n. 106/09, con conseguente fondatezza, in parte qua, della censura di illegittimità derivata.

7) In definitiva il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti sono parzialmente fondati e devono essere accolti nei limiti di quanto esposto in motivazione.

La particolare complessità delle questioni trattate consente di ravvisare giusti motivi per compensare tra le parti le spese della lite.

P.Q.M.

#### **Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza)**

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

1) accoglie in parte il ricorso principale e per l'effetto annulla parzialmente, nei limiti di quanto esposto in motivazione, la deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas n. ARG/gas 192/08, datata 19.12.2008 ;

2) accoglie in parte il ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto annulla parzialmente, nei limiti di quanto esposto in motivazione, la deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas n. ARG/gas 106/09, datata 30.07.2009;

3) compensa tra le parti le spese della lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2010 con  
l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Referendario

Fabrizio Fornataro, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/10/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Addi' \_\_\_\_\_ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

IL FUNZIONARIO