

N. R.G. 18337/2018



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA

SEZIONE XVII CIVILE

SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA DI IMPRESA

Il Tribunale, in composizione collegiale, composto dai seguenti magistrati:

dr. Claudia PEDRELLI – Presidente

dr. Fausto BASILE – Giudice

dr. Tommaso MARTUCCI – Giudice *relatore*

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nel procedimento civile di I grado iscritto al n. **18337/2018** del Ruolo Generale degli Affari Civili, posto in deliberazione all'udienza di discussione orale del 14/1/2022 e promosso da:

GALA S.p.A. con sede in Roma, via Savoia 43/47, (C.F. 06832931007), in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante *pro-tempore*, Ing. Filippo Tortoriello, rappresentata e difesa, come da mandato in calce all'atto di citazione, dagli Avv.ti Prof. Andrea Di Porto, Rino Caiazza, Davide Perrotta e Prof. Federico Tedeschini ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo sito in Roma, Via G.B. Martini n. 13

ATTRICE

contro

ENEL S.P.A. con sede legale in Roma, viale Regina Margherita n. 137 (C.F. e n. REA 00811720580, P.I. 00934061003), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Avv. Giuseppe Conti, giusta procura per Notaio Nicola Atlante di Roma, del 24.07.2017, Rep. N. 54886, Racc. n. 2754, rappresentata e difesa, giusta procura allegata alla comparsa di risposta, dal Prof. Avv. Vincenzo Meli ed elettivamente domiciliata, ai fini del presente giudizio, presso lo studio legale del medesimo, in Roma, viale dell'Università n. 27



ENEL ENERGIA S.p.A., società a socio unico soggetta all'attività di direzione e coordinamento di ENEL SPA, con sede legale in Roma, viale Regina Margherita n 125, (C.F. ed iscrizione nel Registro delle Imprese di Roma n. 06655971007, REA 1150724), in persona del suo procuratore Avv. Maurizio Russo, in virtù dei poteri al medesimo conferiti con atto a rogito Notaio Nicola Atlante di Roma del 23.01.2017, rep. 53644, racc 26859 – rappresentata e difesa dall'avv. prof. Vincenzo Meli Massimiliano Cesare, con studio in Napoli alla Piazza Giulio Rodinò n. 18 – giusta procura in calce alla comparsa di risposta ed elettivamente domiciliata in Roma, via C. Ferrero di Cambiano n. 82 presso lo studio del prof. Saverio Ruperto

E-DISTRIBUZIONE S.p.A. con sede in Roma, via Ombrone n. 2, (C.F. e P. IVA 05779711000, REA n. 922436), in persona dell'amministratore delegato pro tempore dott. Vincenzo Ranieri, rappresentata e difesa unitamente e disgiuntamente dagli avvocati prof. Antonio Briguglio, Roberto Vaccarella e Tiziana Tosti ed elettivamente domiciliata presso lo studio dei primi due sito in Roma, via Michele Mercati n. 51, giusta procura a margine della comparsa di risposta

CONVENUTE

nonché

CASSA PER I SERVIZI ENERGETICI E AMBIENTALI, (C.F. 80198650584), in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è elettivamente domicilia *ope legis* in Roma, Via dei Portoghesi n. 12

GESTORE DEI SERVIZI ENERGETICI - GSE - S.p.A., in persona del Direttore della Direzione Affari Legali e Societari, Avv. Vinicio Mosè Vigilante, in virtù dei poteri a lui conferiti giusta procura del Notaio Dott. Alfredo Maria Becchetti - Rep. 24823, Racc. 11658 -, con sede legale in Roma, Viale Maresciallo Pilsudski n. 92 (C.F. e P.IVA 05754381001), rappresentata e difesa, come da procura in calce alla comparsa di risposta, anche disgiuntamente tra loro, dagli Avv.ti Sergio Fidanzia, Angelo Gigliola ed Antonio Pugliese, elettivamente domiciliata presso lo studio dei primi due di loro sito in Roma, piazzale delle Belle Arti n. 6

TERZE CHIAMATE

SIDRA S.p.A. (P. IVA 03291390874), iscritta nel Registro delle imprese di Catania al n. 166986/1996 e nel REA di Catania al n. 206359, con sede legale in Catania (CT), via Gustavo Vagliasindi n. 53, in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante pro tempore, Prof. Fabio Fatuzzo, elettivamente domiciliata in Catania, via Ronchi, 12, presso lo studio dell'avv. Valerio Scelfo, (C.F. SCL VLR 69M25 C351B), che la



rappresenta e difende giusta procura depositata telematicamente in allegato alla comparsa di intervento

INTERVENUTA

OGGETTO: antitrust – abuso di posizione dominante

CONCLUSIONI:

per la parte attrice: “Voglia l’Ill.mo Tribunale adito, contrariis reiectis, per i motivi esposti in narrativa, previa ogni opportuna e occorrenda pronuncia, anche in via incidentale:

1. accertare e dichiarare:

(a) la nullità degli artt. 6, 11 e 22 del contratto di trasporto concluso tra EDistribuzione S.p.a. e Gala S.p.a. in data 4 dicembre 2007, per abuso di dipendenza economica, in relazione al carattere ingiustificatamente gravoso delle condizioni contrattuali ivi contenute, ai sensi e per gli effetti dell’art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 e s.m. (cfr., supra, § D.II);

(b) la nullità degli artt. 6, 11 e 22 del suddetto contratto di trasporto, sempre per abuso di dipendenza economica, ma in relazione al carattere ingiustificatamente discriminatorio delle condizioni contrattuali ivi contenute, ai sensi e per gli effetti dell’art. 9 della stessa legge 18 giugno 1998, n. 192 e s.m. (cfr., supra, § D.III);

(c) la nullità degli artt. 6, 11 e 22 del medesimo contratto di trasporto per abuso di posizione dominante, in relazione al carattere non equo delle condizioni contrattuali ivi contenute e/o alla natura di ingiustificate prestazioni supplementari che le stesse condizioni contrattuali impongono, ai sensi e per gli effetti degli artt. 102, lettere a e d, TFUE e 3, lettere a e d, legge 10 ottobre 1990 n. 287 e s.m., in combinato disposto con l’art. 1418 c.c. (cfr., supra, § D.IV);

2. per effetto degli accertamenti di cui sopra (o anche solo di uno di essi):

(a) ordinare a E-Distribuzione S.p.a. la restituzione degli oneri generali di sistema corrisposti da Gala S.p.a., in costanza di rapporto, ma non incassati dai clienti finali, che ammontano ad una somma non inferiore ad euro 7.936.208,37, ma che ci si riserva comunque di meglio quantificare in corso di causa (cfr., supra, § D.V, lett. a);

(b) dichiarare non dovuti gli ulteriori oneri generali di sistema che Gala S.p.a. non ha incassato dai clienti finali e che, quindi, non ha corrisposto a E-Distribuzione S.p.a., nonostante quest’ultima glieli avesse richiesti, che ammontano ad una somma non inferiore ad euro 71.450.000,00, ma che ci si riserva comunque di meglio quantificare in corso di causa (cfr., supra, § D.V, lett. b);

(c) condannare E-Distribuzione S.p.a. a risarcire Gala S.p.a. di tutti i danni corrispondenti agli esborsi (e alla corrispondente privazione economica di risorse, che avrebbero potuto essere utilizzate nel proprio core business o in altre attività) che la stessa Gala S.p.a. ha dovuto sostenere in costanza di rapporto per far fronte alle illegittime ‘anticipazioni’ degli oneri generali di sistema, che ammontano ad una somma complessiva non inferiore ad euro 40.719.125,00, ma che ci si riserva comunque di meglio quantificare in corso di causa (cfr., supra, § D.V, lett. c);

3. inoltre, per effetto degli accertamenti di cui al precedente punto 1 (o anche solo di uno di essi) e/o, in alternativa, per effetto dell’accertamento dell’inadempimento di EDistribuzione S.p.a. al principio generale di buona fede nella fase finale del rapporto:

(a) accertare e dichiarare l’invalidità della dichiarazione di risoluzione del più volte citato contratto di trasporto comunicata a Gala S.p.a. il 24 giugno 2017 e/o l’illegittimità e/o l’inefficacia della stessa risoluzione (cfr. supra, § D.VI);

(b) e per l’effetto, condannare E-Distribuzione S.p.a. a risarcire Gala S.p.a. di tutti i danni dalla stessa subiti, che ammontano ad una complessiva somma non inferiore ad euro 797.777.262,17, ma che ci si riserva comunque, anche in questo caso, di meglio quantificare in corso di causa (cfr., supra, § D.VII);

4. infine, accertare e dichiarare che i comportamenti posti in essere dalle società convenute costituiscono atti di concorrenza sleale vietati dall’art. 2598, n. 3 c.c. (cfr., supra, § D.VIII)

e, per l’effetto:



(a) disporre tutti gli opportuni provvedimenti affinché possano essere eliminati gli effetti, ancora in corso e ancora emendabili, del comportamento illecito delle società convenute, ivi compresi la pubblicazione dell'emananda sentenza, nonché l'invio di una comunicazione a tutti gli (ex)clienti di Gala S.p.a., a cura e spese delle predette società convenute, per tentare di elidere, quanto meno nei loro confronti, il gravissimo danno all'immagine subito dalla stessa Gala S.p.a.; (b) condannare le società convenute, in solido tra loro, a risarcire Gala S.p.a. tutti i danni dalla stessa subiti, da parametrarsi all'illecito vantaggio concorrenziale scorrettamente acquisito dalle società del Gruppo Enel, a scapito di Gala S.p.a., che ammontano ad una somma non inferiore a 10.200.549,00, ma che ci si riserva comunque, ancora una volta, di meglio quantificare in corso di causa.

Con vittoria di spese diritti e compensi, oltre IVA e CPA come per legge, oltre accessori”

per E-Distribuzione S.p.A.: “CHIEDE

a) che codesto Ill.mo Tribunale voglia rigettare tutte le domande di parte attrice in quanto infondate.

b) Si chiede inoltre di essere autorizzati previamente alla chiamata in causa ex art. 106 e 269 c.p.c. del Gestore del Servizio Elettrico GSE s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in Roma, viale Maresciallo Pilsudski n. 92, nonché della Cassa per i Servizi Energetici e Ambientali (CSEA), in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in Roma, via Cesare Beccaria 94/96, affinché, in subordine rispetto alle conclusioni di cui sopra:

b.1) – nella denegata ipotesi in cui e-distribuzione sia dichiarata tenuta alla in favore di Gala delle somme da quest'ultima versate a titolo di oneri generali di sistema non riscossi dai clienti finali, oltre accessori, il GSE e la CSEA siano condannati al pagamento immediato e diretto in favore di Gala di tutte tali somme (non facendosi dunque luogo ad alcuna condanna a carico di e-distribuzione), ovvero in via ulteriormente subordinata affinché:

– nella denegata ipotesi in cui e-distribuzione sia condannata alla restituzione in favore di Gala delle somme da quest'ultima versate a titolo di oneri generali di sistema non riscossi dai clienti finali, oltre accessori, il GSE e la CSEA siano condannati a rimborsare a e-distribuzione tutte le somme che a quel titolo dovrà restituire a Gala.

b.2) nella denegata ipotesi in cui siano dichiarati non dovuti in favore di edistribuzione gli importi relativi agli oneri generali di sistema che Gala non ha incassato dai clienti finali (domanda di cui al punto 2 lett. b delle conclusioni di Gala), condannare il GSE e la CSEA a restituire a edistribuzione – fino a concorrenza di quanto sia accertato come non dovuto da Gala a e-distribuzione - le somme che quest'ultima ha comunque loro versato nonostante tali somme non siano state versate da Gala a edistribuzione;

b.3) nella denegata ipotesi in cui e-distribuzione sia condannata a risarcire Gala i danni corrispondenti agli esborsi dovuti alle anticipazioni degli importi per gli oneri generali di sistema (domanda di cui al punto 2 lett. c delle conclusioni di Gala), condannare GSE e CSEA a manlevare e tenere indenne e-distribuzione rispetto a tutte le somme che a qualunque titolo quest'ultima dovesse essere condannata a versare a Gala. c) In ogni caso, in accoglimento delle domande riconvenzionali (di cui in narrativa al cap. X) che l'Ill.mo Tribunale:

c.1) condannare Gala S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore al pagamento (per le causali di cui al punto X-2 della narrativa) in favore di e-distribuzione dell'importo di € 312.005.555,35 (trecentododicimilionicinquemilacinquecentocinquantacinque/35) oltre interessi e rivalutazione, ovvero della somma maggiore o minore che dovesse essere accertata in corso di causa;

c.2) nella denegata e non creduta ipotesi in cui per qualunque motivo dovesse ritenersi invalida e/o comunque inefficace l'avvenuta risoluzione del contratto così come intimata e comunicata a Gala da e-distribuzione, accerti e dichiarare risolto il contratto di trasporto del 4.12.2007 ai sensi dell'art. 1453 c.c. o comunque ex art. 1456 c.c. per le ragioni di cui in narrativa.

Il tutto con vittoria di spese, competenze, onorari di lite oltre al rimborso delle spese generali, nonché ulteriore condanna di parte attrice ex art. 96, c. I o comunque c. III c.p.c. nella misura che l'Ill.mo Tribunale riterrà ragionevole ed equa”



per ENEL S.p.A.: “Voglia codesto ecc.mo Tribunale respingere ogni domanda formulata da GALA s.p.a., in quanto inammissibile e infondata ed in ogni caso non provata. Con vittoria integrale di spese e compensi e con l’ulteriore condanna dell’attrice al pagamento, a favore della convenuta, di una somma equitativamente determinata, ai sensi dell’art. 96, c. 3, c.p.c.”

per ENEL Energia S.p.A.: “Per tali motivi, Enel Energia spa alla luce di tutto quanto dedotto ed eccepito chiede l’Adito Tribunale voglia accogliere le seguenti conclusioni:
- dichiarare inammissibili e in via gradata comunque infondate le domande proposte da GALA spa nei confronti della comparente Enel Energia spa e per l’effetto rigettarle.
Con condanna dell’attrice al pagamento delle spese e competenze di lite”

per Cassa per i Servizi Energetici e Ambientali: “Voglia l’On.le Tribunale Civile di Roma adito, contrariis reiectis, così giudicare e disporre:
- in via preliminare in rito, dichiarare l’inammissibilità della chiamata in causa della società Gestore dei Servizi Energetici - GSE - S.p.A. per l’insussistenza dei presupposti di cui all’articolo 106 c.p.c.;
- in ogni caso nel merito, rigettare le domande di condanna formulate dalla società E-Distribuzione S.p.A. nei confronti della società Gestore dei Servizi Energetici - GSE - S.p.A. in quanto infondate in fatto ed in diritto;
- in subordine nel merito, rigettare tutte le domande proposte da Gala S.p.A. nei confronti da E-Distribuzione S.p.A., per quanto di specifico interesse della società Gestore dei Servizi Energetici - GSE - S.p.A., con riguardo alle somme dovute dalla società Gala S.p.A. alla società E-Distribuzione S.p.A. a titolo di componente tariffaria A3 non riscossa dai clienti finali, oltre accessori.
Con ogni consequenziale pronuncia di legge e con vittoria di spese ed onorari di giudizio”

per Gestore dei Servizi Energetici – GSE – S.p.A.: “Voglia l’on.le Tribunale Civile di Roma adito, contrariis reiectis, così giudicare e disporre:
- in via preliminare in rito, dichiarare l’inammissibilità della chiamata in causa della società Gestore dei Servizi Energetici - GSE - SpA per l’insussistenza dei presupposti di cui all’articolo 106 c.p.c.; - in ogni caso nel merito, rigettare le domande di condanna formulate dalla società E-Distribuzione SpA nei confronti della società Gestore dei Servizi Energetici - GSE - SpA in quanto infondate in fatto ed in diritto;
- in subordine nel merito, rigettare tutte le domande proposte da Gala S.p.A. nei confronti da E-Distribuzione S.p.A., per quanto di specifico interesse della società Gestore dei Servizi Energetici - GSE - SpA, con riguardo alle somme dovute dalla società Gala S.p.A. alla società E-Distribuzione S.p.A. a titolo di componente tariffaria A3 non riscossa dai clienti finali, oltre accessori.
Con ogni consequenziale pronuncia di legge e con vittoria di spese ed onorari di giudizio”

per Sidra S.p.A.: “CHIEDE che il Tribunale decida secondo giustizia”

MOTIVI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione notificato in data 5/3/2018 la S.p.A. Gala, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, conveniva in giudizio avanti all’istituto Tribunale le società E-Distribuzione S.p.A., ENEL S.p.A. ed ENEL Energia S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, chiedendo accertarsi la nullità degli artt. 6, 11 e 22 del contratto di trasporto di energia elettrica *inter partes* per violazione dell’art. 9 L. n. 192/1998 in quanto



eccessivamente gravosi e discriminatori, nonché degli artt. 102, lettere a) e d) TFUE e 3, lett. a) e d) L. n. 287/1990, perché conseguenza di abuso di posizione dominante da parte della S.p.A. E-Distribuzione e, per l'effetto, ordinare a quest'ultima la restituzione degli oneri di sistema corrisposti nelle more del rapporto, pari a complessivi € 7.936.208,37 e dichiarare non dovuti per il futuro gli oneri di sistema non riscossi dai clienti finali, con declaratoria di illegittimità della risoluzione intimata dalla controparte e con condanna della S.p.A. E-Distribuzione al risarcimento dei danni subiti a causa della illegittima risoluzione del rapporto *inter partes*. L'attrice chiedeva, altresì, accertarsi e dichiararsi il compimento di plurimi atti di concorrenza sleale da parte delle convenute, di cui chiedeva ordinarne l'immediata cessazione, con condanna di queste ultime al risarcimento dei danni.

L'attrice, premesso di essere uno dei venditori - c.d. *traders* - attivi nel mercato della vendita di energia elettrica a clienti residenziali in concorrenza con gli altri operatori del settore, tra cui ENEL Energia S.p.A., deduceva di essere stata sostanzialmente estromessa dal mercato della vendita di energia elettrica a causa di gravi e reiterate condotte abusive perpetrate in suo danno dalle società facenti parte del Gruppo ENEL, che controllava l'intera filiera dell'energia elettrica, segnatamente la produzione (attraverso ENEL Produzione), la distribuzione (tramite E-Distribuzione S.p.A.) e la vendita (mediante la S.p.A. ENEL Energia ed altre società da questa controllate) anche in seguito alla liberalizzazione del settore per effetto dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 79/1999, posizione che consentiva alle controparti di imporre agli altri *traders* di energia elettrica condizioni contrattuali talmente onerose da impedirne la permanenza sul mercato.

Nel caso specifico, secondo la prospettazione attorea, l'abuso di posizione dominante e la condotta anticoncorrenziale delle società del Gruppo ENEL si era spinta fino alla risoluzione del contratto di distribuzione stipulato dalla S.p.A. Gala con la S.p.A. E-Distribuzione, quale ritorsione per avere l'odierna attrice chiesto l'applicazione dei principi di diritto predicati da plurimi arresti della giurisprudenza amministrativa.

Alla risoluzione, nel 2017, del contratto di distribuzione di energia elettrica stipulato tra l'attrice e la S.p.A. E-Distribuzione era seguito, in base a quanto evidenziato dalla S.p.A. Gala, l'azzeramento del portafoglio di clienti dell'attrice, pari al 98% del totale, con il transito della gran parte di loro, circa il 78%, alla S.p.A. ENEL e alle altre società da questa controllate, che catalizzano gli utenti che dal mercato libero mercato vengono ricollocati automaticamente nel "Servizio di maggior tutela" o nel "Servizio di salvaguardia", il cui fornitore/venditore di energia



è, appunto, in massima parte gestito da società appartenenti al Gruppo ENEL, che ha avuto un aumento della propria clientela per effetto della risoluzione del suddetto contratto, con azzeramento dell'immagine commerciale dell'attrice, che da quarto operatore nazionale per la vendita di energia elettrica del mercato libero, quotato sul mercato Aim di Borsa Italiana, con *rating* di legalità 2 stelle + e con un fatturato di oltre 1,5 miliardi di euro, era stata costretta a ricorrere alla procedura concordataria.

La S.p.A. Gala esponeva che, per il servizio di trasporto (distribuzione), il venditore era tenuto al pagamento di un corrispettivo propriamente detto, determinato secondo le indicazioni tariffarie dell'Autorità del settore (ora ARERA), che concorre a determinare l'importo della bolletta del cliente finale unitamente ai costi dei servizi di vendita (materia prima, commercializzazione e vendita), alle imposte e ai c.d. oneri generali di sistema, evidenziando che attraverso l'integrale addebito di quest'ultima voce di costo al *trader* a prescindere dalla sua riscossione dal cliente finale si era perpetrata la condotta abusiva della controparte.

Deduceva, in particolare, l'attrice:

- che gli oneri generali di sistema, sebbene fatturati dal distributori al *trader*, a differenza del corrispettivo del servizio di trasporto, non sono causalmente ricollegabili al rapporto sinallagmatico tra distributore e venditore di energia elettrica, avendo natura "parafiscale", in quanto sono destinati alla copertura di costi per attività di interesse generale per il sistema elettrico nazionale e, per espressa disposizione della legge che li ha istituiti (art. 3 D.Lgs. 16 marzo 1999, n.79 e art.39, comma 3, D.L. 83/212 conv. in L.134/2012), sono a carico dei clienti finali;
- che trattasi di oneri che la legge espressamente pone a carico dei clienti finali, in quanto volti a finanziare attività di interesse generale e che, dunque, il venditore al dettaglio è tenuto a riversare al distributore, affinché a sua volta li corrisponda alla Cassa per i servizi energetici ambientali o alla S.p.A. GSE;
- che la giurisprudenza amministrativa aveva statuito che "l'imposizione ai "traders" di prestare garanzie alle imprese distributrici di energia elettrica, ovvero di fare gravare su di essi l'inadempimento degli utenti, è foriera di asimmetria contrattuale, di squilibrio del rapporto, onerando la parte debole della catena distributiva di un rischio improprio e del peso economico conseguente, in violazione dei principi di logicità, proporzionalità e adeguatezza", conseguente illegittimità della risoluzione del contratto di distribuzione per il mancato versamento degli oneri di sistema (cfr. Cons. di Stato n. 5619 del 30/11/2017);



- che la presente azione era volta alla ripetizione delle somme indebitamente corrisposte dall'attrice alla S.p.A. E-Distribuzione a titolo di oneri di sistema elettrico maturati a carico dei clienti finali Tradecom S.p.A. e So.Ri.Cal. S.r.l. e da questi non corrisposti, per complessivi € 7.936.208,37;
- che la S.p.A. E-Distribuzione, detentrica di una quota del mercato di distribuzione, in termini di volumi distribuiti, pari all'85% del totale, abusando della posizione dominante detenuta sul mercato rilevante, come accertato con provvedimento dell'AGCM n. 17071 del 19/7/2007, aveva imposto alla S.p.A. Gala di prestare garanzia anche per gli oneri di sistema posti a carico degli utenti finali, nonostante le pronunce giurisdizionali sopra citate;
- che il contratto di distribuzione era stato stipulato dall'attrice con la S.p.A. E-Distribuzione con adesione alle condizioni predisposte ed imposte da quest'ultima, stante la necessità per il *trader* di fruire del servizio di distribuzione dell'energia elettrica;
- che, in particolare, la società di distribuzione le aveva imposto le seguenti condizioni generali di contratto: art. 11 (Fatturazione), secondo cui la S.p.A. E-Distribuzione fattura al venditore di energia al dettaglio, oltre ai corrispettivi previsti per il servizio di trasporto, anche gli oneri generali di sistema, a prescindere se siano stati incassati, l'art. 6, che impone al *trader* di garantire anche il pagamento degli oneri generali di sistema da parte dell'utente finale e l'art. 22, che prevede la facoltà per il distributore di risolvere il contratto in caso di mancato pagamento o di mancata prestazione di garanzia da parte del *trader* per gli oneri generali di sistema;
- che gli obblighi di pagamento degli oneri generali di sistema e di garanzia imposti al *trader* erano insuscettibili di modifica anche in presenza di un netto incremento della incidenza dei relativi costi sul totale del prezzo di distribuzione di energia elettrica, senza tener conto che fino al 2015 era previsto a vantaggio dei distributori un 'aggio' (come precisato dalla stessa AEEGSI) "a titolo di copertura del rischio di inesigibilità" degli oneri di sistema, pari "allo 0,5% di quanto fatturato";
- che tali condizioni contrattuali, imposte a tutti i venditori di energia elettrica, aveva provocato l'uscita dal mercato di altri *traders* e all'apertura di un cospicuo contenzioso, tra cui quello introdotto dalla società Metaenergia S.p.A., definito in sede cautelare dal Tribunale di Roma con ordinanza del 24/10/2013, con cui era stata ritenuta iniqua ed illegittima, in quanto l'effetto dell'abuso di posizione dominante, la clausola contrattuale che prevedeva il *passing on* del rischio di insolvenza dell'utente finale nel pagamento degli oneri generali di sistema dai



distributori di energia elettrica ai venditori, pur trattandosi di voci non riconducibili al servizio di trasporto di energia elettrica, in quanto collegati all'attività di impresa dei produttori;

- che, nonostante la citata pronuncia giurisprudenziale, l'AEEGSI, con la delibera n. 612/2013/R/eel, aveva imposto ai venditori l'obbligo di garantire il pagamento degli oneri generali di sistema da parte degli utenti finali e tale delibera era stata integrata dall'art. 32.1 delle condizioni generali del contratto di distribuzione;

- che, nelle more del procedimento amministrativo di impugnazione della deliberazione sopra citata, l'AEEGSI, in data 4/6/2015, con delibera n. 268/2015/R/eel, aveva adottato il "Codice di rete tipo per il servizio di trasporto dell'energia elettrica", con cui aveva previsto l'obbligo per i *traders* di garantire il pagamento degli oneri generali sistema in caso di insolvenza degli utenti finali;

- che la citata delibera n. 612/2013/R/eel era stata annullata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2182 del 24/5/2016, mentre la delibera n. 268/2015/R/eel, recante il "Codice di rete tipo per il servizio di trasporto dell'energia elettrica", era stata annullata dal TAR Lombardia con sentenza n. 244 del 31/1/2017: con entrambe le citate sentenze i giudici amministrativi avevano evidenziato che l'obbligo di pagamento degli oneri generali di sistema gravava sugli utenti finali e che l'AEEGSI era priva del potere di eterointegrazione dei contratti di distribuzione;

- che, nonostante le citate pronunce della giustizia amministrativa, la S.p.A. E-Distribuzione, in data 10/2/2017, aveva diffidato l'odierna attrice ad adempiere all'adeguamento della garanzia all'ammontare complessivo degli oneri generali di sistema, pretesa cui si era opposta quest'ultima, che aveva proposto un piano di modifica delle condizioni contrattuali per adeguarle alle decisioni del giudice amministrativo, al fine di pervenire ad un regime in cui il venditore avrebbe dovuto rifondere al distributore i soli oneri di sistema effettivamente riscossi dagli utenti finali, eventualmente mediante un resoconto certificato di un soggetto terzo;

- che la controparte si era opposta a qualsiasi ipotesi di accordo, giovandosi della delibera dell'ARERA n. 109/2017/R/eel del 3/3/2017, che, violando il *decisum* giurisdizionale, aveva nuovamente affermato l'obbligo dei *traders* di farsi carico degli oneri generali di sistema, ancorché non incassati, provvedimento poi sospeso con ordinanza del Consiglio di Stato n. 2275 del 29/5/2017;

- che il 24/6/2017 la S.p.A. E-Distribuzione aveva dichiarato la risoluzione del contratto di distribuzione, nonostante che la controparte avesse pagato oltre € 11.000.000 a titolo di oneri di sistema e nonostante che il massimo organo di giustizia amministrativa avesse predicato che



“l'imposizione ai “traders” di prestare garanzie alle imprese distributrici di energia elettrica, ovvero di fare gravare su di essi l'inadempimento degli utenti, è foriera di asimmetria contrattuale, di squilibrio del rapporto, onerando la parte debole della catena distributiva di un rischio improprio e del peso economico conseguente, in violazione dei principi di logicità, proporzionalità e adeguatezza” (cfr. Cons. di Stato n. 5619/2017);

- che alla risoluzione del contratto era conseguita la perdita dei clienti da parte dell'attrice, nonché l'azzeramento dell'azienda, in quanto nei giorni immediatamente successivi il Gestore del Sistema Informativo Integrato (GSII) aveva informato tutti i clienti di Gala S.p.A. dell'impossibilità di continuare a ricevere l'energia dall'odierna attrice a causa dell'inadempimento contrattuale della società GALA S.p.A., cui era seguita in data 24/06/2017 la risoluzione del contratto di trasporto di energia elettrica stipulato con E-Distribuzione S.p.A. e che la fornitura di energia elettrica non avrebbe subito alcuna interruzione, in quanto, a far data dal 18/07/2017, sarebbe stato attivato il Servizio di Salvaguardia o, a seconda dei casi, il Servizio di Maggior Tutela, che, per l'area geografica di appartenenza, sarebbe stato erogato dalla società Enel Energia Salvaguardia S.r.l., a condizioni economiche diverse da quelle attualmente previste dal suo contratto di fornitura;

- che, a seguito di tale operazione, la quota pari all'80,59% dei clienti finali di Gala S.p.A. (un volume di fornitura pari a kWh 5.240.497.432) era transitata ad una società del Gruppo Enel, che aveva registrato un aumento del 78% dei propri risultati sui mercati di salvaguardia e maggior tutela di cui era largamente titolare;

- che l'AGCM aveva ripetutamente riscontrato l'anomalia del mercato di energia elettrica, caratterizzato dalla compresenza di imprese presenti nella sola fase della filiera attinente alla vendita di energia elettrica e di altre società verticalmente integrate, facenti parte di gruppi presenti anche nelle altre fasi della produzione della distribuzione, con l'anomalia che alcuni operatori si trovavano a svolgere l'attività di distribuzione per conto di società dello stesso gruppo di appartenenza e per conto di *traders* concorrenti, con conseguente rischio di manipolazione della concorrenza, posto che i distributori erano orientati ad agire nell'interesse della società integrata allo stesso gruppo che opera nel settore della vendita di energia elettrica.

Tanto esposto in punto di fatto, Gala S.p.A. deduceva la nullità delle condizioni generali di contratto nn. 6, 11 e 22, che addossavano al venditore i rischi derivanti dall'insolvenza dell'utente finale nel pagamento degli oneri generali sistema in quanto foriere di squilibrio contrattuale e che prevedevano la clausola risolutiva espressa in caso di inadempimento, non



essendo gli oneri di sistema collegati ad alcuna prestazione eseguita dal distributore e in quanto tali viziati in quanto effetto dell'abuso di dipendenza economica e di posizione dominante da parte di E-Distribuzione S.p.A..

Oltre che eccessivamente onerose, l'attrice riteneva le citate clausole anche discriminatorie, poiché, se da un lato erano state imposte a Gala S.p.A., dall'altro un diverso trattamento era stato riservato alle società del gruppo ENEL, per effetto dell'art. 6.6 delle condizioni generali di contratto, secondo cui era consentito ai *traders* controllati da società in possesso di taluni requisiti di *rating*, tra cui l'ENEL S.p.A., di presentare, in luogo della garanzia rilasciata da primari istituti bancari o assicurativi, "una lettera di garanzia rilasciata dalla società controllante" (la c.d. *parent company guarantee*).

L'attrice deduceva, inoltre, la nullità delle suddette clausole contrattuali perché frutto di abuso di posizione dominante da parte di E-Distribuzione S.p.A., in quanto in contrasto con il divieto posto a carico di chi detiene una posizione dominante di imporre condizioni inique (art. 102, lett. a, TFUE e art. 3, lett. a, legge n. 287/1990) e di subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi (art. 102, lett. d, TFUE e art. 3, lett. d, legge n. 287/1990).

L'attrice denunciava, inoltre, la violazione del principio di buona fede da parte della S.p.A. E-Distribuzione consistita nell'aver azionato la clausola risolutiva espressa nonostante le proposte di modifica delle condizioni contrattuali provenienti dalla S.p.A. Gala, ispirate ai principi espressi dalla giurisprudenza amministrativa e chiedeva pertanto la condanna della controparte alla ripetizione delle somme corrisposte dall'attrice a titolo di oneri generali di sistema non riscossi dagli utenti finali, nonché al risarcimento dei danni, comprensivi del danno emergente e del lucro cessante, derivanti dal conseguimento di onerose garanzie a copertura del rischio di insolvenza degli utenti finali nel pagamento degli oneri di sistema e del danno provocato dalla illegittima risoluzione del contratto di distribuzione, con conseguenza uscita dell'attrice dal mercato della vendita di energia elettrica.

La S.p.A. Gala riteneva le convenute responsabili, altresì, di atti di concorrenza sleale, evidenziando che, a fronte delle clausole contrattuali vessatorie sopradescritte, erano state pattuite condizioni diverse e più favorevoli al venditore con società del gruppo ENEL, in quanto alla prestazione della garanzia a prima richiesta era stata sostituita la *parent company guarantee* ed infine con la risoluzione del contratto di distribuzione su cui si controverte era stata realizzata



la eliminazione dal mercato dell'energia elettrica dell'odierna attrice, a vantaggio delle società del gruppo Enel, titolari in massima parte delle quote di mercato del Servizio di Salvaguardia e del Servizio di Maggior Tutela, cui alternativamente erano transitati gli ex clienti di Gala S.p.A. a seguito della risoluzione del contratto di distribuzione da quest'ultima stipulato con E-Distribuzione S.p.A..

Con comparsa depositata il 22/5/2018 si costituiva in giudizio l'ENEL S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, chiedendo il rigetto delle domande attoree, con condanna della controparte al risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c. e al pagamento delle spese di lite.

L'ENEL S.p.A. evidenziava *in primis* che la controparte non aveva articolato conclusioni congruenti con le accuse rivoltele nella parte motiva dell'atto di citazione, in cui vi erano generiche contestazioni di abuso di posizione dominante rivolte all'intero Gruppo ENEL senza l'individuazione di specifiche condotte illecite.

Deduceva, in particolare, che, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 79/1999, che aveva liberalizzato il mercato della vendita di energia elettrica, il Gruppo ENEL aveva adeguato la propria organizzazione alla nuova disciplina, che aveva imposto una netta separazione tra le attività di produzione, distribuzione e vendita di energia elettrica, facendo sì che l'attività del distributore avvenisse in assoluta neutralità rispetto a tutti i venditori di energia elettrica: all'uopo la società di distribuzione, in attuazione dell'obbligo di *debranding* e di *unbundling*, dal 1°/6/2016 aveva assunto la denominazione di E-Distribuzione ed era stata dotata di un gestore indipendente, munito di poteri decisionali indipendenti dall'impresa verticalmente integrata, di un consiglio di amministrazione, al cui interno vi è un comitato esecutivo composto da tre membri del consiglio facenti parte anche del gestore indipendente, nonché di un responsabile della conformità, che verifica la adeguatezza alle finalità di separazione funzionale delle procedure aziendali.

Con comparsa depositata il 22/5/2018 si costituiva in giudizio l'ENEL Energia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, eccependo la inammissibilità delle domande proposte nei propri confronti, di cui chiedeva nel merito il rigetto, con vittoria delle spese di lite.

L'ENEL Energia S.p.A. eccepiva la propria estraneità al rapporto contrattuale tra Gala S.p.A. ed E-Distribuzione S.p.A., evidenziando che dalla stessa narrativa dell'atto di citazione non emergevano fatti o atti riconducibili alla propria attività.

La S.p.A. E-Distribuzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, costituitasi con comparsa del 22/5/2018, chiedendo il rigetto delle avverse domande e, in subordine, previa



chiamata in causa delle società Gestore del Servizio Elettrico G.S.E. S.p.A. e Cassa per i Servizi Energetici e Ambientali (CSEA) S.p.A., la condanna di queste ultime al pagamento in favore dell'attrice delle somme loro riversate a titolo di oneri generali di sistema non rimosse dagli utenti finali. In via ulteriormente gradata, invocava la condanna delle terze chiamate in causa a rimborsarle le somme che la convenuta fosse stata eventualmente condannata a corrispondere alla S.p.A. Gala.

La S.p.A. E-Distribuzione chiedeva, in ogni caso, in via riconvenzionale, la condanna dell'attrice al pagamento in proprio favore della somma di € 312.005.555,35, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria, ovvero del diverso importo ritenuto di giustizia e, nell'ipotesi in cui fosse stata ritenuta invalida e/o comunque inefficace la risoluzione del contratto così come intimata e comunicata alla S.p.A. Gala da E-Distribuzione S.p.A., accertarsi e dichiararsi risolto il contratto di trasporto *inter partes* stipulato il 4/12/2007 ex art. 1453 o 1456 c.c.

La convenuta contestava le avverse deduzioni, esponendo che la controparte si era resa gravemente inadempiente al contratto di trasporto *inter partes* stipulato il 4/7/2007, avendo sospeso il pagamento del corrispettivo dovuto per il servizio di trasporto a far tempo dal 31/3/2017, per una complessiva esposizione debitoria a vario titolo di circa € 312.000.000,00, che aveva determinato la risoluzione del contratto in data 24/6/2017 dopo un fitto scambio di corrispondenza. Riteneva pertanto non condivisibile la ricostruzione dei fatti esposta dalla controparte circa l'intento della convenuta di abusare della propria posizione dominante per escludere l'attrice dal mercato della vendita di energia elettrica, evidenziando che la stessa sorte aveva subito il contratto di trasporto stipulato dall'attrice con la S.p.A. Areti.

La S.p.A. E-Distribuzione esponeva:

- di essere la società del Gruppo Enel esercente il servizio di distribuzione dell'energia elettrica in regime di concessione, consistente nel trasporto e nella “trasformazione” (quanto al voltaggio) di energia elettrica su reti di distribuzione a media e bassa tensione, per la consegna ai clienti finali, ai sensi degli artt. 1, c. 14, e 9 D.Lgs. n. 79/1999, attuativo della Direttiva n. 92/96/CE sulla creazione del Mercato unico dell'energia.
- che, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 79/1999, la vendita di energia elettrica era stata liberalizzata, tanto da determinare la presenza sul mercato rilevante di 500 operatori e che permaneva, ai sensi dell'art. 1, comma 4 L. n. 125/2007, un mercato di ultima istanza, noto come Servizio di maggior tutela, efficace fino al 1°/7/2019, o Servizio di salvaguardia, a seconda della tipologia di clientela, volto ad assicurare l'erogazione dell'energia elettrica a coloro i quali, per



libera scelta o per mancata scelta di un venditore sul mercato libero, non sono forniti da alcun venditore;

- che le attività a monte della vendita, rappresentate dai cd. servizi di rete, erano state affidate a concessionari, tra cui: a) Terna S.p.A. per la gestione della rete nazionale di trasmissione e il cd. Dispacciamento; b) E-Distribuzione S.p.A. e le altre imprese di distribuzione, operanti in ambiti territoriali diversi, per la distribuzione dell'energia elettrica ai fini della consegna ai punti di prelievo (POD) facenti capo ai clienti finali;

- che gli oneri generali di sistema, sostenuti nell'interesse generale del sistema elettrico, ad esempio i costi a copertura degli oneri per il *bonus* elettrico, per la ricerca, per l'incentivazione all'utilizzo di fonti energetiche rinnovabili, per la dismissione delle centrali nucleari, ecc., sono posti a carico dell'utente finale tra le voci della bolletta ex art. 39, comma III D.L. 22 giugno 2012 n. 83 e sono riscossi dal *trader*, unico operatore della filiera avente un contatto diretto con l'utenza finale, che lo versa al distributore il quale, a sua volta, non riversa, a seconda delle voci, al GSE S.p.A. o alla CSEA, che li esigono in base ai fatturati, indipendentemente dalla effettiva riscossione da parte del distributore, giusta il disposto degli artt. 41, co. I e 42, co. I, della TIT (Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas per l'erogazione dei servizi di trasmissione e distribuzione dell'energia elettrica), che impone ai distributori di versare entro termini rigidi alla CSEA e al GSE S.p.A. il "gettito" delle componenti tariffarie riguardanti gli oneri generali di sistema;

- che qualora fosse stato escluso l'obbligo di corresponsione degli oneri generali sistema non riscossi da parte del venditore si sarebbe dovuto a sua volta considerare il distributore liberato dall'obbligo di corresponsione delle corrispondenti somme al GSE S.p.A. o alla CSEA, sebbene in tal modo si pregiudica sarebbe l'intero funzionamento del sistema di distribuzione dell'energia elettrica;

- che pertanto il distributore è tenuto a corrispondere gli oneri generali sistema e che solo con delibera n. 50/2018 del 1°/2/2018 l'ARERA aveva disciplinato il sistema, prevedendo che sia i venditori che i distributori continuassero ad essere obbligati a versare interamente gli oneri generali fatturati, indipendentemente dall'effettivo incasso dei medesimi, con la previsione della possibilità di ottenere la restituzione di una quota degli oneri non incassati solo in un secondo momento e in base a specifiche verifiche, fondate su un meccanismo che assicura l'efficienza dei venditori e dei distributori nel ridurre e contenere i casi di morosità;



- che l'obbligo per il *trader* di corrispondere al distributore gli oneri generali di sistema derivava da norme di rango primario, segnatamente il D.Lgs. n. 79/1999, e da regolamenti dell'ARERA, in particolare la delibera n. 654/2015/R/eel, allegato A, cd. TIT, con cui l'Autorità di settore aveva fissato le componenti tariffarie per l'adeguamento dei corrispettivi per il servizio di distribuzione di cui all'art. 2, comma 2.1, lettera b), destinate alla copertura degli oneri generali afferenti al sistema elettrico (componenti tariffarie A) e le ulteriori componenti (componenti tariffarie UC) e, all'art. 39.4, aveva chiarito che tali componenti si applicano come maggiorazioni ai corrispettivi del servizio di distribuzione e la delibera n. 268/2015/R/eel (Codice di rete tipo per il servizio di trasporto dell'energia elettrica, cd. CADE), allegato C, con cui l'Autorità aveva definito le tipologie di fattura che l'impresa distributrice emette in relazione al servizio di trasporto e alle diverse prestazioni erogate o corrispettivi applicati all'utente ad altro titolo;
- che la sentenza del TAR Lombardia n. 237/2017, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 238 del 30/11/2017, la sentenza del TAR Lombardia n. 243/2017 e la pronuncia del Consiglio di Stato n. 2182/2016 avevano statuito esclusivamente in tema di regolamentazione delle garanzie a tutela del pagamento degli oneri generali di sistema sotto il profilo dell'eccesso di potere da parte dell'Autorità di regolazione del sistema elettrico, senza pronunciarsi in ordine al versamento degli oneri generali fatturati e senza minimamente intaccare i contratti tra le parti;
- che il Tribunale di Roma, con ordinanza collegiale n. 39177 del 12/7/2017 e con le ordinanze monocratiche del 31/5/2017 e del 9/10/2017, aveva respinto le richieste dell'odierna attrice di inibitoria delle garanzie prestate per il versamento degli oneri generali di sistema non riscossi dal trader presso l'utenza finale, ritenendo che le citate pronunce del giudice amministrativo non avevano influito sulla legittimità del contratto stipulato tra le parti;
- che l'obbligo del *trader* di corrispondere al distributore gli oneri generali di sistema discende dall'art. 12.6 del contratto *inter partes*, secondo cui "sono a carico del venditore e vengono inclusi in fattura gli oneri fiscali relativi al contratto e al servizio di trasporto e tutte le altre somme (come, per esempio, le maggiorazioni) che il Distributore sia obbligato ad addebitare ai suoi clienti per effetto di leggi, regolamenti, disposizioni e altri atti adottati dall'Autorità", tra cui gli oneri di sistema, qualificabili come "maggiorazioni dei corrispettivi del servizio di trasporto";
- che l'art. 6.1 del contratto prevedeva l'obbligo del *trader* di consegnare una garanzia autonoma a copertura dell'obbligo di pagamento, da parte di Gala S.p.A., del corrispettivo complessivo



medio, regolamentazione ritenuta legittima da plurime statuizioni del Tribunale di Roma emesse tra il 2015 e il 2017, che avevano rivisto l'unico precedente contrario del 2013;

- che l'art. 2.4 dell'All. B al Codice di rete tipo per il servizio di trasporto dell'energia elettrica (CADE), approvato con delibera dell'AEEGSI, attualmente ARERA, n. 268/2015/R/eel, aveva previsto che: "L'utente regolare nei pagamenti per un periodo di sei (6) mesi consecutivi può, in luogo della garanzia prestata ai sensi del paragrafo 2.2, lettere a e b: a. presentare un giudizio di rating creditizio che soddisfa i requisiti di cui al paragrafo 4.1; b. prestare garanzia nella forma di *parent company guarantee* da parte della società controllante, con le caratteristiche precisate al paragrafo 4.3. La società controllante deve essere in possesso di un giudizio di rating creditizio che soddisfa i requisiti di cui al paragrafo 4.1";

- che diciotto società di vendita beneficiavano della *parent company guarantee*, tra cui non figurava ENEL Energia S.p.A., che dal 2016 aveva fornito fidejussioni a prima richiesta;

- che l'aggio pari a 0,5% del fatturato a titolo di copertura del rischio di inesigibilità degli oneri di sistema, di cui il distributore aveva beneficiato fino al 1°/1/2016, non era sintomatico della sperequazione delle condizioni in favore del distributore, in quanto tale somma era stata utilizzata, prima della liberalizzazione del mercato della vendita dell'energia elettrica, a parziale copertura del rischio di insolvenza degli utenti finali, con cui la società era obbligata a contrarre e, dopo l'entrata del D.Lgs. n. 79/1999, a parziale copertura delle perdite subite a causa dell'insolvenza e del default di numerosi *traders*.

Tanto premesso, la S.p.A. E-Distribuzione chiedeva il rigetto delle avverse domande, contestando, altresì, ogni addebito di abuso di posizione dominante a proprio carico, negando di agire in posizione dominante nel mercato dell'energia elettrica, essendo al contrario inserita in una filiera in cui aveva l'obbligo di rapportarsi sia con i venditori di energia elettrica che con il gestore e la CSEA S.p.A., con conseguente inesistenza di una posizione di indipendenza della stessa società di distribuzione; *ad abundantiam*, riteneva insussistente la condotta di abuso di posizione dominante, deducendo che la controparte, società per azioni operativa nel settore della vendita di energia elettrica, aveva liberamente accettato le condizioni contrattuali pattuite, che non determinavano alcun ingiustificato vantaggio a favore del distributore.

La convenuta negava, altresì, la configurabilità della posizione di dipendenza economica della controparte nei confronti del distributore, deducendo, contrario, che sul mercato della energia elettrica operavano vari soggetti, tra loro interdipendenti e di pari forza contrattuale.



La S.p.A. E-Distribuzione riteneva, inoltre, infondata l'avversa pretesa di restituzione delle somme corrisposte al distributore a titolo di oneri di sistema non riscossi, deducendo che la controparte non aveva comprovato di essersi efficacemente attivata per il recupero delle relative somme nei confronti degli utenti finali e che, al contrario, con riferimento ad alcuni utenti non vi era alcun credito residuo in capo all'attrice;

- che, in particolare: con riferimento alla Tradecom S.p.A. - Soluzioni Avanzate per il Commercio Turismo e Servizi, dichiarata fallita nel 2014 dal Tribunale di Roma, procedura n. 960/14, Gala S.p.A. era stata ammessa al passivo per l'importo di € 26.000.000 e, all'esito dell'asta indetta in sede fallimentare per la vendita del complesso aziendale composto dai contratti di somministrazione di energia elettrica, dai titoli abilitativi per l'esercizio dell'attività di somministrazione, da tutte le immobilizzazioni materiali e immateriali e da tutti gli altri rapporti contrattuali inerenti all'esercizio dell'attività, era risultata vincitrice con l'offerta di € 1.021.000,00, quindi aveva proceduto all'acquisto del complesso aziendale di Tradecom S.p.A. il 27/4/2015, con conseguente acquisizione di oltre 5.000 contratti di somministrazione di energia elettrica. La società SO.RI.CAL Società Risorse Idriche Calabresi S.p.A. in liquidazione aveva invece sottoscritto in data 3/10/2015 con Gala S.p.A. ed altri creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L.F., che prevedeva la rinuncia da parte di Gala S.p.A. al 30% del proprio credito, pari a circa € 16 milioni complessivi e il 22/12/2014 l'accordo era stato omologato e, nel corso dell'anno 2015, la S.p.A. So.ri.Cal aveva provveduto al pagamento del debito nei confronti di Gala S.p.A. pari a circa € 11,3 milioni.

La convenuta deduceva pertanto che la risoluzione del contratto di distribuzione *inter partes* intimata per effetto della mancata integrazione della garanzia era legittima e, in subordine, riteneva sussistenti i presupposti della risoluzione per inadempimento della controparte.

La S.p.A. E-Distribuzione concludeva, quindi, come in epigrafe, chiedendo la condanna dell'attrice al pagamento in proprio favore dell'importo di € 312.005.555,35, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria, a titolo di oneri generali sistema e corrispettivo del servizio di distribuzione non versati dall'attrice.

Autorizzata la chiamata in causa dei terzi, con comparsa del 31/10/2018 si costituiva in giudizio la S.p.A. Gestore dei Servizi Energetici - GSE -, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, eccependo l'inammissibilità della propria chiamata in causa, in difetto dei presupposti di cui all'articolo 106 c.p.c.; nel merito, chiedeva il rigetto delle domande proposte dalla convenuta nei propri confronti.



La terza chiamata esponeva:

- di essere una società per azioni il cui azionista unico era il Ministero dell'Economia e delle Finanze, costituita ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo n. 79 del 1999 e dell'articolo 1, commi 1, lettere a), b) e c), e 3, del D.P.C.M. 11 maggio 2004, esercente funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico, segnatamente attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione nel settore dell'energia, nonché tutte le attività in materia di promozione ed incentivazione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili, comprese le attività di carattere regolamentare e le altre competenze e diritti e poteri ad essa inerenti;
- che le risorse economiche necessarie al finanziamento delle suddette attività erano alimentate dalla componente tariffaria A3, ossia una categoria di oneri di sistema introdotti dal legislatore al fine di finanziare specifici obiettivi di interesse generale;
- che E-Distribuzione S.p.A., già ENEL S.p.A., svolgeva, *inter alia*, l'attività di trasporto dell'energia elettrica ai clienti finali in regime di concessione, ai sensi dell'articolo 14, comma 1, D.L. dell'11 luglio 1992, n. 333, convertito con L. 8 agosto 1992, n. 359, essendo stata la suddetta concessione affidata con D.M. del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato del 28/12/1995;
- che, ai sensi dell'articolo 3, comma 11, D.Lgs n. 79/1999, era stato demandato ad uno o più decreti ministeriali l'individuazione dei cd. oneri generali afferenti al sistema elettrico e a tale norma aveva dato attuazione il D.M. 26/1/2000 recante la "Individuazione degli oneri generali afferenti al sistema elettrico", compresa la componente tariffaria A3, come maggiorazione dei corrispettivi per il servizio di trasporto dell'energia elettrica introdotta a sostegno della promozione dell'energia da fonti rinnovabili e assimilate, attività demandata alla S.p.A. Gestore dei Servizi Energetici – GSE;
- che l'Autorità di regolamentazione del settore elettrico aveva previsto in capo alle imprese distributrici che prelevano energia elettrica dalla rete di trasmissione nazionale l'obbligo di versamento al GSE della componente tariffaria A3: in particolare, per il periodo regolatorio 2004-2007, l'articolo 54.2 della deliberazione dell'Autorità n. 5 del 30/1/2004; l'articolo 47.2 dell'Allegato A della deliberazione dell'Autorità n. 348/2007 del 29/12/2007, per il periodo regolatorio 2008-2011; per il periodo regolatorio 2012-2015 l'articolo 40.2 dell'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità n. ARG/elt 199/11 del 29/12/2011; per il periodo regolatorio 2016-2019 l'articolo 41.2 dell'Allegato A alla deliberazione dell'Autorità n. 654/2015/R/eel del



23/12/2015, secondo cui il distributore deve corrispondere al G.S.E. il gettito della componente tariffaria A3, in relazione al servizio di distribuzione di energia elettrica erogato;

- che l'esercizio del servizio di trasporto da parte delle imprese di vendita traeva la propria fonte e la propria disciplina esclusivamente in contratti di natura privatistica stipulati tra il distributore e le stesse imprese di vendita,

La S.p.A. G.S.E. deduceva che, a prescindere dalle sorti del contratto di distribuzione stipulato tra l'attrice e la convenuta, rimaneva fermo l'obbligo di quest'ultima di corrispondere alla terza chiamata il gettito relativo alla quota tariffaria A3 delle bollette di energia elettrica, posto che l'obbligo del distributore di provvedere al pagamento del suddetto importo a favore del gestore del servizio elettrico dipendeva dalla legge e dalle citate disposizioni regolamentari, mentre i rapporti tra il distributore e il venditore erano di natura esclusivamente contrattuale.

Con comparsa del 30/10/2018 si costituiva in giudizio la Cassa dei Servizi Energetici e Ambientali – CSEA, ente pubblico economico istituito con la denominazione di Cassa Conguaglio per il Settore Elettrico CCSE, con provvedimento del comitato interministeriale prezzi n. 941 del 1/9/1961, operativo nel settore elettrico sotto la vigilanza dell'ARERA, con funzione principale di riscossione di alcune componenti tariffarie, tra cui gli oneri generali sistema devoluti alle imprese attive nel settore delle fonti rinnovabili e assimilate.

La terza chiamata in causa deduceva che il meccanismo di riscossione degli oneri generali sistema era coerente con quanto previsto dall'art. 3, commi 10 e 11 D. Lgs. 79/1999 e dall'art. 39, comma 4 del TIT, evidenziando peraltro che, con la delibera n. 50/2018/R/EEL del 1° febbraio 2018, l'ARERA aveva individuato un meccanismo volto a riconoscere ai distributori gli eventuali oneri generali di sistema versati alla CSEA e alla S.p.A. GSE e non riscossi dai venditori nei casi in cui il contratto tra distributori e venditori fosse stato risolto per inadempimento da almeno sei mesi, a decorrere dal 1° gennaio 2016.

La CSEA concludeva quindi nel senso che, a prescindere dalle vicende inerenti al contratto di distribuzione stipulato tra l'attrice e la convenuta, rimaneva fermo l'obbligo di quest'ultima di corrispondere alla terza chiamata il gettito relativo alla quota tariffaria delle bollette di energia elettrica costituita dagli oneri di sistema, posto che l'obbligo del distributore di provvedere al pagamento del suddetto importo a favore del gestore del servizio elettrico dipendeva dalla legge e dalle citate disposizioni regolamentari, mentre i rapporti tra il distributore e il venditore erano di natura esclusivamente contrattuale.



Esperiti gli incombenti preliminari ed intervenuto lo scambio delle memorie ex art. 183, co. VI c.p.c., il giudice disponeva c.t.u. contabile.

Con comparsa del 16/6/2021 interveniva la S.p.A. Sidra al fine di essere informata sull'esito del presente giudizio, sulla cui decisione si rimetteva a giustizia, esponendo di aver proposto opposizione al decreto ingiuntivo n. 1355/2020, N.R.G. 2883/2020, emesso il 30/3/2020 dal Tribunale di Catania su istanza della S.p.A. GALA, cui le era stato ingiunto il pagamento in favore dell'odierna attrice della somma di € 1.875.581,74, oltre ad interessi e spese legali, giudizio in cui l'intervenuta aveva proposto domanda riconvenzionale di condanna di Gala S.p.A. al risarcimento dei danni derivanti dalla risoluzione del contratto di somministrazione di energia elettrica *inter partes*, che l'aveva costretta a subire il trattamento economico deteriore del sistema di salvaguardia.

In seguito, il giudice relatore fissava per la precisazione delle conclusioni l'udienza del 5/5/2021, al cui esito tratteneva la causa in decisione, concedendo i termini ex art. 190 c.p.c..

Su istanza dell'attrice era fissata udienza di discussione orale davanti al collegio ex art. 275, co. II, III e IV c.p.c. il 14/1/2022, al cui esito la causa era assunta in decisione.

Le domande proposte dalla S.p.A. Gala sono infondate.

Giova premettere una breve disamina delle caratteristiche fondamentali del mercato dell'energia elettrica al fine di operare in estrema sintesi l'inquadramento del settore dal punto di vista degli operatori e dei risvolti economici.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 16 marzo 1999 n. 79, emanato in attuazione della Direttiva n. 96/92/CE, è stata disposta la liberalizzazione delle attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica, con riserva a favore dello Stato delle attività di trasmissione (trasporto e trasformazione dell'energia elettrica sulla rete ad alta tensione), dispacciamento (attività diretta ad impartire disposizioni per l'utilizzazione e l'esercizio coordinati degli impianti di produzione, della rete di trasmissione e dei servizi ausiliari) e distribuzione (trasporto e trasformazione di energia elettrica su reti di distribuzione a media e bassa tensione ai clienti finali), attività quest'ultima attribuita ad un unico concessionario per ambito geografico, avente l'obbligo di contrarre con tutti i richiedenti.

Dall'1/7/2007 i clienti possono scegliere liberamente il proprio fornitore, salvi in ogni caso, in via transitoria, il servizio di maggior tutela, riservato agli utenti domestici e non domestici, titolari di soli siti in bassa tensione, con meno di 50 dipendenti o con un fatturato annuo non



superiore a 10 milioni di euro, e il servizio di salvaguardia, destinato a fornire energia a utenti non domestici privi dei requisiti per accedere al servizio di maggior tutela, i quali non abbiano scelto il proprio fornitore sul mercato libero, oppure si trovino senza un fornitore di energia elettrica sul mercato libero e c) siano intestatari di almeno un sito in media o alta tensione.

In tale ambito operano, quindi:

- 1) i soggetti produttori di energia elettrica in regime di libero mercato;
- 2) la Cassa per i servizi Energetici e Ambientali (CSEA), esercente l'attività di riscossione e gestione economica delle componenti tariffarie dai fornitori di luce e gas, in particolare degli oneri generali di sistema, oltre a sovrintendere ad altre attività di ispezione e distribuzione del c.d. bonus sociale elettrico e per il gas;
- 3) la S.p.A. Gestore dei Servizi Energetici (GSE), che gestisce la Rete di Trasmissione Nazionale, società individuata dallo Stato per la transizione ad energie rinnovabili, costituita ai sensi dell'art. 3, comma 4, D.Lgs. 16 marzo 1999 n. 79 e dell'art. 1, commi 1, lettera a), b) e c) e 3 D.P.C.M. dell'11/5/2004, il cui azionista unico è il Ministero dell'Economia e delle Finanze, avente quale oggetto sociale l'attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica di cui all'art. 3, commi 12 e 13 e di cui all'art. 11, comma 3 D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79 e successive modifiche e integrazioni, nonché le attività correlate di cui al D.Lgs. 29 dicembre 2003 n. 387 e successive modifiche e integrazioni, in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, comprese le attività di carattere regolamentare, le altre competenze, nonché i diritti e i poteri ad esse inerenti. Ai sensi dell'art. 3, comma 4, D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79, i diritti dell'azionista sono esercitati d'intesa tra il Ministro dell'Economia e delle Finanze ed il Ministro dello Sviluppo Economico, trattandosi di società sotto il controllo dello Stato;
- 4) Terna S.p.A., operatore indipendente di reti per la trasmissione di energia elettrica ad alta tensione sul territorio nazionale
- 5) distributori di energia elettrica operanti su concessione rilasciata dal Ministero per lo Sviluppo Economico in regime di monopolio geografico, essendo il territorio nazionale suddiviso per zone geografiche, al cui interno opera un solo ente distributore di energia elettrica;
- 6) venditori di energia elettrica (*traders*) ai clienti finali, operanti nel libero mercato;
- 7) consumatori finali di energia elettrica.

Ciò posto, ai fini dell'inquadramento normativo gli oneri di sistema, è opportuno richiamare la disciplina di settore:



- l'art. 2, co. 12, lett. e) L. n. 481/1995, secondo cui: "Ciascuna Autorità nel perseguire le finalità di cui all'articolo 1 svolge le seguenti funzioni:

e) stabilisce e aggiorna, in relazione all'andamento del mercato, la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe di cui ai commi 17, 18 e 19, nonché le modalità per il recupero dei costi eventualmente sostenuti nell'interesse generale in modo da assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse di cui al comma 1 dell'articolo 1, tenendo separato dalla tariffa qualsiasi tributo od onere improprio; verifica la conformità ai criteri di cui alla presente lettera delle proposte di aggiornamento delle tariffe annualmente presentate e si pronuncia, sentiti eventualmente i soggetti esercenti il servizio, entro novanta giorni dal ricevimento della proposta; qualora la pronuncia non intervenga entro tale termine, le tariffe si intendono verificate positivamente";

- l'art. 3, comma 11 D.Lgs. n. 79/1999, che dispone: "Entro centottanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto legislativo, con uno o più decreti del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, su proposta dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, sono altresì individuati gli oneri generali afferenti al sistema elettrico, ivi inclusi gli oneri concernenti le attività di ricerca e le attività di cui all'articolo 13, comma 2, lettera e).

L'Autorità per l'energia elettrica e il gas provvede al conseguente adeguamento del corrispettivo di cui al comma 10. La quota parte del corrispettivo a copertura dei suddetti oneri a carico dei clienti finali, in particolare per le attività ad alto consumo di energia, è definita in misura decrescente in rapporto ai consumi maggiori".

Ai sensi dell'art. 1 D.L. 25/2003, conv. con L. 83/2003, intitolato "Oneri generali del sistema elettrico", a decorrere dall'1/1/2004, gli oneri generali del sistema elettrico, di cui all'art. 3, comma 11, D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79, sono costituiti da:

a) i costi connessi allo smantellamento delle centrali elettronucleari dismesse, alla chiusura del ciclo del combustibile nucleare (alle attività derivanti dagli obblighi di cui all'Accordo transattivo tra il Governo italiano e la Comunità europea dell'energia atomica stipulato a Roma e Bruxelles il 27 novembre 2009) ed alle attività connesse e conseguenti;

b) i costi relativi all'attività di ricerca e di sviluppo finalizzata all'innovazione tecnologica di interesse generale per il sistema elettrico;



c) l'applicazione di condizioni tariffarie favorevoli per le forniture di energia elettrica previste dalle disposizioni richiamate nell'articolo 2, punto 2.4, della deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas 26 giugno 1997, n. 70/97, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 150 del 30 giugno 1997, e dal decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato in data 19 dicembre 1995, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 39 del 16 febbraio 1996;

d) la reintegrazione dei maggiori costi derivanti dalla forzata rilocalizzazione all'estero delle attività di scarico a terra e rigassificazione del gas naturale importato dall'ENEL S.p.A. dalla Nigeria, in base agli impegni contrattuali assunti anteriormente alla data del 19 febbraio 1997, e che non possono essere recuperati a seguito dell'entrata in vigore della direttiva n. 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19/12/1996, pari ai costi annui effettivamente sostenuti derivanti dal complesso dei relativi impegni contrattuali, al netto dei costi di rigassificazione del gas naturale, sommati agli oneri derivanti dalle perdite tecniche, effettivamente sostenuti fino al 1 gennaio 2010.

L'art. 39, co. 3 D.L. 83/2012, conv. con L. 134/2012, dispone, infine, che i corrispettivi a copertura degli oneri generali di sistema elettrico ed i criteri di ripartizione dei medesimi oneri a carico dei clienti finali sono rideterminati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas entro sessanta giorni dalla data di emanazione dei decreti di cui al comma 1, in modo da tener conto della definizione di imprese a forte consumo di energia contenuta nei decreti di cui al medesimo comma 1 e nel rispetto dei vincoli di cui al comma 2, secondo indirizzi del Ministro dello sviluppo economico.

Gli oneri generali di sistema costituiscono, quindi, componenti per la copertura di costi per attività di interesse generale. Il relativo gettito è destinato a specifici conti di gestione istituiti presso la Cassa per i Servizi Energetici e Ambientali (CSEA), sicché ciascun *trader* incassa gli oneri di sistema dagli utenti/finali addebitandoli in bolletta e, successivamente, li versa al distributore che, a sua volta, è tenuto a riversarli alla CSEA ed in parte minore alla S.p.A. GSE.

In base agli artt. 41, c. 1 e 42, c. 1 TIT - Testo Integrato delle disposizioni per l'erogazione dei servizi di Trasmissione e Distribuzione dell'energia elettrica per il periodo 2016-2019, approvato come allegato A alla delibera dell'AEEGSI n. 483/2014/R/EEL, i distributori sono, infatti, tenuti a versare alla CSEA e al GSE il "gettito" delle componenti tariffarie riguardanti gli oneri generali di sistema con periodicità mensile, entro il quindicesimo giorno del secondo mese successivo a quello in cui è avvenuta la fatturazione delle componenti relative agli oneri generali di sistema.



La stessa disposizione è dettata dall'art. 36 del TIT per il periodo 2020/2023, di cui all'allegato A alla delibera dell'ARERA n. 568/2019/r/EEL del 27/12/2019.

A sua volta il Codice di Rete, approvato con delibera n. 268/2015 dell'AEEGSI, prevede l'obbligo di fatturazione degli oneri di sistema da parte dei distributori.

In particolare, l'articolo 5.1 della suddetta delibera n. 268/2015/R/EEL – “Codice di Rete tipo per il servizio di trasporto dell'energia elettrica: disposizioni in merito alle garanzie contrattuali ed alla fatturazione del servizio” prevede che, con decorrenza dall'1/1/2016, le imprese distributrici versano gli oneri generali di sistema e le ulteriori componenti di cui alla Parte IV del TIT alla CSEA con cadenza mensile, entro il quindicesimo giorno del secondo mese successivo a quello in cui è avvenuta la fatturazione del servizio.

Ai sensi dell'art. 3, co. 11 D.Lgs. n. 79/1999, entro centottanta giorni dall'entrata in vigore del decreto legislativo, con uno o più decreti del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica, su proposta dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, sono altresì individuati gli oneri generali afferenti al sistema elettrico, ivi inclusi gli oneri concernenti le attività di ricerca e le attività di cui all'articolo 13, comma 2, lettera e).

L'Autorità per l'energia elettrica e il gas provvede al conseguente adeguamento del corrispettivo di cui al comma 10. La quota parte del corrispettivo a copertura dei suddetti oneri a carico dei clienti finali, in particolare per le attività ad alto consumo di energia, è definita in misura decrescente in rapporto ai consumi maggiori.

Dal quadro normativo e dalle citate deliberazioni dell'Autorità di regolazione del settore elettrico (prima AEEGSI e poi ARETI), da interpretarsi conformemente alla loro finalità di garantire la funzionalità dell'intera filiera del settore dell'energia elettrica anche attraverso l'effettivo incasso degli oneri di sistema da parte della CSEA e della S.p.A. GSE, discende l'obbligo a catena dei soggetti posti ai vari livelli di riversare a monte le relative somme: in particolare, gli utenti finali sono obbligati a versare gli importi dovuti a titolo di oneri generali di sistema ai *traders*, che devono riversarli ai distributori quale maggiorazione del corrispettivo del servizio di distribuzione e i distributori sono a loro volta tenuti al versamento degli oneri di sistema alla CSEA e al GSE S.p.A..

Ne consegue l'obbligo della E-Distribuzione S.p.A. di corrispondere gli oneri generali di sistema alla CSEA e al GSE S.p.A. secondo le modalità e i termini ivi descritti, a prescindere dall'effettivo riversamento degli stessi da parte dei *traders*, nella specie la S.p.A. Gala, con



conseguente posizione di neutralità al riguardo del distributore all'interno della filiera dell'energia elettrica rispetto a tale voce di costo.

In particolare, il distributore non trattiene gli oneri generali di sistema, né può esimersi dal riversare alla CSEA ed alla S.p.A. GSE la relativa quota parte non riscossa dai *traders*, essendo tenuto a riversare l'intero gettito costituito dalla componente tariffaria dei suddetti oneri oggetto di fatturazione, senza alcuna distinzione tra la quota parte riversata dal venditore e quella non riversata, come emerge anche dalla circostanza che tale obbligo decorre dalla fatturazione delle relative somme e non dalla loro riscossione e la ragionevolezza di tale meccanismo risiede nella necessità che la CSEA e la S.p.A. GSE ricevano effettivamente gli oneri generali di sistema, al fine di assicurare le finalità a cui tende la loro corresponsione e la tenuta dell'intero sistema produzione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica.

Con particolare riferimento al rapporto tra le società E-Distribuzione S.p.A., distributore, e Gala S.p.A., *trader*, la ripartizione dell'obbligo di corrispondere gli oneri generali di sistema e la garanzia comprensiva del relativo pagamento hanno origine pattizia e la validità e l'efficacia delle clausole contrattuali con cui le suddette società hanno inteso regolare tale aspetto del loro rapporto non subiscono alcun effetto caducatorio a seguito delle pronunce di annullamento delle delibere dell'Autorità regolatrice del settore dell'energia elettrica, nella parte in cui disciplinavano l'oggetto delle garanzie da rilasciare in sede di stipulazione del contratto di trasporto dell'energia e, sulla base di una illegittima (perché priva di copertura legislativa) traslazione del rischio dell'insolvenza, imponevano a *traders* di fornire al distributore apposita garanzia anche a copertura del pagamento degli oneri di sistema non ancora incassati dai clienti finali: reali debitori di siffatta prestazione patrimoniale imposta dalla legge.

In particolare, il TAR per la Lombardia, con sentenze nn. 237, 238, 243 e 244 del 31/1/2017, ha annullato la delibera dell'AEEGSI n. 268/2015/R/EEL – “Codice di Rete tipo per il servizio di trasporto dell'energia elettrica: disposizioni in merito alle garanzie contrattuali ed alla fatturazione del servizio” nella parte in cui, integrando i contratti di distribuzione di energia elettrica, prevedeva l'obbligo a carico dei *traders* di prestare la garanzia comprensiva degli oneri di sistema non pagati dagli utenti finali, il diritto del distributore di risolvere il contratto in caso di mancato versamento degli oneri generali non incassati dai clienti finali, nonché gli obblighi dei venditori in materia di fatturazione e riscossione degli oneri generali di sistema non riscossi.

Ritiene, in particolare, il TAR nelle citate pronunce, che l'Autorità non può imporre la previsione di clausole nel contratto di trasporto di energia elettrica che sostanzialmente determinino una



traslazione sul *trader* di obblighi posti per legge a carico dei clienti finali e sanzioni contrattuali, come la risoluzione, per l'inadempimento di obbligazioni che sono in realtà poste *ex lege* a carico del consumatore finale di energia elettrica e non del venditore, potendo, al contrario, prevedere a carico dei *traders* obblighi di fatturazione e di garanzia relativamente agli oneri generali di sistema incassati dai clienti finali.

Siffatte pronunce di annullamento, dopo aver escluso che vi fosse una copertura normativa di rango primario che legittimasse l'Autorità ad esercitare il proprio potere di eterointegrazione dei contratti per imporre ai *traders* il rilascio delle garanzie anche in relazione al pagamento degli oneri generali di sistema non incassati dei clienti finali, con conseguente traslazione del rischio dell'insolvenza di questi ultimi in capo agli stessi *traders*, non hanno tuttavia inciso sulla legittimità della preesistente o successiva disciplina pattizia in materia.

In precedenza, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2182/2016, aveva annullato le previsioni in tema di garanzie relative agli oneri generali di sistema introdotte dalla deliberazione n. 612/2013/R/eel dell'AEEGSI: in particolare, il massimo organo di giustizia amministrativa, premesso che la legge pone gli oneri generali di sistema a carico non dei *traders* (che sono utenti del servizio di trasporto), ma dei clienti finali, giusta il disposto dell'articolo 39, comma 3, D.L. n. 83/12, ha ritenuto che l'Autorità non ha il potere di eterointegrazione del contratto di trasporto mediante un sistema di garanzie che pone a carico dell'utente del trasporto il rischio del mancato incasso degli oneri generali di sistema da parte dei clienti finali.

Il Consiglio di Stato ha tuttavia precisato che, in difetto di una previsione legislativa che individui il soggetto che subisce le conseguenze dell'inadempimento dei clienti finali, è lasciato all'autonomia contrattuale delle parti regolare il predetto profilo.

Deve, inoltre, escludersi la natura fiscale o parafiscale degli oneri generali di sistema.

La giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. di Stato n. 346 del 19/1/2018) ha evidenziato che i corrispettivi incassati dai *traders*, comprensivi degli oneri di sistema, sono versati "non già ... al bilancio generale nazionale bensì trasferiti sui conti di gestione istituiti dalla Cassa congruaglio per il settore elettrico, al fine di essere destinati alla promozione dell'energia da fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica, la messa in sicurezza del nucleare e le compensazioni territoriali, i regimi tariffari speciali per la società Ferrovie dello Stato, le compensazioni per le imprese elettriche minori, il sostegno alla ricerca di sistema nel settore dell'elettricità nonché la copertura del <<bonus elettrico>> e delle agevolazioni per le imprese a forte consumo di energia elettrica, ed essendo gli stessi posti a carico definitivo dei clienti finali nell'ambito di un rapporto di



tendenziale natura sinallagmatica con le prestazioni fornite ai predetti, nonché mancando per tali corrispettivi, un sistema di riscossione assimilabile a quello relativo alle entrate tributarie”. Non è pertanto configurabile la violazione dell’articolo 119 TUE (ex art. 4 TCE) e della Direttiva di liberalizzazione del mercato elettrico 2009/72/CE.

Dunque, sebbene manchi sotto tale profilo un potere di eterointegrazione dei contratti da parte delle deliberazioni dell'Autorità, nondimeno la materia del pagamento degli oneri di sistema può essere oggetto di disciplina pattizia sulla base della comune volontà delle parti, ai sensi dell'art. 1372 c.c. (cfr. Trib. Roma n. 8096 del 18/3/2021).

Giova richiamare al riguardo la citata sentenza del Consiglio di Stato, che, nell’annullare la delibera n. 612/2013 dell’Autorità di settore nella parte in cui prevedeva una integrazione del contratto di distribuzione di energia elettrica *praeter legem*, ha tuttavia statuito che, in difetto di una previsione legislativa circa il soggetto che subisce le conseguenze dell’inadempimento dei clienti finali, è lasciato all’autonomia contrattuale delle parti, nella stipulazione dei singoli contratti di trasporto, regolare eventualmente questo profilo. Ne segue la giurisdizione del giudice ordinario in ordine ad eventuali contestazioni relative alle modalità di esercizio del potere delle imprese di distribuzioni (cfr. Cons. di Stato n. 2186/2016).

Nelle more del presente giudizio va dato atto dell’intervenuta approvazione di due rilevanti delibere dell’ARERA, rispettivamente n. 50/2018 e n. 32 del 2/2/2021, quest’ultima portante le “Disposizioni relative al meccanismo di riconoscimento degli oneri generali di sistema non riscossi dai clienti finali e già versati alle imprese distributrici”.

La prima prevede un sistema di compensazione degli oneri generali di sistema che il distributore ha versato alla CESA ed al GSE S.p.A. senza averli previamente riscossi dai *traders*, sul presupposto che il distributore abbia tentato infruttuosamente di escuterli dai venditori e che i contratti con questi ultimi si siano risolti da almeno sei mesi.

In base al disposto degli articoli 1.4, 2.2 e 2.4 della Delibera ARERA 50/2018, gli eventuali oneri di sistema originariamente non incassati dai distributori e oggetto di reintegrazione da parte della CSEA, in caso di incasso successivo, vanno portati a riduzione del CNO (Credito non incassato) o versati alla CSEA (art. 2.4).

La delibera n. 32 del 2/2/2021 prevede una proporzionale compensazione degli oneri generali di sistema già versati alle imprese distributrici da parte dei *traders* ma non riscossi dai clienti finali. L’Autorità ha, in proposito, precisato (art. 2.2.) che “Il Meccanismo è istituito relativamente al periodo compreso tra l’anno 2016 e fino all’adozione di specifici interventi, anche di carattere



legislativo, finalizzati ad una diversa gestione della catena di riscossione degli OGdS e del sistema di garanzie ad esso correlata” e presuppone:

- (a) l’infruttuoso tentativo di riscossione degli oneri di sistema da parte del *trader* nei confronti della sua controparte diretta a valle;
- b) l’aver versato a favore del distributore gli oneri generali di sistema dovuti, anche qualora non siano stati riscossi dai clienti finali.

In tal modo ricostruito il sistema normativo del settore dell’energia elettrica, nel caso di specie risulta dagli atti la seguente ricostruzione dei fatti:

- con contratto del 4/12/2007 la S.p.A. ENEL Distribuzione, cui è succeduta la S.p.A. E-Distribuzione, società esercente in regime di monopolio nell’ambito geografico di interesse ai fini della presente causa il servizio di trasporto di energia elettrica, e la S.p.A. Gala, società esercente la vendita di energia elettrica nel libero mercato di competenza, regolavano la fornitura del servizio di trasporto di energia elettrica prestato dalla convenuta verso il pagamento del relativo corrispettivo, per la durata di un anno, a far tempo dall’1/12/2007, rinnovabile tacitamente di anno in anno in mancanza di disdetta con preavviso di almeno un mese.

Tra le pattuizioni economiche, l’attrice deduce la nullità delle seguenti condizioni generali di contratto:

art. 6 (Garanzia e relativo adeguamento), secondo cui il venditore di energia al dettaglio è tenuto al rilascio di una garanzia a prima richiesta (da mantenere sempre integra nel tempo, attraverso costanti adeguamenti), il cui importo sia parametrato al corrispettivo medio dovuto al distributore, compreso l’ammontare degli oneri generali di sistema, a prescindere se detti oneri siano stati o meno incassati dal venditore, avuto riguardo all’inciso per cui “L’importo garantito deve essere pari al corrispettivo complessivo medio (comprensivo di IVA e di ogni altro onere)”; l’art. 11 (Fatturazione), in virtù del quale il distributore fattura al venditore di energia al dettaglio, non soltanto i corrispettivi e compensi previsti per il servizio di trasporto, ma anche i c.d. oneri generali di sistema, a prescindere dal loro effettivo incasso da parte del *trader*;

art. 22 (Sospensione del Servizio di Trasporto dell’energia elettrica e risoluzione del contratto), che prevede la risoluzione di diritto del contratto di trasporto, tra le numerose ipotesi, anche nel caso in cui la garanzia non fosse stata costantemente adeguata all’ammontare degli oneri generali di sistema, non rilevando neanche in questo caso se detti oneri fossero stati incassati dal venditore, con richiamo, alla lettera a, all’art. 2, lettera c delle condizioni generali di contratto, in



cui è previsto che il venditore presti in favore del distributore la garanzia a prima richiesta, come disciplinata dall'art. 6).

In virtù del regime convenzionale sopra esposto, la S.p.A. Gala era tenuta non soltanto a riversare al distributore gli oneri generali di sistema corrisposti dagli utenti finali, ma anche quelli non riscossi, oltre a doversi parametrare la garanzia da fornire a cura del *trader* all'intero ammontare degli oneri generali di sistema, ancorché non corrisposti dagli utenti finali.

Le deliberazioni dell'Autorità n. 628/2015/R/eel (e relativi allegati), così come la precedente deliberazione "programmatica" n. 612/2013/R/EEL, sono state parzialmente annullate dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2182/2016, di riforma della sentenza TAR Lombardia n. 854 del 2015, ed anche la seconda delibera di AEEGSI (di approvazione del c.d. Codice di Rete) è stata annullata dal TAR Lombardia con sentenza n. 244 del 31/1/2017, con riferimento alla eterointegrazione del contratto-tipo di distribuzione con la previsione dell'obbligo del *trader* di fornire al distributore la garanzia anche in ordine agli oneri generali di sistema non riscossi dai clienti finali.

La S.p.A. E-Distribuzione, con comunicazione del 10/2/2017, diffidava l'odierna attrice ad adeguare la garanzia all'ammontare complessivo degli oneri generali di sistema, diffida a cui si opponeva Gala S.p.A., chiedendo alla controparte, con missiva del 22/2/2017, di adeguarsi ai principi espressi dalla giustizia amministrativa, ma il distributore, con comunicazione del 24/6/2017, dichiarava di volersi avvalere della risoluzione di diritto del contratto a causa del mancato reintegro della garanzia sino all'ammontare complessivo dell'intera quota degli oneri generali di sistema.

Ciò posto, la S.p.A. Gala deduce la violazione, da parte della S.p.A. E-Distribuzione, dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, nonché dei divieti di abuso di dipendenza economica ex art. art. 9, co. I, II e III, della legge 18/6/1998, n. 192 e di abuso di posizione dominante di cui agli artt. 3 della legge 10/10/1990, n. 287 e 102 del T.F.U.E., con conseguente nullità delle clausole nn. 6, 11 e 22 del contratto di trasporto di energia elettrica *inter partes* stipulato il 23/5/2012.

Conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, la posizione dominante corrisponde alla potenza economica in virtù della quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e può tenere comportamenti indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e dei consumatori.



Giova premettere che le società ENEL S.p.A. ed ENEL Energia S.p.A. sono estranee al rapporto contrattuale tra Gala S.p.A. ed E-Distribuzione S.p.A., con riferimento al quale l'attrice si duole di condotte illecite per abuso di dipendenza economica ed abuso di posizione dominante e non vi è prova che abbiano interferito nella formazione dell'accordo controverso o che, con la loro condotta, si siano rese responsabili di abuso di posizione dominante in danno di Gala S.p.A..

In particolare, ENEL S.p.A. è la *holding* del Gruppo ENEL ed ENEL Energia S.p.A. è la società del Gruppo che agisce come *trader*; con particolare riferimento ad ENEL Energia S.p.A., società *trader* del Gruppo ENEL, difetta di idonea allegazione e prova la asserita condotta illecita che quest'ultima avrebbe posto in essere, anche a titolo di concorso con le altre società del Gruppo ENEL, per dirottare a proprio vantaggio i clienti di Gala S.p.A., dopo la risoluzione del contratto di distribuzione di energia elettrica stipulato da quest'ultima con E-Distribuzione S.p.A., mediante la loro acquisizione al servizio di maggior tutela o al servizio di salvaguardia.

Invero, il D.Lgs. n. 79/1999 ha liberalizzato il mercato elettrico, sopprimendo il monopolio delle attività a suo tempo attribuite ad ENEL.

Relativamente alla gestione da parte di ENEL Energia S.p.A. dei clienti con i servizi di maggior tutela e di salvaguardia, si rileva che il D.L. 18 giugno 2007 n. 73, convertito con L. 3 agosto 2007 n. 125, stabiliva le misure necessarie per dare attuazione alla normativa comunitaria, segnatamente la direttiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26/6/2003, in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia, per consentire l'apertura del mercato libero anche ai clienti domestici, tra cui:

- la separazione societaria tra l'attività di distribuzione di energia elettrica da un lato e l'attività di vendita dall'altro (comma 1);
- il regime di c.d. di "maggior tutela" per i clienti finali domestici e per le piccole imprese (ovvero i clienti non domestici) connessi in bassa tensione (comma 2);
- un regime c.d. di "salvaguardia" per i clienti finali non aventi diritto al servizio di maggior tutela, privi di fornitore sul mercato libero o che non abbiano scelto il proprio fornitore sul medesimo mercato (comma 4).

In attuazione della citata normativa, l'AEEGSI, con delibera n. 337 del 21/12/2007, disciplinava le modalità di organizzazione delle procedure concorsuali curate poi dall'Acquirente Unico.

Le Condizioni Generali di fornitura applicate dagli esercenti il servizio di salvaguardia - compresa Enel Energia S.p.A., si limitano dunque a riprodurre le previsioni di cui alle delibere



dell'ARERA (già AEEGSI) e l'acquisizione dei clienti in regime di salvaguardia o di maggior tutela consegue alla sussistenza di presupposti fissati dalle citate norme.

All'esito della procedura concorsuale per gli anni 2017/2018, sono risultate assegnatarie del servizio in salvaguardia Hera Comm ed Enel Energia S.p.A., che si è aggiudicata una percentuale dei contratti già facenti capo all'odierna attrice.

Deve, quindi, ritenersi che il passaggio di parte dei clienti di Gala S.p.A. ai servizi di maggior tutela o di salvaguardia non è l'effetto del compimento di atti di concorrenza sleale da parte dell'odierna attrice, né la conseguenza di condotte di abuso di posizione dominante, ma discende direttamente dalla legge, che mira ad assicurare la somministrazione di energia elettrica, bene primario, senza soluzione di continuità in caso di risoluzione del contratto di trasporto di energia elettrica tra il distributore di zona ed un *trader*, finché il consumatore finale non stipuli un nuovo contratto con un altro *trader*.

Non è, inoltre, imputabile alle società ENEL S.p.A. ed ENEL Energia S.p.A. come condotta di concorrenza sleale neanche l'inserimento, nel contratto di trasporto stipulato tra le società Enel Distribuzione S.p.A. e Gala S.p.A. il 4/12/2007, della clausola n. 6.6, che prevede, a favore delle società controllate, ai sensi dell'art. 2359 c.c., di presentare, in sostituzione della garanzia di cui all'articolo 6.1 del contratto, la c.d. *patent guarantee company*, ovvero una lettera di garanzia a prima richiesta rilasciata dalla società controllante, nel rispetto di quanto previsto dall'allegato B2, trattandosi di un regime applicabile a tutte le società controllate ed essendo effettivamente fungibile la garanzia autonoma di cui alla clausola 6.1 con quella, sempre con clausola a prima richiesta, rilasciata dalla società controllante.

Si rileva, inoltre, che, come dedotto dalle convenute e non specificamente contestato dall'attrice, la S.p.A. ENEL Energia, società del Gruppo ENEL operativa come *trader*, ha fornito al distributore garanzie fideiussorie al pari dell'odierna attrice, quindi non è neanche astrattamente ipotizzabile una condotta anticoncorrenziale delle società del Gruppo ENEL *ad excludendum* in danno degli altri *traders* ed in particolare di Gala S.p.A..

Orbene, come dedotto dalla S.p.A. E-Distribuzione, Gala S.p.A. si è resa inadempiente non soltanto all'obbligo contrattualmente assunto di corrispondere al *trader* gli oneri generali di sistema non riscossi dai suoi clienti finali, ma ha sospeso ogni pagamento a far tempo dal 31/3/2017, con riferimento sia agli oneri generali di sistema, riscossi e non, sia al corrispettivo del contratto di trasporto stipulato con E-Distribuzione S.p.A..



In ordine al denunciato abuso di posizione dominante, gli strumenti di contrasto degli illeciti concorrenziali sono presidiati da norme comunitarie (artt. 81 e 82 del Trattato istitutivo della Comunità europea, oggi artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione) che producono effetti diretti nei rapporti tra i privati ai quali attribuiscono diritti soggettivi che i giudici nazionali devono tutelare (v. Corte giust. 18.3.1997, C- 282/95), al pari delle Autorità amministrative nazionali. La posizione di centralità affidata a queste ultime nel garantire l'efficacia diretta del diritto antitrust mediante gli strumenti di *public enforcement* non esclude il dovere degli Stati membri di adottare rimedi efficaci di *private enforcement* e, quindi, anche di interpretare le norme interne processuali in senso orientato a quel fine. Il Reg. CE sulla concorrenza 16/12/2002 n. 1/2003 ha esplicitato con chiarezza che (non solo le predette Autorità amministrative ma anche) “le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri” (considerando 7).

È in quest'ottica che vanno lette le norme comunitarie che prevedono, non solo, la cooperazione tra i giudici nazionali e le Autorità Antitrust (nazionali e comunitarie) mediante obblighi informativi reciproci, di richiesta e presentazione di osservazioni da parte delle predette Autorità (art. 15 del Reg. CE n. 1/2003 cit.), ma persino il divieto per il giudice nazionale di emettere decisioni in contrasto con quelle della Commissione (già “adottate” o “contemplate... in procedimenti avviati”) , oltre alla possibilità di sospensione del giudizio civile (art. 16 Reg. cit.). Nella medesima direzione si colloca la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26/11/2014 n. 104, la quale, contenendo norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno (e, si deve ritenere, anche di nullità contrattuale) ai sensi del diritto nazionale per le violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea, sviluppa una chiara linea di tendenza già presente nel Trattato, oltre che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea per quanto concerne il valore di effettività della tutela giurisdizionale (art. 47).

La citata direttiva ha affermato con chiarezza che “per garantire un'efficace applicazione a livello privatistico a norma del diritto civile e un'efficace applicazione a livello pubblicistico da parte delle autorità garanti della concorrenza, i due canali devono interagire in modo da



assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza” (considerando 6); che “gli Stati membri provvedono affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all’esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l’esercizio del diritto, conferito dall’Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza” (art. 4); che le azioni civilistiche a fronte delle “violazioni del diritto della concorrenza dell’Unione o nazionale richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica”, che “gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all’attore” e che “in tali circostanze, rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all’inizio di un’azione e presentare elementi di prova esattamente specificati possono impedire in maniera indebita l’esercizio efficace del diritto al risarcimento garantito dal Trattato sul Funzionamento dell’Unione” (considerando 14).

La medesima direttiva del 2014, per favorire l’utilità delle azioni dei privati danneggiati in caso di violazione del diritto della concorrenza da parte di un’impresa o un’associazione di imprese, ha previsto specifici meccanismi di *disclosure* della prova mediante ordini che i giudici nazionali possono emettere nei confronti del convenuto o di un terzo quando la violazione denunciata dall’attore sia “plausibile” (art. 5 e segg.); ha inoltre stabilito, sviluppando quanto già previsto dall’art. 16 del Reg. n. 1 del 2003 (limitatamente agli effetti delle decisioni della Commissione sui giudizi civili), che “gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un’autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell’azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi degli artt. 101 o 102 del Trattato o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza” (art. 9) (cfr. Cass. civ. n. 11564 del 04/06/2015).

La disparità di trattamento contrattuale non è abusiva - ai sensi dell’art. 3 legge n. 287 del 1990 - soltanto a condizione che il contraente che la pratica non si trovi in posizione dominante, perché, in tal caso, tale disparità è frutto del lecito esercizio dell’autonomia negoziale delle parti e trova nella controparte un soggetto altrettanto libero di determinare le proprie scelte contrattuali; mentre non è così quando la disparità di trattamento sia la conseguenza della posizione dominante di cui il contraente più forte abusi, a fronte della dipendenza economica dei contraenti



più deboli, i quali sono costretti a sottostare a qualsiasi pretesa, dal momento che a loro è impossibile, o grandemente difficile, reperire sul mercato adeguate alternative (cfr. Cass. civ. n. 3638 del 13/02/2009).

Il danno cagionato mediante abuso di posizione dominante non è *in re ipsa*, ma, in quanto conseguenza diversa ed ulteriore rispetto alla distorsione delle regole della concorrenza, deve autonomamente provarsi secondo i principi generali in tema di responsabilità aquiliana (cfr. Cass. civ. n. 20695 del 10/09/2013).

La norma dell'art. 3 della legge n. 287 del 1990, nel vietare l'abuso della “da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”, non mira ad impedire la conquista di una posizione dominante ovvero di una posizione di monopolio (obiettivo questo, se mai, delle norme che disciplinano le concentrazioni), bensì ad impedire che tali posizioni, una volta raggiunte, tolgano competitività al mercato, ledendo la sua essenziale struttura concorrenziale e, quindi, il diritto degli altri imprenditori a competere con il dominante. La posizione dominante è, dunque, abusiva (secondo la citata norma) quando viene esercitata per ostacolare l'effettiva concorrenza ed il giudice, nel relativo accertamento, deve andare alla ricerca della concorrenza "virtuale" (ossia, di quella che sarebbe rimasta se la posizione dominante non fosse stata esercitata nel modo che si pretende abusivo), definendo il mercato di riferimento, la sua estensione geografica, l'area di sostituibilità dei prodotti e dei servizi in questione, sicché su tale sostituibilità da parte del mercato il comportamento del dominante possa essere valutato nei suoi effetti (cfr. Cass. civ. n. 6368 del 17/05/2000).

Ciò posto, viene in rilievo *in primis* l'individuazione del mercato rilevante.

Ai fini dell'accertamento di una condotta anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, la perimetrazione del mercato rilevante - da attuarsi attraverso l'analisi della sostituibilità della domanda (ed eventualmente dell'offerta), con riferimento a beni e servizi intercambiabili dal consumatore in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi, delle abitudini e tendenze dei consumatori e con riferimento ad una determinata area geografica in cui le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee - rappresenta un presupposto essenziale per l'eventuale individuazione di un abuso di posizione dominante. Detta operazione implica l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di "mercato rilevante" come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, sindacabile in sede di legittimità per violazione di legge (cfr. Cass. civ. n. 11564 del 04/06/2015).



Nell'ambito della pratica del diritto della concorrenza, la definizione del mercato è quel processo il cui fine è di individuare un insieme di prodotti/servizi e loro fornitori (attuali e potenziali) che siano effettivamente sostituibili per la soddisfazione di un determinato bisogno economico, delimitandone al tempo stesso l'ambito geografico di riferimento (Comunicazione della Commissione CE 97/C 372/03). In tal senso, il mercato rilevante presenta sia una dimensione merceologica sia una dimensione geografica.

Per consolidata giurisprudenza il mercato del prodotto/servizio rilevante comprende i prodotti o i servizi sostituibili o sufficientemente intercambiabili, in funzione non solo delle loro caratteristiche obiettive, dei loro prezzi e dell'uso cui sono destinati, ma anche in funzione delle condizioni di concorrenza e/o della struttura della domanda e dell'offerta sul mercato in questione: la sostituibilità dei prodotti va vista sul doppio versante della domanda (c.d. elasticità incrociata della domanda) e dell'offerta.

In particolare, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, al fine di delineare il mercato rilevante, oltre a considerare i prodotti o servizi sufficientemente intercambiabili per caratteristiche obiettive, prezzi e destinazione, ritiene necessario analizzare le condizioni di sostituibilità prevalenti dal lato della domanda e dell'offerta, applicando il test del monopolista ipotetico, *small but significant non transitory increase in price* (SSNIP test).

Nella specie, la S.p.A. E-Distribuzione gode di una posizione dominante nel mercato rilevante, segnatamente quello della distribuzione di energia elettrica nella zona geografica per la quale risulta concessionaria del servizio in regime di monopolio legale, con cui pertanto i *traders* sono tenuti a contrarre per esercitare la propria attività.

Trattasi tuttavia di una situazione di monopolio "di diritto", in quanto previsto – e imposto – dall'attuale assetto normativo del mercato dell'energia elettrica, non di un monopolio instauratosi per effetto di una condotta escludente da parte dei distributori operativi nelle varie aree geografiche, pertanto ogni ulteriore valutazione sulla condotta della convenuta deve essere inquadrata tenendo conto della sua situazione di monopolista pubblico, obbligato a contrarre con tutti gli utenti del servizio di distribuzione dell'energia elettrica ed in quanto tale maggiormente esposto ai rischi di inadempimento da parte di questi ultimi rispetto ad un operatore presente in un settore di libero mercato, che gode di autonomia anche nella scelta dei contraenti.

Nella specie non vi è prova dell'abuso della posizione dominante di E-Distribuzione S.p.A..

La S.p.A. Gala, in particolare, a fondamento dell'accusa rivolta alla controparte di abuso di posizione dominante deduce che la S.p.A. E-Distribuzione le avrebbe imposto la prestazione di



una garanzia stimata sugli oneri di sistema, con la previsione della sospensione/risoluzione del contratto in caso di mancata prestazione o adeguamento della garanzia, tale da ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva nel mercato collegato della vendita di energia elettrica in danno degli operatori estranei al suo gruppo societario, impedendo alla S.p.A. Gala di avvalersi delle opportunità offerte dal mercato di riferimento, poiché, per prestare l'onerosa garanzia pretesa dal distributore, non avrebbe potuto accedere a condizioni più vantaggiose per l'approvvigionamento della materia prima e la vendita ai consumatori finali.

Giova premettere che, come osservato dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5619/2017, gli oneri generali di sistema concorrono alla determinazione del prezzo finale dell'energia elettrica unitamente ai costi di energia ed approvvigionamento, ai costi relativi a "rete e misura" ed alle imposte. Essi coprono i costi relativi agli incentivi per le fonti rinnovabili e i costi da destinare a finalità sociali, sono fissati ex lege e, ai sensi dell'art. 39, co. III, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con L. 7 agosto 2012, n. 134, sono a carico dei clienti finali, nella quantificazione via via operata dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA).

Conseguentemente, gli oneri generali di sistema, al pari delle altre tre macrocategorie di costi richiamate, sono inclusi nella bolletta elettrica (se ed in quanto) parametrati ed ancorati (geneticamente e funzionalmente) ai costi sostenuti nell'ambito dell'attività di produzione e distribuzione dell'energia: ossia al costo effettivo dell'energia e del servizio reso in favore del consumatore finale.

Ai sensi dell'art. 39, comma 3, D.L. legge 22 giugno 2012, n. 83 "I corrispettivi a copertura degli oneri generali di sistema elettrico ed i criteri di ripartizione dei medesimi oneri a carico dei clienti finali sono rideterminati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas...".

L'art. 2, comma 12 lett. e) L. 482/1995 dispone che l'Autorità "stabilisce e aggiorna ... le tariffe di base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe, di cui ai commi 17, 18 e 19, nonché le modalità per il recupero dei costi eventualmente sostenuti nell'interesse generale in modo da assicurare...la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse di cui al comma 1 dell'articolo 1".

In virtù della regolamentazione datane dall'ARERA, dall'1/1/2018 gli oneri generali sono suddivisi tra oneri generali relativi al sostegno delle energie rinnovabili ed alla cogenerazione (Asos) e rimanenti oneri generali (Arim).

In precedenza, gli oneri di sistema in bolletta erano così suddivisi:

A2: oneri nucleari (legati alle attività di smantellamento delle centrali nucleari);



A3: incentivi alle fonti rinnovabili;

A4: agevolazioni per il settore ferroviario;

A5: ricerca di sistema;

Ae: agevolazioni alle industrie energivore;

As: oneri per il bonus elettrico.

La componente tariffaria degli oneri di sistema residuali (ARIM) è composta dai seguenti elementi:

A2RIM per la copertura dei costi connessi allo smantellamento delle centrali elettronucleari dismesse, alla chiusura del ciclo del combustibile nucleare e alle attività connesse e conseguenti.

Corrisponde alla componente tariffaria A2 applicata fino al 31 dicembre 2017;

A3RIM per la copertura dei costi per l'incentivazione della produzione ascrivibile a rifiuti non biodegradabili. Corrisponde alla quota parte della componente A3 applicata fino al 31 dicembre 2017 che non è rientrata nell'elemento A3SOS;

A4RIM per la copertura dei costi per la perequazione dei contributi sostitutivi del regime tariffario speciale riconosciuto a RFI (gruppo Ferrovie dello Stato). Corrisponde alla componente tariffaria A4 applicata fino al 31 dicembre 2017;

A5RIM per la copertura dei costi relativi all'attività di ricerca e sviluppo finalizzata all'innovazione tecnologica di interesse generale del sistema elettrico. Corrisponde alla componente tariffaria A5 applicata fino al 31 dicembre 2017;

ASRIM per la copertura degli oneri derivanti dall'adozione di misure di tutela tariffaria per i clienti del settore elettrico in stato di disagio. Corrisponde alla componente tariffaria AS applicata fino al 31 dicembre 2017;

Auc4RIM per la copertura delle integrazioni alle imprese elettriche minori. Corrisponde alla componente tariffaria UC4 applicata fino al 31 dicembre 2017;

Auc7RIM per la copertura degli oneri derivanti da misure ed interventi per la promozione dell'efficienza energetica negli usi finali. Corrisponde alla quota parte della componente UC7 relativa ai suddetti oneri applicata fino al 31 dicembre 2017;

ASVRIM per la copertura degli oneri per il finanziamento di interventi a favore dello sviluppo tecnologico e industriale per l'efficienza energetica. Corrisponde alla quota parte della componente UC7 relativa ai suddetti oneri applicata fino al 31 dicembre 2017;

AmctRIM per il finanziamento delle misure di compensazione territoriale. Corrisponde alla componente tariffaria MCT applicata fino al 31 dicembre 2017.



Tanto premesso, è opportuno ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa formatasi nella materia degli oneri generali di sistema con riferimento alle deliberazioni adottate dall'Autorità di regolazione del settore (AEEGSI e poi ARERA), al fine di inquadrare le contestazioni mosse dall'attrice alle previsioni contrattuali sopra citate e la speculare prospettazione della convenuta.

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2182 del 24/5/2016, accogliendo l'appello proposto avverso la sentenza del TAR Lombardia - Milano n. 854/2015, ha annullato la delibera dell'AEEGSI n. 612/2013 nella parte in cui imponeva al *trader* la prestazione della garanzia a copertura del rischio derivante dal mancato pagamento degli oneri generali di sistema da parte del cliente finale.

Osserva il Consiglio di Stato che:

- difetta il potere regolatorio dell'Autorità in questa materia;
 - in mancanza di una previsione legislativa sul soggetto su cui debba gravare la conseguenza del mancato pagamento degli oneri di sistema è rimesso all'autonomia negoziale delle parti, nella stipulazione dei contratti di trasporto di energia elettrica, regolare eventualmente questo profilo
- L'AEEGSI - Autorità per l'Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico, con delibera n. 268-15, all'art. 2.7 aveva previsto che l'importo GAR comprende tre mesi di erogazione del servizio per i punti di prelievo di cui al contratto di servizio e il successivo art. 2.8 aveva disposto che l'importo GAR dovesse essere comprensivo degli oneri generali di sistema.

Il TAR Lombardia – Milano, con sentenza n. 244/2017, ha annullato la citata delibera dell'AEEGSI n. 268-15 nella parte in cui imponeva l'obbligo di garanzia anche per l'importo comprensivo degli oneri generali di sistema, ritenendo inesistente il potere di eterointegrazione del contratto in capo all'Autorità di regolazione del settore con imposizione al *trader* di garanzie per obbligazioni che non sono proprie dello stesso venditore

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 5620 del 30/11/2017, ha rigettato l'appello avverso la citata sentenza del TAR Lombardia - Milano n. 244/2017, osservando che:

- non esiste una previsione legislativa che preveda il *passing on* delle conseguenze del mancato versamento degli oneri generali di sistema da parte dei clienti finali;
- non è previsto al livello legislativo il soggetto che subisce le conseguenze dell'inadempimento dei clienti finali nel pagamento degli oneri generali di sistema;



- l'imposizione ai *traders* delle garanzie ai distributori a copertura dell'obbligo di pagamento degli oneri generali di sistema da parte del cliente finale è foriera di asimmetria contrattuale, di squilibrio del rapporto, onerando la parte debole della catena distributiva di un rischio improprio. In sostanza il Consiglio di Stato ha ritenuto che non fosse stato conferito all'A.E.E.G.S.I. (ora ARERA) il potere di eterointegrazione del contratto tra il distributore dell'energia elettrica e i *traders* con la previsione del ribaltamento del rischio di insolvenza del consumatore finale in relazione all'obbligo di corrispondere la somma dovuta a titolo di "Oneri di sistema", ma ciò non esclude che le parti possono, nella loro libertà negoziale, prevedere l'obbligo a carico del *trader* di prestare la garanzia a copertura del rischio di inadempimento del consumatore finale dell'obbligo di pagamento degli oneri di sistema.

La carenza di potere di eterointegrazione del contratto in capo all'Autorità, in base all'orientamento prevalente nella giurisprudenza amministrativa, riguarda tuttavia l'impossibilità di porre a carico dei *traders* l'obbligo di fornire garanzie per obbligazioni gravanti esclusivamente sui clienti finali, quale quella di corrispondere gli oneri generali di sistema, ma non impedisce di prevedere l'obbligo in capo ai *traders* di fornire garanzie a copertura del rischio di inadempimento di obbligazioni proprie di questi ultimi, quale l'obbligo di corrispondere al distributore il gettito degli oneri di sistema già riscossi.

Osserva al riguardo il TAR Lombardia – Milano, con sentenza n. 244 del 31/1/2017, che l'assenza di un potere dell'Autorità di eterointegrazione dei contratti tra distributori e *traders* mediante l'imposizione di garanzie a carico di questi ultimi deve essere predicata con esclusivo riferimento alle obbligazioni che non sono proprie degli stessi *traders* e che tali soggetti non sono tenuti ad assumere in virtù di norme di legge.

Diversamente è, invece, a dirsi allorché si tratti di prestazioni dovute da parte dei *traders*, tra le quali rientra l'obbligo di versamento ai distributori degli oneri generali di sistema che i *traders* abbiano già effettivamente riscosso presso i clienti finali.

Con riferimento a tali obbligazioni, sono infatti astrattamente riscontrabili proprio quelle esigenze di tutela degli utenti, oltre che di tenuta del sistema nel suo complesso, che legittimano l'intervento dell'Autorità mediante la fissazione delle condizioni economiche di accesso alla rete (v. articolo 2, comma 12 lettera d) della legge n. 481 del 1995); condizioni tra le quali deve ritenersi rientrante anche la prestazione di garanzie per obbligazioni proprie del *trader*.

Del resto, la giurisprudenza si è espressa favorevolmente, già in altre occasioni, in ordine alla sussistenza di un potere dell'Autorità di imporre garanzie per debiti propri di un soggetto della



filiere energetica (v. ad esempio il caso deciso da Cons. Stato, Sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3898, che, in relazione alla fattispecie concreta, ha ricavato ad altro titolo, ossia dalla previsione dell'articolo 2, comma 12, lett. e) della legge n. 481 del 1995, il potere dell'Autorità di imporre la prestazione di garanzie personali a imprese che intendevano continuare a fruire di un regime tariffario agevolato, per il caso in cui tale regime fosse successivamente ritenuto aiuto di Stato, con conseguente obbligo di riversare i benefici ricevuti) (cfr. TAR Lombardia n. 270/2019 del 6/2/2019).

L'ARERA (Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente), a seguito della citata giurisprudenza amministrativa, con la delibera n. 50/2018/R/EEL dell'1/2/2018, ha introdotto un "meccanismo di riconoscimento dei crediti non recuperabili a titolo di oneri generali di sistema versati dai distributori alla CSEA (Cassa per i Servizi Energetici e Ambientali) e al GSE (Gestore dei Servizi Energetici S.p.A.), che prevede la distribuzione sulla generalità dei clienti finali delle conseguenze del mancato pagamento degli stessi.

Con successiva delibera n. 32/2021/R/EEL del 2/2/2021, l'ARERA ha emanato disposizioni relative al riconoscimento degli oneri generali di sistema non riscossi dai clienti finali e già versati alle imprese distributrici da parte dei traders, prevedendo la riduzione del 4,9% del massimale delle garanzie prestate dai traders in favore dei distributori, al fine di adeguare tale importo alle somme generalmente riscosse a titolo di oneri generali di sistema.

Gli oneri di sistema sono quindi oggetto di esazione mensile in favore della CSEA e del GSE presso le imprese di distribuzione ai sensi degli artt. 9, 39, 40 e 41 del Testo Integrato delle disposizioni per l'erogazione dei servizi di Trasmissione e Distribuzione dell'energia elettrica (T.I.T.) approvato con deliberazione del 23/12/2015, n. 654/2015/R/EEL per il periodo 2016/2019, indipendentemente dal relativo pagamento da parte dei clienti dei contratti di trasporto, analogamente a quanto attualmente previsto dall'art. 36 del T.I.T. emanato per il periodo 2020/2023 con delibera dell'Arera n. 568/2019/R/EEL.

Orbene, a fronte della deduzione della convenuta, secondo cui l'onere della garanzia comprensiva del valore degli oneri di sistema è imposta a tutti i venditori di energia elettrica che stipulano contratti con la S.p.A. E-Distribuzione, l'attrice non ha fornito alcuna prova specifica di condotte anticoncorrenziali poste in essere dalla controparte mediante un trattamento di favore nei confronti delle società del gruppo ENEL.

Non può ritenersi integrata, a carico dell'odierna convenuta, neanche la violazione dell'art. 3 L. n. 287/1990, lett. a), che vieta di "imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di



vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose” o lettera b), che vieta di “impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori”.

Giova a tale riguardo richiamare la giurisprudenza più recente dell’adito Tribunale, cui il collegio aderisce, condividendone le premesse e le conclusioni, secondo cui non è configurabile, in capo alla S.p.A. E-Distribuzione, la violazione del divieto di abuso di posizione dominante o della normativa europea relativa alla tutela della concorrenza per aver imposto al *trader* l’obbligo di prestare la garanzia tenendo conto dei costi derivanti dagli oneri di sistema, essendo coerente con l’obbligo posto a carico dei clienti finali di corrispondere gli oneri generali di sistema che il rischio della loro insolvenza gravi sui *traders*, avendo questi ultimi contatti diretti con gli utenti finali dell’energia elettrica, non anche i distributori.

In particolare, al contrario dei distributori, su cui incombe l’obbligo di contrarre con quanti ne facciano richiesta, i *traders*, operando in regime di libero mercato, hanno la facoltà di scelta dei propri contraenti tra gli utenti finali dell’energia elettrica, possono porre a carico di questi ultimi garanzie a tutela del rischio della loro insolvenza e possono agire nei loro confronti per soddisfare i propri crediti a titolo di corrispettivo della vendita di energia elettrica, compresa la maggiorazione dovuta a titolo di oneri generali del sistema elettrico.

Ne consegue che le clausole contrattuali nn. 6, 11 e 22 del contratto di distribuzione *inter partes*, non determinando un abusivo squilibrio delle condizioni contrattuali a carico dei *traders*, non integrano gli estremi dell’abuso di posizione dominante.

Si rileva, invero, che la clausola che pone a carico dei *traders* l’obbligo di fornire una garanzia a copertura del rischio derivante dal mancato pagamento degli oneri di sistema da parte dei *traders* a prescindere dalla loro riscossione dai clienti finali non determina alcun vantaggio illecito a favore di E-Distribuzione S.p.A., che è mero collettore in favore di GSE S.p.A. e CSEA degli oneri generali di sistema fatturati, poiché la S.p.A. E-Distribuzione, quale concessionario di un servizio di interesse economico generale e operatore in regime di monopolio legale, nella stipulazione ed esecuzione del contratto di trasporto, agisce in adempimento di specifici obblighi e non ricava alcun profitto dall’esazione, anche mediante escussione della correlata garanzia, della quota di corrispettivo costituita dagli oneri generali di sistema, che deve integralmente riversare alla GSE S.p.A. ed alla CSEA.

In particolare, il distributore deve applicare la tariffa comprensiva delle componenti di cui al T.I.T., tra cui gli oneri generali di sistema, secondo quanto ivi stabilito ed in base alle



deliberazioni approvate dall'Autorità regolatrice del settore, attualmente l'ARERA, pertanto in ordine alla fissazione della tariffa non è ravvisabile alcuna indipendenza dell'odierna convenuta, che è inserita in un sistema verticale in una posizione in cui deve riversare alla CSEA ed al GSE il gettito degli oneri generali di sistema fatturato nei confronti dei *traders*, che a loro volta li pongono a carico dei clienti finali. Nell'esercizio di tale attività la S.p.A. E-Distribuzione non agisce in una situazione di indipendenza, non potendo determinare né le tariffe per il servizio di distribuzione strettamente inteso, né la misura degli oneri di sistema, operando in un mercato regolamentato: non rileva, ai fini di interesse, che la S.p.A. E-Distribuzione si inserisca in un Gruppo societario verticalmente integrato nel settore dell'energia elettrica, essendo una articolazione di ENEL S.p.A., produttore di energia elettrica, che controlla altresì ENEL Energia S.p.A., esercente l'attività di *trader*, poiché nessuna delle società del gruppo ENEL è in grado di influire sulla determinazione delle tariffe comprensive degli oneri generali di sistema, né sulla obbligatorietà del loro pagamento a favore della CSEA e della S.p.A. GSE.

Orbene, pur ammettendo che l'odierna convenuta si trovi in posizione dominante anche nell'ambito del segmento della sua attività afferente alla esazione degli oneri generali di sistema, non vi è prova che per effetto delle clausole contrattuali con cui è stato imposto all'attrice di prestare garanzia per il caso di mancato pagamento degli oneri di sistema derivi un vantaggio economico all'impresa dominante privo di giustificazioni commerciali plausibili, atteso che, nel caso di specie, dall'assunzione, da parte del venditore, dell'obbligo di versare al distributore anche gli oneri di sistema non ancora riscossi dal cliente finale e dall'imposizione di una idonea garanzia per l'adempimento di tali obbligazioni a carico del venditore, la S.p.A. E-Distribuzione non trae altro vantaggio se non quello, non arbitrario, di non esporsi, a sua volta, ad un rischio verso il GSE e la CSEA. La previsione di una garanzia volta a traslare sul venditore il rischio dell'inadempimento del cliente finale non è diretto ad ostacolare la concorrenza, ma a cautelarsi dall'eventuale inadempimento del consumatore.

Si rileva al riguardo che l'asimmetria contrattuale che il Consiglio di Stato, con la citata sentenza n. 5619/2017, ha ravvisato nell'imporre al *trader* la garanzia per l'ipotesi di inadempimento del cliente finale del pagamento degli oneri di sistema non è conseguenza di un abuso, ma è giustificata dalla dinamica dei rapporti che costituiscono la filiera dell'energia elettrica.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, non è necessario il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'U.E. per l'interpretazione degli artt. 102 e 106 TFUE, posto che la condotta della convenuta non costituisce abuso di posizione dominante.



E' inammissibile, in quanto proposta con la comparsa conclusionale, la allegazione attorea della violazione del divieto di abuso di posizione dominante da parte della E-Distribuzione S.p.A., che sarebbe stata posta in essere attraverso l'accordo transattivo da quest'ultima stipulato con Metaenergia S.p.A., per effetto del quale, a far tempo dal 7/2/2014, Metaenergia S.p.A. era tenuta al rilascio delle garanzie a copertura dei soli oneri generali di sistema effettivamente riscossi dai clienti finali.

Premesso che trattasi di una nuova prospettazione di abuso di posizione dominante, non compresa nelle allegazioni contenute nell'atto di citazione e nella memoria ex art. 183, co. VI, n. 1 c.p.c., è precluso alle parti proporre nuove allegazioni con le memorie ex art. 190 c.p.c., il cui contenuto deve essere meramente riepilogativo delle deduzioni già svolte e delle risultanze processuali. Con le memorie di cui all'art. 190 c.p.c. le parti possono solo replicare alle deduzioni avversarie ed illustrare ulteriormente le tesi difensive già enunciate nelle comparse conclusionali e non anche esporre questioni nuove o formulare nuove conclusioni, sulle quali, pertanto, il giudice non può e non deve pronunciarsi (cfr. Cass. civ. n. 98 del 07/01/2016).

E' priva di pregio, inoltre, l'addotta violazione, da parte di E-Distribuzione S.p.A., di una condotta anticoncorrenziale per avere la convenuta definito transattivamente la vertenza insorta con Green Network S.p.A. circa l'obbligo di quest'ultima di versamento a favore del distributore degli oneri generali di sistema non riscossi dai clienti finali, trattandosi di un accordo finalizzato alla definizione di un contenzioso stipulato nell'ambito del piano di risanamento ex art. 67 R.D. n. 267/1942 (L.F.) presentato da Green Network S.p.A., come dedotto dalla convenuta.

Anche con riguardo a tale questione, inoltre, viene in rilievo un ampliamento inammissibile del *thema decidendum* delineato entro i termini per il maturare delle preclusioni assertive, essendo la relativa questione stata introdotta con le note scritte di trattazione depositate l'11/9/2020 per l'udienza del 17/9/2020.

Quanto al contestato abuso di dipendenza economica, giova premettere che, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 192/1998, "E' vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti".



Ai fini dell'applicazione del precetto sopra indicato, è pertanto necessaria la presenza di una situazione di dipendenza economica di un'impresa, tenendo conto anche della reale possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti e del conseguenziale abuso di detta situazione.

Conformemente alla giurisprudenza prevalente, l'art. 9 della legge n. 192/1998 vieta l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica in cui si trovi nei loro confronti un'impresa cliente o fornitrice: situazione che va ravvisata allorché l'una sia in grado di determinare nei confronti dell'altra un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi, tramite l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o tramite l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, anche in considerazione della difficoltà, per la vittima dell'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti (cfr. Cass. civ. n. 16878 del 23/7/2014).

Nella specie, sussiste il rapporto di dipendenza economica tra le società Gala S.p.A. ed E-Distribuzione S.p.A., poiché la prima era obbligata a contrarre con la seconda per svolgere la sua attività di venditore di energia elettrica nell'area geografica di competenza della seconda, essendo la convenuta unica concessionaria del servizio di distribuzione di energia elettrica nel suddetto territorio.

Nondimeno, per le ragioni sopra addotte, le clausole contrattuali impugnate dall'attrice non rivestono carattere abusivo, in quanto non determinano alcuno squilibrio rilevante a favore della S.p.A. E-Distribuzione ed a carico dell'attrice.

Le domande attoree di accertamento della nullità delle clausole contrattuali *inter partes* per abuso di posizione dominante e di dipendenza economica da parte della convenuta vanno, quindi, respinte, con conseguente rigetto delle ulteriori pretese restitutorie e risarcitorie della S.p.A. Gala.

Quanto alla pretesa risarcitoria, la domanda è sfornita di idonea allegazione e prova della natura e dell'entità del danno asseritamente subito e da risarcire.

Ai fini della risarcibilità ex art. 1223 c.c., in relazione all'art. 1218 c.c. o agli artt. 2043 e 2056 c.c., il creditore o il preteso danneggiato deve infatti allegare non solo l'altrui inadempimento ovvero allegare e provare l'altrui fatto illecito, ma in entrambi i casi deve pur sempre allegare e provare l'esistenza di una lesione, cioè della riduzione del bene della vita (patrimonio, salute, immagine, ecc.) di cui chiede il ristoro, e la riconducibilità della lesione al fatto del debitore o del danneggiante: in ciò appunto consiste il danno risarcibile, che è un *quid pluris* rispetto alla



condotta asseritamente inadempiente o illecita; in difetto di tale allegazione e prova la domanda risarcitoria mancherebbe di oggetto (cfr. Cass. 5960/2005).

In adesione al principio ermeneutico basato sul concetto di danno-conseguenza in contrapposizione a quello di danno-evento ed escludendo l'ipotizzabilità di un risarcimento automatico e di un danno in re ipsa, così da coincidere con l'evento, appare quindi evidente che la domanda risarcitoria deve essere provata, sia pure ricorrendo a presunzioni, sulla base di conferente allegazione: non si può invero provare ciò che non è stato oggetto di rituale ed adeguata allegazione (cfr. Cass. civ. sez. u. n. 26972/2008).

Nella specie difettano la prova della condotta inadempiente o illegittima della convenuta e del danno patrimoniale sofferto, oltre che del nesso causale.

E' fondata la domanda riconvenzionale proposta dalla S.p.A. E-Distribuzione.

E' d'uopo premettere che la S.p.A. E-Distribuzione ha dichiarato risolto il contratto di trasporto di energia elettrica *inter partes* il 24/6/2017, per effetto dell'inottemperanza della controparte alle diffide ad adempiere alla reintegrazione delle garanzie previste dal contratto e dalla delibera dell'AEEGSI 268/2015/R/eel del 4/6/2015. Nell'atto di risoluzione, in particolare, l'odierna convenuta ha fatto espresso richiamo al paragrafo 5.10 dell'allegato B della deliberazione 268/2015/R/eel del 4/6/2015, per non avere la S.p.A. Gala reintegrato le garanzie prestate, nonostante la citata deliberazione fosse stata parzialmente annullata dal TAR della Lombardia con sentenza n. 244/2017 del 31/1/2017, con cui il giudice amministrativo ha predicato la mancanza del potere dell'Autorità di eterointegrazione dei contratti di trasporto di energia elettrica tra il distributore di zona e i *traders* mediante l'inserimento dell'obbligo di questi ultimi di prestare garanzia a copertura del rischio derivante dal mancato pagamento degli oneri generali di sistema da parte degli utenti finali dell'energia elettrica.

Giova al riguardo compendiare lo svolgimento dei fatti prodromici alla risoluzione contrattuale:

- il 14/3/2017 E-Distribuzione S.p.A. intimava a Gala S.p.A. l'integrazione delle garanzie per l'importo corrispondente di € 59.757.011,57, nonché il pagamento del debito scaduto di complessivi € 51.988.460,59, di cui € 17.307.615,27 pari al debito scaduto il 13/1/2017 ed € 34.680.845,32 pari al debito scaduto il 13/2/2017, diffida reiterata il 15/3/2017;
- il 22/3/2017 E-Distribuzione S.p.A., preso atto del pagamento della sola somma di € 13.225.035,32, escuteva le garanzie per complessivi € 38.800.000,00 e, secondo quanto previsto dal Codice di Rete, impediva a Gala S.p.A. la presentazione di nuove richieste di *switching*,



chiedendo contestualmente al *trader* il reintegro delle garanzie contrattuali fino alla concorrenza di € 146.779.814,58, pena la risoluzione del contratto di trasporto;

- il 23/3/2017 Gala S.p.A. proponeva ricorso in via d'urgenza avanti al Tribunale di Roma, il quale, con decreto *inaudita altera parte*, inibiva ad E-Distribuzione S.p.A. l'escussione delle garanzie;

- il 3/4/2017 la convenuta inviava all'attrice la diffida ad adempiere al pagamento del debito complessivo di € 72.860.016,69 scaduto;

- il 5/4/2017 la E-Distribuzione S.p.A. rilevava il mancato pagamento, da parte di Gala S.p.A., della rata per il servizio di trasporto di energia elettrica scaduta il 31/3/2017 pari ad € 30.000.000,00;

- il 16/5/2017 E-Distribuzione S.p.A. chiedeva l'escussione di una seconda *tranche* di garanzie per € 34.200.000,00, relative ai mancati pagamenti del corrispettivo da parte dell'attrice per complessivi € 40.177.473,04 e adottava le misure previste dal Codice di rete per impedire a Gala S.p.A. la presentazione di nuove richieste di *switching*;

- il 23/5/2017 il Tribunale di Roma, su istanza di Gala S.p.A., inibiva con decreto pronunciato *inaudita altera parte* l'escussione anche di questo secondo blocco di garanzie;

- con ordinanza del 30/5/2017 il Tribunale di Roma – all'esito della instaurazione del contraddittorio - revocava il decreto emesso *inaudita altera parte* con cui era stato inibito ad E-Distribuzione S.p.A. di escutere le garanzie, sicché il 1°/6/2017 l'odierna convenuta chiedeva ai garanti il pagamento di quanto escusso il 22/3/2017 (€ 38,8 milioni), e a Gala S.p.A. il reintegro delle garanzie per un importo complessivo di oltre € 170.000.000,00, pena la risoluzione del contratto ai sensi del Codice di Rete alla data del 23/6/2017;

- il 1°/6/2017 la convenuta, preso atto del rigetto del ricorso cautelare proposto dalla controparte, rinnovava la diffida inviata a quest'ultima il 22/3/2017;

- il 24/6/2017 E-Distribuzione S.p.A. comunicava a Gala S.p.A. la risoluzione del contratto di trasporto e la risoluzione si perfezionava il 18/7/2017.

La risoluzione del contratto è stata, quindi, disposta ai sensi del paragrafo 5.10 dell'allegato B della deliberazione 268/2015/R/eel del 4/6/2015 e dell'art. 22.1 del contratto *inter partes*.

Nondimeno, l'erroneo richiamo, da parte della E-Distribuzione S.p.A., alla deliberazione dell'AEEGSI n. 268/2015/R/eel parzialmente annullata dal giudice amministrativo non incide sulla legittimità della risoluzione del contratto, poiché anche il contratto di distribuzione prevedeva l'obbligo per il *trader* di prestare garanzia a copertura del rischio del mancato



pagamento di ogni corrispettivo od onere posto a suo carico, compresi gli oneri generali di sistema nella loro globalità.

Invero, l'art. 2.1, lett. c) prevedeva l'attivazione, da parte del venditore (Gala S.p.A.), della garanzia in favore del distributore (E-Distribuzione S.p.A.) conformemente al successivo art. 6, che imponeva al *trader* il rilascio di garanzia autonoma con il massimale parametrato al corrispettivo complessivo medio, comprensivo di IVA, corrispondente a due mesi di prelievi presunti, determinati in base ai punti di prelievo e a quelli per i quali fosse stata chiesta l'attivazione.

L'art. 6.3 del contratto prevedeva l'obbligo di adeguamento della garanzia in caso di richiesta di attivazione di nuovi punti di prelievo da parte del *trader*, per effetto dei quali la garanzia già rilasciata fosse risultata di valore inferiore di almeno il 20% rispetto al corrispettivo come sopra determinato; l'art. 6.4 parimenti imponeva l'integrazione della garanzia in caso di escussione anche parziale dell'importo garantito; l'art. 6.6 prevedeva, in alternativa alla garanzia di cui sopra, la possibilità per il *trader*, che fosse una società controllata ai sensi dell'art. 2309 c.c. e in possesso dei requisiti previsti dall'allegato B2 al contratto, di presentare una lettera di garanzia con clausola a prima richiesta rilasciata dalla società controllante (*patent guarantee company*).

L'art. 12.6 del contratto poneva a carico del venditore “gli oneri fiscali relativi al Contratto e al Servizio di Trasporto e tutte le altre somme (come, per esempio, maggiorazioni) che il Distributore sia obbligato ad addebitare ai suoi clienti per effetto di leggi, regolamenti, disposizioni e altri atti adottati dalle Autorità”.

L'art. 22.1, lett. a1) prevedeva la facoltà per il distributore di sospendere o risolvere il contratto, integralmente o limitatamente ad alcuni clienti o punti di prelievo, in caso di mancato verificarsi o successivo venir meno di una delle condizioni previste dall'articolo 2, lett. c), che a sua volta prevedeva l'obbligo per il venditore di attivare la garanzia in favore del distributore secondo quanto previsto dall'art. 6.

Per analoghe ragioni non è priva di effetto la diffida ad adempiere intimata dalla convenuta il 22/3/2017, in quanto all'epoca la delibera dell'Autorità n. 109/2017 non era stata ancora sospesa, mentre il richiamo fatto a tale diffida ed all'inadempimento ivi previsto con la successiva intimazione dell'1/6/2017, dopo che il Consiglio di Stato aveva sospeso la citata delibera, non priva di efficacia la diffida ad adempiere, posto che, come sopra esposto, l'obbligo di prestare le garanzie su cui si controverte era previsto anche contrattualmente e la procedura seguita dalla convenuta ricalca il meccanismo previsto dagli artt. 1454 e 1456 c.c. in materia di risoluzione *de*



iure del contratto per effetto della clausola risolutiva espressa prevista dal contratto o della diffida ad adempiere.

Si rileva, inoltre, che, in occasione dell'escussione di una seconda *tranche* di garanzie con lettera in data del 16/5/2017, quando la delibera 109 dell'Autorità risultava sospesa in via cautelare dal Consiglio di Stato, la E-Distribuzione S.p.A. ha calcolato l'importo delle garanzie con riferimento esclusivo alle clausole contrattuali, senza tener conto della citata delibera sospesa.

E' pertanto legittima la risoluzione del contratto di trasporto di energia elettrica intimata dalla convenuta.

Ne consegue l'accoglimento della domanda riconvenzione proposta in via principale dalla convenuta di condanna dell'attrice al risarcimento del danno derivante dalla risoluzione del contratto di trasporto *inter partes*, pari alle somme non corrisposte dall'attrice a titolo di corrispettivi e oneri generali di sistema, oltre ad interessi moratori come da contratto.

Vanno preliminarmente respinte le eccezioni di inammissibilità della riconvenzionale sollevate dalla S.p.A. Gala.

E' d'uopo premettere che la E-Distribuzione S.p.A. ha proposto la domanda riconvenzionale risarcitoria *in primis* in caso di rigetto della domanda attorea di accertamento della illegittimità della risoluzione contrattuale intimata alla controparte con la missiva del 24/6/2017 e, in second'ordine, quale conseguenza della risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c..

Ebbene, essendo risultata infondata la domanda attorea di accertamento della illegittimità della risoluzione di diritto del contratto di cui si è avvalsa la convenuta, deve procedersi all'esame della riconvenzionale con cui si chiede la condanna dell'attrice al risarcimento del danno.

Si rileva al riguardo che, conformemente alla giurisprudenza prevalente, nei contratti a prestazioni corrispettive, alla risoluzione per inadempimento si accompagna il diritto, per il contraente fedele, al risarcimento del danno, non limitato all'interesse negativo ("*id quod interest contractum non fuisse*"), ma esteso all'interesse positivo ("*quantum lucrari potuit*"), atteso, per un verso, che l'azione di risoluzione è alternativa all'azione di adempimento, la quale è senz'altro finalizzata al conseguimento dell'interesse positivo e considerato, per altro verso, che, diversamente opinando, la responsabilità (contrattuale) per inadempimento coinciderebbe "*quoad effectum*" con la responsabilità precontrattuale, venendosi a trattare in modo uguale situazioni diverse (cfr. Cass. civ. n. 28022 del 14/10/2021).

Osserva, in particolare, la Suprema Corte che gli articoli 1218, 1223 e/o 1382 c.c. disciplinano gli effetti risarcitori.



In dottrina si è discusso se la risoluzione del contratto per inadempimento consenta al contraente fedele di domandare il risarcimento dell'interesse negativo (cioè dell'id quod interest contractum non fuisse), oppure dell'interesse positivo (e cioè il quantum lucrari potui).

La giurisprudenza prevalente della Suprema Corte, a cui il collegio aderisce, condivide la tesi del diritto al risarcimento dell'interesse positivo sulla base di tali assunti:

- l'art. 1453 c.c. consente alla parte fedele il rimedio sia dell'azione di adempimento, sia dell'azione di risoluzione e del risarcimento del danno; ma poiché l'azione di adempimento è senz'altro finalizzata al conseguimento dell'interesse positivo, il rimedio risarcitorio non potrebbe avere oggetto diverso, in virtù del c.d. principio di indifferenza del risarcimento del danno;
- se il risarcimento fosse limitato al solo interesse negativo, esso non potrebbe costituire un adeguato disincentivo all'inadempimento, in contrasto con la generale funzione di deterrenza pacificamente attribuita alla responsabilità civile;
- l'art. 1518 c.c., nel fissare un criterio semplificato per il risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto di vendita, fa espresso riferimento alla lesione dell'interesse contrattuale positivo;
- se in caso di risoluzione fosse dovuto a titolo di risarcimento il solo interesse negativo, la responsabilità per inadempimento verrebbe a coincidere *quoad effectum* con la responsabilità precontrattuale, il che significherebbe trattare in modo uguale casi diversi (cfr. Cass. civ. n. 4473 del 28/03/2001).

E' pertanto ammissibile, oltre che fondata per le ragioni che seguono, la domanda riconvenzionale con cui la E-Distribuzione S.p.A. chiede la condanna di Gala S.p.A. al pagamento delle somme non corrisposte dall'attrice a titolo di corrispettivo per il trasporto, compresa l'IVA *ex lege* e gli oneri generali di sistema.

Ed invero, la E-Distribuzione S.p.A. non ha chiesto, con la comparsa di risposta, la *restitutio* della prestazione eseguita mediante il pagamento del suo controvalore, trattandosi peraltro di contratto a prestazioni continue, ma, a titolo risarcitorio, la somma corrispondente alla sommatoria dei corrispettivi a carico della controparte e da quest'ultima non corrisposti per prestazioni rese dalla convenuta.

La E-Distribuzione S.p.A. ha, infatti, precisato che l'avversa esposizione debitoria "corrisponde esattamente a quanto sinallagmaticamente dovuto ad e-distribuzione a fronte di prestazioni da questa già rese in favore di Gala ed ovviamente irripetibili, sicché proprio a quella esposizione corrisponde il danno da risoluzione per fatto e colpa di Gala subito da edistribuzione" (nota 21 a



pag. 59 della comparsa di risposta): è pertanto evidente che la somma di cui sopra è stata chiesta dalla convenuta a titolo di risarcimento del danno da risoluzione contrattuale, domanda compatibile con la richiesta di accertamento della legittimità della risoluzione di diritto del rapporto *inter partes*.

Venendo al merito, il c.t.u., nella relazione tecnica espletata in corso di causa al fine di accertare la misura dei corrispettivi per il contratto di trasporto maturati in favore della S.p.A. E-Distribuzione e degli oneri di sistema, ha considerato come termine di riferimento l'importo del fatturato attivo di E-Distribuzione S.p.A., pari ad € 314.510.339,61, aggiornato del 15/10/2019. Si rileva al riguardo che la suddetta convenuta ha precisato la domanda riconvenzionale chiedendo la condanna dell'attrice al pagamento in proprio favore della somma di € 314.510.339,61, è comprensiva degli interessi maturati fino al 15/10/2019, di cui:

€ 187.416.997,64 per oneri di sistema al netto dell'IVA

€ 41.989.292,78 per IVA sugli oneri di sistema

€ 55.805.798,15 a titolo di corrispettivo per il trasporto al netto dell'IVA

€ 12.475.239,25 a titolo di IVA sul corrispettivo per il trasporto.

Il 9/11/2017 la S.p.A. E-Distribuzione ha emesso nei confronti di Gala S.p.A. la nota di credito n. 917001361966, con cui ha "stornato" l'importo, già fatturato a Gala S.p.A., di € 311.219.209,86, di cui € 255.097.708,70 per imponibile ed € 56.121.501,16 per I.V.A..

Si rileva al riguardo che, come rilevato dall'ausiliario del Tribunale, nel caso in esame, prima dell'emissione in data 9/11/2017 della nota di credito n. 917001361966, in relazione alle fatture emesse periodicamente da E-Distribuzione S.p.A. a carico di Gala S.p.A., per la prima è sorto l'obbligo di versare periodicamente all'Erario l'IVA addebitata su ciascuna fattura.

Al contempo per Gala S.p.A. è sorto, per il medesimo importo, il diritto di computare il credito IVA in sede di liquidazione periodica.

Ebbene, sul presupposto della risoluzione del contratto di trasporto *inter partes*, la E-Distribuzione S.p.A. ha emesso la nota di credito ai sensi dell'articolo 26, comma II D.P.R. n. 633/1972, poiché, conformemente all'articolo 26, co. IX D.P.R. n. 633/1972, la nota di credito emessa da E-Distribuzione S.p.A. aveva ad oggetto somme fatturate che l'odierna attrice non aveva corrisposto. La S.p.A. E-Distribuzione, infatti, in sede di emissione della nota di credito, ha indicato nel documento la finalità di "recuperare l'imposta sul valore aggiunto...che non comporta alcuna rinuncia al credito rimasto insoddisfatto".



Alla luce della espressa dichiarazione dell'odierna convenuta, in sede di nota di credito, di non voler rinunciare alla relativa pretesa, si ritiene che non vi sia stata rinuncia a quella parte del credito attoreo.

Ebbene, stante la legittimità della risoluzione del contratto di trasporto di energia elettrica stipulato tra le società Gala S.p.A. e E-Distribuzione S.p.A., deve ritenersi dovuta da parte dell'attrice a favore della convenuta della somma di € 300.119.822,18, così ripartita:

€ 187.416.997,64 per oneri di sistema al netto dell'IVA

€ 41.989.292,78 a titolo di IVA sugli oneri di sistema.

€ 55.805.798,15 quale corrispettivo per il trasporto al netto dell'IVA

€ 12.475.239,25 per IVA sul corrispettivo per il trasporto

€ 2.119.626,53 a titolo di corrispettivo connessione al netto dell'IVA

€ 312.867,84 per IVA sul corrispettivo per la connessione.

E' infatti dovuta l'IVA sulle suddette somme, avuto riguardo alla natura dei crediti, conformemente alla giurisprudenza prevalente (cfr. Cass. civ. n. 12468/2019).

E' dovuto a favore della S.p.A. E-Distribuzione l'ulteriore somma di € 14.390.493,70 a titolo di interessi moratori, calcolati ai sensi dell'art. 6 dell'Allegato C alla Delibera dell'ARERA n. 268/2015.

Sulla somma di € 314.510.315,88, comprensiva degli interessi maturati fino al 15/10/2019 ed attualizzata a tale data, decorrono gli interessi ex art. 1284 c.c. dal 15/10/2019 al saldo.

Come sopra esposto, con la delibera n. 50/2018/R/EEL l'ARERA ha introdotto un sistema perequativo, che, a far tempo dall'1/1/2016, consente ai distributori di energia elettrica di recuperare gli eventuali ODS non incassati ma comunque fatturati e versati alla CSEA (e al Gestore dei servizi energetici GSE S.p.A.), nei casi in cui il contratto tra distributori e venditori sia stato risolto per inadempimento da almeno sei mesi, a condizione che il distributore risulti adempiente agli obblighi di versamento degli oneri generali di sistema.

Per finanziare tale meccanismo, è stato istituito presso la CSEA il "Conto per la compensazione dei crediti altrimenti non recuperabili connessi agli oneri generali di sistema", alimentato tramite prelievi dai conti dedicati alle singole componenti degli oneri generali di sistema.

E-Distribuzione S.p.A. ha partecipato al suddetto meccanismo anche con riferimento agli oneri generali di sistema fatturati ma non incassati da Gala S.p.A. e, con delibera del Comitato di gestione della CSEA del 25/9/2019, sono stati riconosciuti in favore della convenuta, in relazione al rapporto con Gala S.p.A., circa € 126.000.000,00, compresi nel pagamento complessivo di €



145.862.770,08 corrisposto dalla CSEA a E-Distribuzione in relazione alle domande formulate per tutti i trader inadempienti.

Ciò posto, ai sensi degli articoli 1.4, 2.2 e 2.4 della delibera dell'ARERA n. 50/2018, gli eventuali oneri di sistema originariamente non incassati dai distributori e oggetto di reintegrazione da parte di CSEA, in caso di incasso successivo, vanno portati a riduzione del CNO (Credito non incassato) o versati alla CSEA (art. 2.4).

Ne consegue che non va scomputato dalla somma spettante alla odierna convenuta a titolo risarcitorio l'importo ricevuto dalla S.p.A. E-Distribuzione per effetto del meccanismo di compensazione di cui alla delibera dell'ARERA n. 50/2018.

Al rigetto delle domande attoree consegue l'assorbimento delle domande proposte dalla S.p.A. E-Distribuzione avverso la CSEA e la S.p.A. GSE, da valutarsi ai fini della regolamentazione delle spese processuali.

Ebbene, trattasi di domande infondate.

Ed invero, l'obbligo per il distributore, nella specie E-Distribuzione S.p.A., di riversare gli oneri generali di sistema a favore dei terzi chiamati in causa deriva, come sopra esposto, dalla complessiva regolamentazione risultante dagli artt. 41, c. 1 e 42, c. 1 TIT - Testo Integrato delle disposizioni per l'erogazione dei servizi di Trasmissione e Distribuzione dell'energia elettrica 2016-2019, approvato come allegato A alla delibera dell'AEEGSI n. 483/2014/R/EEL, secondo cui i distributori sono tenuti a versare alla CSEA e al GSE il "gettito" delle componenti tariffarie riguardanti gli oneri generali di sistema con periodicità mensile, entro il quindicesimo giorno del secondo mese successivo a quello in cui è avvenuta la fatturazione delle componenti relative agli oneri generali di sistema, regolamentazione riproposta dall'art. 36 del TIT 2020/2023 approvato in allegato A alla delibera dell'ARERA n. 568/2019/r/EEL del 27/12/2019.

A sua volta il Codice di Rete, approvato con delibera n. 268/2015 dell'AEEGSI, prevede l'obbligo di fatturazione degli oneri generali di sistema da parte dei distributori.

Ai sensi dell'art. 5.1 della delibera n. 268/2015/R/EEL dell'ARERA – "Codice di Rete tipo per il servizio di trasporto dell'energia elettrica: disposizioni in merito alle garanzie contrattuali ed alla fatturazione del servizio", con decorrenza dall'1/1/2016, le imprese distributrici versano gli oneri generali di sistema e le ulteriori componenti di cui alla Parte IV del TIT alla Cassa, con cadenza mensile, entro il 15° giorno del secondo mese successivo a quello in cui è avvenuta la fatturazione del servizio.



Ne consegue che l'obbligo della S.p.A. E-Distribuzione di riversare gli oneri generali di sistema alle odierne terze chiamate in causa non era in alcun modo condizionato dalle vicende inerenti al contenzioso tra la S.p.A. e la suddetta convenuta, pertanto le spese relative alla chiamata in causa della CSEA e della S.p.A. GSE devono essere poste a carico della S.p.A. E-Distribuzione.

Sussistono giusti motivi, stante la particolare complessità, anche alla luce della giurisprudenza amministrativa, e la novità delle questioni, decise soltanto in sede cautelare dall'A.G.O., per compensare tra le parti le spese processuali nella misura di un terzo; per la restante parte le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza di Gala S.p.A. nei confronti di E-Distribuzione S.p.A., ENEL S.p.A. ed ENEL Energia S.p.A., nonché la soccombenza virtuale di E-Distribuzione S.p.A. nei confronti dei terzi chiamati CSEA e GSE S.p.A.; le spese di lite sostenute dall'intervenuta Sidra S.p.A., che ha esperito intervento volontario rimettendosi alla decisione del Tribunale, rimangono a suo carico.

Per le ragioni sopra addotte non ricorrono i presupposti di cui all'art. 96, co. I e III c.p.c., pertanto va respinta la relativa domanda della E-Distribuzione di condanna dell'attrice ex art. 96, co. I o III c.p.c..

P.Q.M.

visto l'art. 275 c.p.c.;

il Tribunale di Roma, Sezione Specializzata in materia di Impresa, in composizione collegiale, definitivamente pronunciando sulle domande proposte con atto di citazione notificato in data 2/10/2018 dalla S.p.A. Gala, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, avverso le società E-Distribuzione S.p.A., ENEL S.p.A., ENEL Energia S.p.A., con la chiamata in causa di G.S.E. S.p.A. e C.S.E.A. e con l'intervento della S.p.A. Sidra, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, *contrariis reiectis*:

DICHIARA inammissibile la domanda proposta dalla S.p.A. Gala avverso la S.p.A. E-Distribuzione di condanna al risarcimento dei danni per abuso di posizione dominante per violazione dell'art. 102, lett. c) TFUE;

RIGETTA le altre domande proposte dalla S.p.A. Gala avverso le società E-Distribuzione S.p.A., ENEL S.p.A. ed ENEL Energia S.p.A.;

DICHIARA tenuta e, per l'effetto, CONDANNA la S.p.A. Gala al risarcimento del danno in favore della S.p.A. E-Distribuzione, che liquida in € 314.510.315,88, oltre agli interessi ex art. 1284 c.c. dal 15/10/2019 al saldo;



RIGETTA le domande proposte dalle società E-Distribuzione S.p.A. ed ENEL S.p.A. di condanna dell'attrice ex art. 96, co. I o III c.p.c.;

COMPENSA tra le parti le spese di lite nella misura di un terzo e CONDANNA la S.p.A. Gala a rifondere alle società E-Distribuzione S.p.A., ENEL S.p.A. ed ENEL Energia S.p.A. la restante parte, che liquida, quanto ad E-Distribuzione S.p.A., in € 140.000,00 per compenso professionale, oltre al 15% per spese generali ed agli accessori di legge, quanto ad ENEL S.p.A., in € 40.000,00 per compenso professionale, oltre al 15% per spese generali ed agli accessori di legge e, quanto ad ENEL Energia S.p.A., in € 40.000,00 per compenso professionale, oltre al 15% per spese generali ed agli accessori di legge;

COMPENSA tra la E-Distribuzione S.p.A. e le società terze chiamate in causa le spese di lite nella misura di un terzo e CONDANNA E-Distribuzione S.p.A. a rifondere alle società terze chiamate in causa la residua parte, che liquida, quanto alla G.S.E. S.p.A., in € 8.000,00 per compenso professionale, oltre al 15% per spese generali ed agli accessori di legge e, quanto alla C.S.E.A., in € 8.000,00 per compenso professionale, oltre al 15% per spese generali ed agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 17/2/2022.

Il Giudice est.

dr. Tommaso Martucci

Il Presidente

dr. Claudia Pedrelli

