

ASIMMETRIE CONTRATTUALI NEL MERCATO LIBERO DELL'ENERGIA: ONERI DI SISTEMA E FORME DI TUTELA DEI "TRADERS"

Gisella Pignataro*

SOMMARIO: 1. - Rapporto privato e pubbliche funzioni: il contratto di erogazione di energia elettrica; 2. - Conformazione del contenuto contrattuale nel rapporto tra distributore e "traders"; 3. - Oneri di sistema non riscossi e contenzioso giurisprudenziale: limiti al potere conformativo; 4. - Oneri di sistema e corrispettivo nelle pronunce della Cassazione a Sezioni unite; 5. - Squilibri contrattuali tra distributori e "traders": possibili forme di tutela.

1. - Rapporto privato e pubbliche funzioni: il contratto di erogazione di energia elettrica

L'energia elettrica è un bene immateriale di rilevante valore economico, la cui produzione e vendita è a un passo dalla piena liberalizzazione, che si inserisce nel processo di libera circolazione dei beni e dei servizi in Europa, dopo la stagione del monopolio statale e della nazionalizzazione¹. In quanto bene primario per lo sviluppo economico della Nazione, il concetto di libero mercato non può essere sinonimo di piena autonomia negoziale: l'interesse pubblico al completo sostentamento energetico resta "asset" statale strategico, ma si realizza assegnando allo Stato il ruolo di regolatore al posto del pregresso diretto intervento in sostituzione dei privati². Nell'attuale sistema di mercato, l'erogazione dell'energia elettrica risulta dunque strutturalmente operazione commerciale complessa sul piano soggettivo e oggettivo: soggettivo, per il necessario collegamento di una pluralità di relazioni negoziali con soggetti in parte pubblici e in parte privati, di cui taluni ancora operano in regime di monopolio;

* Professore associato di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Salerno.

¹ Il ruolo strategico del mercato dell'energia elettrica nell'economia nazionale, palese già al termine della prima guerra mondiale, si affermò soprattutto dopo la seconda guerra mondiale quando, per evidenti esigenze di ricostruzione, aumentò in modo consistente la domanda di elettricità, gas e petrolio da parte delle industrie. Incremento della domanda e presenza del capitale pubblico nel settore energetico rappresentano l'input per la nazionalizzazione delle imprese elettriche di proprietà privata. Pertanto, con L. 1643 del 06/12/1962, n. 1643, in applicazione dell'art. 43 Cost., sono state riservate all'ente pubblico ENEL l'attività di produzione, importazione, esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica su tutto il territorio nazionale, salvo talune specifiche eccezioni. Per legge è stato altresì disposto il trasferimento coattivo dalle imprese titolari all'Ente pubblico, previo indennizzo, dei beni organizzati per l'esercizio di tali attività e dei relativi rapporti giuridici. La nazionalizzazione ha reso possibile la quasi totale elettrificazione dell'Italia e l'unificazione della struttura tariffaria sul territorio nazionale, grazie all'attività di vigilanza e indirizzo del Governo sull'Ente, funzionale al conseguimento degli obiettivi indicati nei programmi di politica energetica nazionale e di politica tariffaria. Si crea così un regime di monopolio naturale. Per maggiore approfondimento, F. Smerchinich, *Il mercato dell'energia elettrica: descrizione, funzionamento e dinamiche*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunitario* 5 (2017) 1269ss.

² In attuazione dell'art. 41 Cost. a protezione della libertà dell'iniziativa economica, già con L. 278 del 10/10/1990 è stato introdotto un sistema di regole volte alla tutela della concorrenza e del mercato a vantaggio del consumatore in quanto utente finale, rafforzate nel campo dell'energia elettrica dalla normativa sovranazionale con le direttive 90/377/CEE del 29/06/1990 sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale; direttiva 90/547/CEE del 29/10/1990, relativa al transito di energia sulle grandi reti e direttiva 96/92/CEE per il completamento del mercato interno dell'energia, attuato con il D. Lgs. 79 del 31/03/1999. Il nuovo assetto doveva permettere agli imprenditori qualificati di presentarsi sul mercato energetico ed operare in regime di concorrenza, sotto il controllo dell'Autorità per l'Energia elettrica ed il gas, istituita con D. Lgs. 481 del 14/11/1995, di cui vengono ampliate le funzioni. Il rischio del perpetuarsi di posizioni dominanti e di comportamenti scorretti degli operatori del mercato ha però indotto il legislatore europeo ad intervenire nuovamente prima con le direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE, attuate con il D. Lgs. 73 del 18/06/2007 e poi con le direttive 2008/92/CE e 2009/72/CE e 2009/73/CE, abrogative delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE, attuate con il D. Lgs. 93 del 01/06/2011 ed il successivo regolamento 1227 del 25/10/2011, in attuazione del quale con l'art. 22, L. 161 del 30/10/2014 vengono anche ampliati i poteri dell'Autorità indipendente nella sua funzione di garanzia.

oggettivo, per il concorso di prestazioni di diversa natura e il carattere oltremodo specialistico del settore.

I produttori, compresi i privati che abbiano realizzato impianti di produzione di energia tradizionale o alternativa, immettono il bene nella rete elettrica cui sono connessi di bassa, media o altra tensione; la trasmissione al cliente finale ha luogo tramite gli impianti dei Gestori di rete (Terna e/o Distributori) interessati. La gestione commerciale dell'energia spetta al distributore competente per territorio, che tale attività svolge in regime di monopolio, quale titolare e/o concessionario esclusivo della rete di distribuzione, nel cui ambito territoriale è posto il sito di consumo del cliente³. L'attività di vendita dell'energia elettrica è svolta da società nazionali ed estere, denominate "traders". I "traders" sono parte di due distinti rapporti contrattuali, tra loro collegati: il contratto di vendita con l'utente finale, un normale contratto di compravendita dove la peculiarità dell'oggetto, il bene-energia elettrica, può esser consegnato soltanto tramite il diverso contratto di trasporto ad esso collegato. Il contratto di trasporto con la società di distribuzione non è difatti stipulato direttamente dall'utente finale, bensì dal "trader" in qualità di mandatario senza rappresentanza, il quale è libero di acquistare energia presso la borsa elettrica e/o da un qualsiasi produttore al prezzo pattuito, energia che viene resa disponibile per il trasporto all'utente finale indicato dal "trader".

Il trasporto dell'energia elettrica utilizza reti di distribuzione a media e bassa tensione che sono in proprietà pubblica mentre le società di distribuzione gestiscono il pubblico servizio in regime di concessione a favore dei "traders" (società di vendita)⁴; la disciplina fondamentale è nel c.d. decreto Bersani, con cui si è avviato il processo di liberalizzazione del mercato elettrico in attuazione della direttiva 96/92/CE⁵. Il contratto per il servizio di trasporto, distinto ma collegato al contratto di compravendita di energia, è funzionale alla gestione del servizio di trasporto di energia dal punto di prelievo al luogo di consumo. In particolare, è un contratto imposto al distributore, in ragione dell'obbligo di connettere i soggetti interessati alle proprie reti⁶; analogo obbligo grava sul Gestore della rete di trasmissione nazionale, il soggetto pubblico cui sono affidate le funzioni strumentali, quali la connessione alla rete di trasmissione nazionale di tutti i soggetti che ne facciano legittima richiesta, senza compromettere la continuità del servizio⁷. La normativa prevede altresì la costituzione di una

³ Enel Distribuzione ha una competenza a livello nazionale, esclusa soltanto dalla presenza di società di distribuzione a livello municipale (es. A-Distribuzione a Roma (*ex* ACEA distribuzione); UNA RETI (*ex* AEM Milano Distribuzione) a Milano; I-RETI (*ex* AEM Torino Distribuzione), per citare soltanto le principali).

⁴ La concessione, da atto unilaterale per eccellenza, diventa contratto di concessione con cui il privato assume responsabilità dirette nella cura di interessi pubblici. Si passa dall'autoritatività nell'organizzare servizi pubblici alla "light regulation": S. Cassese, *Verso un diritto europeo italiano*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunitario* 2 (2017) 303ss.

⁵ D. Lgs. 79 del 16/03/1999. Il decreto prevede la partecipazione al mercato elettrico di diversi operatori: i produttori di energia, che poi la vendono ai "traders" in regime liberalizzato; il gestore della rete di trasmissione nazionale, cui spetta gestire la rete per portare l'energia ad un livello di tensione elevato sino alle reti locali di distribuzione, in base a concessione; i distributori di energia, che trasportano energia fino al punto di consumo, attraverso le reti locali, in base a concessione; i "traders", che acquistano energia elettrica dai produttori e la vendono ai clienti finali, in regime liberalizzato; i clienti finali idonei, che acquistano energia elettrica dai traders". A fronte di comportamenti anticoncorrenziali, il legislatore europeo riduce il rischio di posizioni dominanti abrogando la direttiva 96/92/CE con la direttiva 2003/54/CE: i poteri di bilanciamento esercitati dal gestore della rete e di controllo dell'Autorità indipendente preposta diventano strumento per garantire un corretto esercizio dell'attività di concorrenza sul mercato e tutelare il consumatore finale. La direttiva è stata attuata con D. Lgs. 73 del 18/06/2007. Per il miglior funzionamento del mercato libero dell'energia elettrica segue il Reg. (UE) 1227/2011 del 25/10/2011, c.d. "Remit" (Regolamento per l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso).

⁶ D. Lgs. n. 79/1999, art. 9, co. 1 cit.: «Le imprese distributrici hanno l'obbligo di connettere alle proprie reti tutti i soggetti che ne facciano richiesta, senza compromettere la continuità del servizio e purché siano rispettate le regole tecniche nonché le deliberazioni emanate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas in materia di tariffe, contributi ed oneri».

⁷ D. Lgs. 79/1999, art. 3, co. 1: «Il gestore della rete di trasmissione nazionale, di seguito "gestore", esercita le attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica, ivi compresa la gestione unificata della rete di trasmissione nazionale. Il gestore ha l'obbligo di connettere alla rete di trasmissione nazionale tutti i soggetti che ne facciano richiesta, senza compromettere la continuità del servizio e purché siano rispettate le regole tecniche di cui al comma 6 del presente articolo».

società per la stipula e gestione dei contratti di fornitura a garanzia dei clienti vincolati, che a decorrere da luglio 2024 sono stati definitivamente dirottati sul mercato libero (Acquirente unico)⁸, e regola la contrattazione bilaterale (art. 6) e gli obblighi a carico del distributore (art. 9).

In questa relazione soggettivamente complessa, necessaria al collegamento delle distinte prestazioni di vendita e trasporto dell'energia a soddisfazione dell'interesse del cliente finale, si inserisce il legislatore con l'integrazione della composizione della tariffa per il perseguimento di ulteriori interessi pubblici connessi all'energia. Accanto al costo di somministrazione dell'energia elettrica e ai costi di trasporto, nella composizione della tariffa vengono inclusi oneri di varia natura, denominati oneri di sistema, che rispondono alla differente esigenza di socializzazione efficiente dei costi di attività connesse (incentivi per le fonti rinnovabili e i costi da destinare a finalità sociali), agganciate al bene principale indispensabile. In altri termini, la controprestazione, ovvero il pagamento dell'energia da parte dell'utente, ha una struttura composita, comprensiva di voci che si aggiungono al costo del consumo reale, energia e trasporto, calcolate in proporzione al consumo; una volta corrisposta la somma al "trader" e, per suo tramite, alla società di distribuzione, sarà quest'ultima a corrispondere al Gestore dei Servizi elettrici (GSE) o alla Cassa per i Servizi energetici e ambientali (CSEA) gli importi delle altre componenti tariffarie⁹. Negli ultimi anni il meccanismo è stato utilizzato anche per coprire costi per l'erogazione di servizi totalmente estranei, come il pagamento del canone RAI¹⁰, con un vincolo di destinazione delle somme che fino ad allora è stato funzionale soltanto al mantenimento dell'intero sistema elettrico¹¹.

e le condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione fissate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas. L'eventuale rifiuto di accesso alla rete deve essere debitamente motivato dal gestore. Il gestore della rete di trasmissione nazionale fornisce ai soggetti responsabili della gestione di ogni altra rete dell'Unione europea interconnessa con la rete di trasmissione nazionale informazioni sufficienti per garantire il funzionamento sicuro ed efficiente, lo sviluppo coordinato e l'interoperabilità delle reti interconnesse».

⁸ D. Lgs. 79/1999, art. 4, co. 1: «Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il gestore della rete di trasmissione nazionale costituisce una società per azioni denominata "acquirente unico". La società stipula e gestisce contratti di fornitura al fine di garantire ai clienti vincolati la disponibilità della capacità produttiva di energia elettrica necessaria e la fornitura di energia elettrica in condizioni di continuità, sicurezza ed efficienza del servizio nonché di parità del trattamento, anche tariffario».

⁹ La distribuzione delle somme imputate alle altre componenti tariffarie è regolata dall'art. 39, co. 2, TIT 2016-2019 (Testo integrato dei servizi di trasmissione e distribuzione): «Le componenti tariffarie A, di cui al comma 39.1, sono: a) componente tariffaria A2, 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, di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), del decreto 26 gennaio 2000; b) componente tariffaria A3, per la copertura degli oneri sostenuti dal Gestore dei servizi energetici per l'incentivazione della produzione di energia elettrica degli impianti da fonti rinnovabili e assimilate, ivi inclusi i costi riconosciuti per il funzionamento del medesimo Gestore dei servizi energetici; c) componente tariffaria A4, per la perequazione dei contributi sostitutivi dei regimi tariffari speciali di cui all'articolo 2, comma 1, lettera e), del decreto 26 gennaio 2000; d) componente tariffaria A5, per la copertura dei costi relativi all'attività di ricerca e sviluppo finalizzata all'innovazione tecnologica di interesse generale del sistema elettrico di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d), del decreto 26 gennaio 2000; e) componente tariffaria AS, per la copertura degli oneri derivanti dall'adozione di misure di tutela tariffaria per i clienti del settore elettrico in stato di disagio, di cui al decreto 28 dicembre 2007; f) componente tariffaria AE, per la copertura delle agevolazioni riconosciute alle imprese a forte consumo di energia elettrica di cui al decreto 5 aprile 2013». La stessa norma al co. 4 definisce tali somme come maggiorazioni ai: a) corrispettivi del servizio di distribuzione; b) agli usi finali delle imprese distributrici.

¹⁰ Ministro dello Sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle Finanze, Decreto 94 del 13/05/2016, Regolamento recante attuazione dell'art. 1, co. 154, della L. 208 del 28/12/2015 (Canone Rai in bolletta), in *Gazz. Uff.* 129 del 4/06/2016.

¹¹ Suddivide il costo dell'energia elettrica in quattro macroaree per una rappresentazione grafica delle sue componenti Smerchinich, *Il mercato* cit. 1269ss. Tali sono: 1. Il prezzo dell'energia e del dispacciamento, comprensivo anche dei costi per la commercializzazione e vendita al dettaglio del bene, la cui entità è affidata alla libera concorrenza tra gli operatori del mercato; 2. Gli oneri infrastrutturali, che remunerano i servizi trasmissione, distribuzione e misura, la cui entità è fissata dall'Autorità nell'importo massimo, che sono parametrati in relazione alle caratteristiche fisiche della fornitura (la tensione di allacciamento alla rete elettrica e/o la potenza impegnata); 3. Gli oneri di sistema e degli oneri impropri, introdotti dal legislatore per reperire risorse necessarie alla copertura di oneri non correlati alla fornitura di energia, nonché dipendenti

La confluenza di plurime funzioni è all'apice dei problemi di regolamentazione degli obblighi rispettivamente nei rapporti tra distributori e "traders" e tra "traders" e clienti finali, su cui incide l'affidamento del potere regolatorio all'Autorità indipendente di settore (Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, acronimo ARERA, denominata in seguito soltanto Autorità)¹². Come acutamente rilevato in dottrina¹³, il termine Autorità indica una fonte autoritativa che incide sull'autonomia dei privati e l'indirizza quale fonte eteronoma non negoziale¹⁴; il carattere autoritativo della fonte, però, non necessariamente si riflette sulla natura giuridica della regola, che potrebbe essere dispositiva, e dunque derogabile con una contraria manifestazione di volontà¹⁵. In questa funzione, duplice può essere la tipologia di intervento dell'Autorità: concorrere alla formazione di clausole d'uso ovvero sollecitare modelli contrattuali favorendone la diffusione. L'ARERA ha optato per quest'ultima tipologia con un intervento regolamentare cogente.

La progressiva conformazione del contenuto contrattuale con l'inserimento di nuovi oneri, tipizzati nel Codice di rete tipo per il trasporto dell'energia elettrica¹⁶, è ragionevole: nasce infatti dall'esigenza di razionalizzazione e sistematizzazione della disciplina sul servizio di trasporto, con una normativa dettagliata su profili cardine, in modo da definire un quadro regolatorio uniforme integrativo delle condizioni generali praticate dalle società di distribuzione. L'intervento si è reso necessario per conciliare la libertà di accesso al servizio con la parità di trattamento degli utenti, una volta rilevata la presenza, nel territorio nazionale, di un numero relativamente elevato di imprese distributrici e la conseguente diffusione di differenti condizioni generali di contratto ed altrettante variegate prassi contrattuali. L'attribuzione del potere regolatorio all'Autorità amministrativa indipendente risponde dunque alla *ratio* di assicurare un intervento celere ed efficace in contesti caratterizzati da elevato tecnicismo; la rigorosa predeterminazione dei contenuti della funzione amministrativa avrebbe causato invero pregiudizi alla finalità pubblica.

Nelle delibere emanate dall'Autorità problemi hanno sollevato gli oneri di sistema: taluni sono destinati a remunerare le fasi della distribuzione¹⁷, altri hanno carattere parafiscale, in quanto introdotti

dall'impianto regolatorio; 4. Il costo della fiscalità, ovvero le imposte che gravano sui consumi finali di energia elettrica, introdotte con norme primarie dello Stato.

¹² L'Autorità, oggi denominata con l'acronimo ARERA, che sostituisce le precedenti denominazioni AEEG (Autorità per l'energia elettrica e il gas) e poi AEEGSI (Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico).

¹³ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 1998, 41.

¹⁴ Superato il problema della legittimità costituzionale di questa attività normativa, una volta messo in discussione il dogma della legge formale dello Stato come unica fonte di regolazione delle situazioni giuridico soggettive dei privati, si conferma la complessità del sistema delle fonti del diritto privato. Sulle principali questioni relative alla copertura costituzionale della potestà normativa dell'Autorità, M. Manetti, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani* 4 (1997) 1ss.; sulla necessità di una differente analisi della teoria delle fonti nel diritto privato, già U. Breccia, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit. dir. priv.* (1989) 202.

¹⁵ F. Addis, *La produzione di clausole d'uso e la loro efficacia nei settori di mercato sottoposti al controllo di autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata* cit. 111.

¹⁶ Il Codice è stato adottato con delibera 268 del 4/06/2015, in attuazione della delibera 612 del 19/12/2013, con cui l'Autorità già autorizzava le imprese distributrici a richiedere agli utenti del servizio di trasporto "opportune garanzie" a copertura degli obblighi derivanti dalla stipula del contratto di trasporto, tenendo conto tra l'altro anche degli oneri a carico del cliente finale (punto 4 della delibera, che rinvia al precedente punto 3) e si compone di 3 allegati: l'allegato A contiene il Glossario; l'allegato B disciplina le forme di garanzie ammesse e la gestione dell'inadempimento; l'allegato C uniforma le modalità di fatturazione, relativamente all'oggetto, tipologie e termini di adempimento.

¹⁷ Sono componenti tariffarie con tale funzione gli oneri di trasmissione, che remunerano i costi sostenuti dal gestore della rete elettrica (Terna) per il trasporto dell'energia lungo la rete di trasmissione nazionale, definiti annualmente dall'Autorità; di misura, che remunerano i costi relativi all'installazione dei contatori e alla rilevazione dei consumi, anch'essi determinati annualmente dall'Autorità; di distribuzione, per remunerare il servizio di trasporto dell'energia elettrica sulle reti di distribuzione e le relative attività commerciali (fatturazione, gestione contratti, ecc.), i cui importi sono differenziati secondo una struttura trinomia, correlata cioè al volume di consumo registrato, al valore della potenza impegnata e in quota fissa per ciascun punto presa allacciato alla rete elettrica. Le tre quote sono differenziate altresì a seconda della tensione di allacciamento e, per ciascun livello di tensione, in base alla potenza disponibile: Smerchinich, *Il mercato* cit. par. 5.3 e 5.4.

con norme primarie dello Stato e non associabili alla fornitura dell'energia elettrica¹⁸, destinati nel tempo ad assumere un valore multiplo rispetto ai costi del servizio. Nel concetto di corrispettivo vengono dunque sintetizzati obblighi con diverso titolo costitutivo, unitariamente posti a carico delle società di distribuzione ma trasferiti ai clienti finali tramite i rapporti tra distributori e "traders", con effetto limitativo e conformativo dell'autonomia negoziale. Accanto ai tratti tipici del contratto imposto, ovvero l'obbligo di stipula del contratto di trasporto con chiunque ne faccia richiesta e a parità di condizioni in quanto erogazione di un servizio pubblico in regime di monopolio nell'ambito territoriale di competenza (art. 9, co. 3), e all'obbligo di non compromettere la continuità del servizio, viene pertanto attribuito all'Autorità il potere di rideterminazione dei corrispettivi, ma nel rispetto dei criteri normativamente previsti¹⁹.

Se è indiscusso il potere legislativo e regolatorio conformativo dell'autonomia negoziale, dubbi ha sollevato l'ampliamento dei suoi contenuti, oggetto di un ricco contenzioso giurisprudenziale, che investe la natura, *pro soluto* o *pro solvendo*, dell'obbligo di pagamento degli oneri di sistema a carico dei "traders". Alla natura *pro soluto* infatti l'Autorità aggancia l'esigibilità di garanzie a copertura dei costi e la possibilità di risoluzione del rapporto in caso di inadempimento. In altri termini, discussa non è la legittimità di un potere regolatorio, ma il progressivo rinforzo della posizione dei distributori con il trasferimento di costosi oneri a carico dei "traders". Il potere conformativo opera nella cornice della disciplina primaria che istituisce l'Autorità e va interpretata in coerenza con i principi costituzionali e la normazione primaria, interna e comunitaria²⁰, nell'ambito di un rapporto che resta negoziale nonostante l'intervento sussidiario. In questa ottica va valutata l'imposizione ai "traders", a favore delle società di distribuzione, di obblighi di garanzia per coprire il rischio di inadempimento degli oneri di sistema, che la legge pone a carico dei consumatori finali.

2. - Conformazione del contenuto contrattuale nel rapporto tra distributore e "traders"

Il rapporto contrattuale si costituisce con un contratto per adesione stipulato con un concessionario monopolista, il cui contenuto non è determinato dall'impresa di distribuzione, bensì dall'ARERA, almeno con riferimento alle clausole indispensabili al corretto funzionamento dell'intero sistema elettrico, che gli attori di questo mercato devono recepire per conformarne il funzionamento²¹. La prospettiva seriale e la posizione di concessionario implica un processo di osmosi nel rapporto contrattuale dei principi elaborati per i provvedimenti amministrativi quali parità di trattamento, non discriminazione e rilevanza dei diritti fondamentali²².

Prestazione principale è il servizio di trasporto, consistente nel servizio di distribuzione e misura dell'energia elettrica, cui si affianca il servizio di trasmissione contrattualizzato e fatturato per conto di Terna s.p.a., in conformità alla

¹⁸ Il rinvio è all'art. 39, co., 2, TIT 2016-2019 di cui alla nt. 9.

¹⁹ D. L. 83 del 22/06/2012, art. 39., co.3.

²⁰ E. Del Prato, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.* 3 (2008) 10257ss. L'Autore, in particolare rileva «poiché la norma primaria delimita l'ambito della disciplina secondaria, questa vige solo se coerente a quell'ambito, mentre la configurazione di poteri normativi o autoritativi privi di copertura legislativa è inficiata da incostituzionalità».

²¹ Sul punto, E. Battelli, *I contratti-tipo*, Napoli 2017, 8ss. evidenzia le peculiarità di un'operazione negoziale non più individuale, ma seriale con riferimento a operazioni con caratteri analoghi, destinate a ripetersi sul mercato dove opera.

²² D. Wielsch, *The Function of Fundamental Rights in EU Private Law - Perspectives for the Common European Sales Law*, in *European Contract Law Review* (2014) 365 s.; A. Zoppini, *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.* (2016) 732, relativamente alle libertà fondamentali tutelate dai Trattati europei e all'impatto sul funzionamento del mercato.

zione dell’Autorità²³. Il corrispettivo non è determinato, ma determinabile con clausola di rinvio alle delibere con cui l’Autorità fissa a cadenza trimestrale il valore delle componenti tariffarie, ed è a contenuto composito²⁴, in quanto comprensivo del consumo mensile e degli oneri di sistema che il Distributore addebita al cliente alle scadenze pattuite, in attuazione della normativa che conforma la disciplina contrattuale.

Contratti bilaterali in deroga, pur possibili, devono essere richiesti dagli interessati, autorizzati dall’Autorità previo parere del Gestore della rete, e sono a carattere oneroso, nel senso che prevedono un costo aggiuntivo da versare allo stesso Gestore o ai distributori interessati. Il parere del Gestore, che può condizionare l’autorizzazione o negarla, è funzionale alla verifica se le differenti clausole negoziali possano incidere sullo svolgimento delle proprie funzioni, se alterino la parità di condizioni, l’imparzialità e neutralità del servizio di trasmissione e dispacciamento o comunque se pregiudichino gravemente la concorrenza o la sicurezza ed efficienza del servizio elettrico²⁵.

Diversificato e cospicuo è l’intervento conformativo nella regolamentazione negoziale del trasporto di energia elettrica: l’Autorità, con un sistema articolato di atti e delibere, ha incisivamente modulato il contratto di trasporto che i “traders” stipulano con i distributori, in qualità di mandatari senza rappresentanza dei clienti finali. L’attuale disciplina costituisce dunque il risultato di un “work in progress” nel solco della politica comunitaria, che ne definisce i macro-obiettivi, con l’introduzione forzosa di meccanismi posti a garanzia del buon funzionamento del mercato a beneficio degli utenti. Il rispetto dei criteri di mercato imposti dalle direttive comunitarie deve guidare l’intervento regolatorio indipendente, in una prospettiva che supera la dimensione meramente bilaterale del fenomeno contrattuale per il suo impatto trasversale sull’insieme dei rapporti riconducibili a quel determinato assetto di interessi. In altri termini, l’impatto seriale del potere regolatorio dell’Autorità, a dispetto delle condizioni generali di contratto con cui il singolo imprenditore regola unilateralmente la propria posizione nel settore economico in cui opera²⁶, produce effetti conformativi del mercato²⁷ e, nella specie, del mercato elettrico.

Il crescente interventismo condiziona in prima battuta le modalità di esercizio dell’autonomia contrattuale, nonché l’oggetto e il contenuto. Incidendo in contesti di mercato preesistenti, concorre alla ricognizione e ridefinizione di usi negoziali che, con la predisposizione di modelli contrattuali, ridimensionano lo spazio riservato all’autonomia dei privati. La funzione conformativa insita

²³ Trattasi della delibera 111 del 9/06/2006 e sue successive modifiche e integrazioni, con cui sono state fissate le “Condizioni per l’erogazione del pubblico servizio di dispacciamento dell’energia elettrica sul territorio nazionale e per l’approvvigionamento delle relative risorse su base di merito economico”, oggetto di aggiornamento periodico.

²⁴ La fattura mensile è denominata fattura di ciclo e viene emessa per il pagamento delle partite relative al servizio di trasporto del mese, con rettifica eventuale di dati di misura effettivi in sostituzione di quanto stimato in precedenza; essa comprende tutte le voci attinenti ai servizi di trasmissione, distribuzione e misura dell’energia elettrica, nonché gli oneri generali di sistema e i corrispettivi per prelievi di energia reattiva. La sua regolamentazione è oggetto del Codice di rete tipo per il servizio di trasporto dell’energia elettrica, all. C, delibera 609 del 11/12/2015.

²⁵ Il problema si è posto per gli oneri di sbilanciamento, anch’essi inclusi come voce di costo della bolletta elettrica, dovuti a politiche imprenditoriali non sempre prudenti e virtuose, dove si solleva un problema di trasparenza in funzione di concorrenzialità del mercato: R. Alessi, *Distribuzione di energia elettrica e oneri di sbilanciamento: un caso emblematico di difficile compatibilità tra diritti dei consumatori e regole di mercato*, in *Europa e dir. priv.* 3 (2017) 701ss.

²⁶ Evidenzia il superamento della dimensione volontaristica nel ricorso alle condizioni generali di contratto, vincolanti se conoscibili e dunque indipendentemente dalla conoscenza effettiva del soggetto aderente, quasi come una norma di legge, in quanto regola privata destinata a trovare applicazione per una generalità di rapporti, A. Nervi, *Il contratto come strumento di conformazione dell’assetto di mercato*, in *Europa e diritto privato* 1 (2018) 95ss.

²⁷ Qualifica la regolazione delle Autorità indipendenti «atti sostitutivi di negozi privati», F. Merusi, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. Gitti (cur.), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna 2006, 46; analogamente, sulla natura normativa del potere G. Gitti, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, ivi 92, la cui copertura costituzionale indiretta, assicurata dal diritto comunitario, appare acquisita dai pubblicisti. Invece per G. De Nova, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, ivi 60ss., le Autorità non hanno un potere normativo o regolamentare, ma le loro dichiarazioni sono considerate norme da chi svolge attività soggette a quell’Autorità indipendente. Pertanto, il contratto, più che regolato, sembra scritto per le parti dall’Autorità indipendente.

nell'etero-regolamentazione del rapporto nonostante il modello partecipativo²⁸, lungi dal configurarsi come limite a carattere eccezionale dell'autonomia negoziale, mira a garantirne il corretto svolgimento, nella misura in cui opera in conformità ai valori pervasivi del sistema volti a garantire riequilibrio, correttezza degli operatori ed equità nei rapporti.

Indubbiamente, nel concorrere a definire i confini del potere paralegislativo nel processo di liberalizzazione dei mercati per il servizio di pubblica utilità, la legislazione segna il passaggio da una disciplina derogatoria di *favor* per il monopolista nel superiore interesse pubblico ad un'autonomia contrattuale regolamentata con atti amministrativi negoziati, oggetto delle direttive a contenuto normativo adottate dall'Autorità. I principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti si applicano nei limiti di compatibilità²⁹. Costituisce scelta pragmatica del legislatore maggiorare il corrispettivo del servizio di trasporto con oneri fiscali e somme calcolate in proporzione ai consumi che il distributore deve addebitare ai clienti in applicazione di leggi, regolamenti e delibere dell'Autorità; tra le maggiorazioni rientrano gli oneri generali di sistema, il cui valore viene fissato a cadenza trimestrale dall'Autorità nell'esercizio del suo potere di etero-integrazione suppletiva e cogente del contratto. La delibera dell'Autorità, dunque, nell'esercizio di un potere attribuito da una norma imperativa, integra il contenuto del contratto e rende nulla ogni clausola difforme per contrarietà a norma imperativa.

La questione di principio, con conclusioni speculari tra le società di distribuzione e le società di vendita, è se la maggiorazione possa qualificarsi corrispettivo del contratto di trasporto o conservi una sua autonomia in ragione della funzione di redistribuzione degli oneri connessi a scelte politiche di sostegno o di incentivo tramite imposizione di imposte indirette di scopo³⁰. Alla natura giuridica viene infatti collegato il discrimine nella imputazione delle responsabilità in caso di inadempimento. Se la semplificazione dei rapporti ha giustificato il conferimento obbligatorio di un mandato senza rappresentanza al "trader" per i rapporti con la società di distribuzione dell'energia³¹, discusso è l'ampliamento del concetto di corrispettivo agli oneri di sistema, concettualmente e per natura distinti dalla prestazione di trasporto. Altro punto delicato riguarda la tutela giurisdizionale: la natura contrattuale del rapporto indica nel giudice ordinario l'autorità competente a giudicare; la definizione dei contenuti con delibere, come per gli oneri di sistema e clausole collegate, designa come funzionalmente competente il giudice amministrativo le cui decisioni, non soggette alla funzione nomofilattica della Cassazione, attualizza il rischio di valutazioni discordanti rispetto al giudice ordinario. Il problema dell'imputazione degli oneri di sistema non riscossi ne rappresenta un esempio paradigmatico.

3. - Gli oneri di sistema non riscossi nel contenzioso giurisprudenziale: limiti al potere conformativo

²⁸ Trattasi del modello applicato nella normazione secondaria e prevede la consultazione degli interessati, benché non annulli i rapporti di forza rispetto ai soggetti meglio organizzati.

²⁹ A conferma, Gitti, *Autorità indipendenti* cit. 102ss., richiama le condizioni contrattuali del servizio di vendita, che l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha definito con una direttiva negoziata con le parti interessate – esercenti il servizio e le associazioni maggiormente rappresentative degli utenti e consumatori – che sono inderogabili soltanto *in pejus* per i clienti del mercato vincolato, mentre rappresentano condizioni contrattuali di riferimento nel mercato libero. Per l'Autore tali atti producono clausole d'uso con la peculiarità che l'usualità non deriva dalla reiterazione ed uniformità del comportamento, bensì dalla rappresentatività dei soggetti che elaborano quelle clausole. Tale modalità di normazione non soltanto è idonea a convivere con l'autonomia privata, ma ne adatta la funzione a contesti nuovi.

³⁰ Le finalità delle singole componenti tariffarie sono descritte all'art. 39, co. 2, TIT 2016-2019 (v. nt. 9).

³¹ Dispone l'art. 4.4 delle Condizioni per l'erogazione del pubblico servizio di dispacciamento dell'energia elettrica (delibera 111 del 9/06/2006, all. A, come successivamente modificata ed integrata): «L'interposizione di un terzo ai fini della conclusione dei contratti per il servizio di trasmissione e di distribuzione e per il servizio di dispacciamento ha la forma di un mandato senza rappresentanza: il soggetto che stipula i due contratti deve essere il medesimo».

Gli orientamenti interpretativi discordanti vertono sul ruolo che il “trader” è chiamato a svolgere in sede di riscossione. Secondo le società di distribuzione dalla causale, l’interesse generale al mantenimento del sistema elettrico, si evince la natura di obbligazione *pro soluto* e non *pro solvendo*, in quanto l’importo è determinato in relazione a quanto fatturato dai “traders” e non a quanto effettivamente incassato. In senso contrario, i “traders” oppongono che il mandato senza rappresentanza, che il cliente finale conferisce per la stipula del contratto con le società di distribuzione secondo la normativa regolatoria, determina un’interposizione reale limitata al contratto di trasporto, non estensibile agli oneri di sistema, almeno quelli a carattere parafiscale. Dalla soluzione accolta deriva l’esigibilità della prestazione nei confronti dei “traders” indipendentemente dall’adempimento da parte del cliente finale, prestazione che i distributori devono comunque versare al G.S.E. e alla Cassa per i Servizi energetici e ambientali sulla base di quanto fatturato.

Il meccanismo di sovvenzione economica con ricorso ad imposte indirette di scopo non è una novità ma, a dispetto di altri settori in cui la relazione con l’utente finale è diretta come per le accise sulla benzina, l’erogazione di energia elettrica in un mercato liberalizzato richiede l’intermediazione delle società di vendita per le quali l’inclusione delle maggiorazioni nel corrispettivo rappresenta un fattore moltiplicatore di costi. Il contratto che intercorre tra distributore e “traders” include infatti una clausola di garanzia, bancaria o assicurativa, a prima richiesta con cui pattiziamente il distributore trasferisce il rischio di eventuale insolvenza della società di vendita o del cliente, successivamente tipizzata dall’Autorità nel Codice di rete tipo per il servizio di trasporto dell’energia elettrica. Pur registrando l’opinione contraria di qualche utente in sede di confronto con le parti interessate³², l’Autorità ha incluso gli oneri generali di sistema tra le voci di costo per la determinazione dell’importo delle garanzie da prestare, oltre alle componenti ulteriori e alle imposte³³, rendendo vincolante con il Codice di rete una prassi contrattuale consolidata da clausole unilateralmente predisposte dal concessionario del servizio di distribuzione. Discusso è se tale potere rientri nelle sue legittime attribuzioni.

Sull’interrogativo se l’Autorità abbia il potere di imporre ai “traders” queste garanzie e le voci di costo si è pronunciato ripetutamente il TAR Lombardia. Mentre inizialmente aveva rigettato il ricorso³⁴, in seguito ha sistematicamente qualificato illegittima la delibera in merito e definito la natura giuridica degli oneri generali di sistema³⁵. Costituiscono un debito di natura parafiscale che i “traders” si

³² Sul dimensionamento delle garanzie «un utente e una loro associazione ribadiscono la contrarietà all’inclusione nella determinazione della garanzia delle voci diverse da quelle relative alle tariffe per i servizi di rete, in particolare agli oneri generali di sistema, sostenendo, in particolare, che le garanzie potrebbero coprire solo il rischio di inadempimenti di obbligazioni e di prestazioni oggetto del servizio, mentre gli oneri generali di sistema sarebbero estranei a tale ambito, in quanto graverebbero sui clienti finali rispetto ai quali gli utenti svolgerebbero mera attività di riscossione», giustificato dall’Autorità dalla necessità di «tenere conto del duplice obiettivo di permettere il contenimento del rischio connesso al potenziale mancato adempimento da parte dell’utente alle obbligazioni derivanti dal contratto per il servizio di trasporto e di non ostacolare l’accesso al servizio da parte degli utenti, anche di dimensioni minori»: delibera A.E.E.G.S.I. 268/2015/R/EEL.

³³ Documento 263/2014/R/EEL, punto 5 «le imprese distributrici, nel richiedere forme di garanzie agli utenti, sono tenute ad accettare garanzie nella forma di fideiussione bancaria o assicurativa con clausola a prima richiesta ovvero di deposito cauzionale, accettando altresì, nel caso in cui ricorrano determinati requisiti di puntualità nei pagamenti delle fatture di ciclo, un giudizio di *rating* adeguato, ovvero una *parent company guarantee*, rilasciata, appunto, dalla società controllante dell’utente del trasporto, a condizione che essa sia a sua volta in possesso di un giudizio di *rating* adeguato» e 6 «l’importo delle garanzie da versare è determinato considerando tutte le voci di costo che caratterizzano il servizio, inclusi quindi gli oneri generali di sistema, le ulteriori componenti e le imposte»; l’orientamento è confermato dal successivo documento 618/2014/R/EEL.

³⁴ TAR Lombardia, 27/03/2015, n. 854, in *dejure.it*, pronuncia poi riformata in sede di appello da Cons. Stato, 24/05/2016, n. 2182, in *Foro Amm.*, (2016), f.5, 1206ss.

³⁵ TAR Lombardia, 31/01/2017, n. 237, 238, 243, 244, in *ApertaContrada*, Osservatorio Energia, 28 Febbraio 2017, ha dichiarato illegittimo il Codice di rete tipo per il trasporto dell’energia elettrica nella parte in cui obbliga i *traders* a garantire ai distributori il pagamento degli oneri generali di sistema da parte dei clienti finali, ribadendo quanto già censurato dal Consiglio di Stato, 24/05/2016, n. 2182, in *Foro amm.*, (2016), f. 5, 1206ss., in occasione dell’annullamento della precedente delibera dell’AEEGSI 612/2013/R/EEL, motivata dall’assenza di norme che autorizzino la traslazione ai

limitano a riscuotere presso i clienti finali; l'eventuale vuoto normativo non può essere colmato dall'Autorità imponendo ai venditori l'obbligo di prestare garanzie a favore dei distributori. Analogamente è illegittimo il riconoscimento ai distributori del potere di risoluzione del contratto per inadempimento del versamento degli oneri di sistema dovuti dal cliente finale³⁶, in quanto introduce una responsabilità per fatto altrui non prevista da un atto legislativo³⁷.

Di opinione contraria, il giudice civile ha sanzionato i "traders", obbligati per contratto a corrispondere anche gli oneri di sistema³⁸, individuando un generico fondamento legale al potere impositivo dell'Autorità³⁹, che successivamente il Consiglio di Stato nega con articolate motivazioni. Innanzi tutto nessuna norma attribuisce la potestà di traslare ai "traders" l'obbligazione gravante sui clienti finali, ma soltanto di individuare gli oneri di sistema per l'adeguamento del corrispettivo⁴⁰; né tale obbligazione

traders dell'obbligazione gravante sui clienti finali e conseguente impossibilità per l'AEEGSI di ricorrere al proprio potere di eterointegrazione dei contratti con le parti della filiera elettrica in materia. In merito alla natura fiscale degli oneri di sistema, si veda anche Corte dei Conti, Sez. riunite, 13/05/2020, n. 15, in <https://www.corteconti.it/Download?id=b5a8524f-5b36-4e71-af9b-755bbf1a80f4>: «Se è vero che la natura della componente tariffaria A2 [della tariffa elettrica] non può essere tributaria, è anche vero che appare indubbia la natura parafiscale degli oneri generali di sistema, così come definiti dalla stessa ARERA...e la sua caratterizzazione quale prestazione patrimoniale imposta in virtù dell'imminente carattere di coattività immediatamente legata al pagamento della bolletta elettrica e, quindi, gravante automaticamente sui soggetti tenuti al suo pagamento»; inoltre «la circostanza che i corrispettivi a copertura degli oneri generali del sistema elettrico non siano versati al bilancio generale nazionale bensì...siano trasferiti sui conti di gestione istituiti dalla Cassa conguaglio per il settore elettrico, al fine di essere destinati a determinate categorie di operatori per utilizzi specifici, non può, di per sé, escludere che gli stessi rientrino nell'ambito del settore della fiscalità»; Corte UE, 8/01/2017, C-189/2015, in *Foro it.*, 4 (2017) 58ss.: alla luce di tutte le considerazioni che precedono sul carattere obbligatorio, le finalità di interesse generale e il collegamento con l'elettricità consumata, «si deve constatare che i corrispettivi a copertura degli oneri generali del sistema elettrico costituiscono imposte indirette, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2003/96» (punto 40), per poi demandare al giudice del rinvio la verifica «se i corrispettivi a copertura degli oneri generali del sistema elettrico soddisfino le menzionate condizioni» (punto 43). Il giudice amministrativo, infatti, parla di natura parafiscale del tributo, che non viene versato al bilancio generale nazionale, bensì su conti di gestione istituiti dalla Cassa conguaglio per il settore elettrico in funzione del perseguimento delle finalità normate.

³⁶ delibera A.E.E.G.S.I. 268/2015/R/EEL: «in relazione alla risoluzione del contratto per inadempimento dell'utente viene previsto che la procedura di risoluzione si attivi solo superato un livello di esposizione massima consentita e che, ai fini della sua determinazione, siano comunque esclusi i casi di ritardo nei pagamenti non imputabili all'utente». Ma «nei casi in cui l'utente, in seguito alla richiesta dell'impresa distributrice, non provveda a integrare la garanzia versata, non si proceda alla risoluzione del contratto, come previsto dal citato documento per la consultazione, ma sia impedito all'utente di acquisire nuovi punti di prelievo fino all'avvenuto adeguamento delle garanzie versate».

³⁷ Cons. Stato, 30/11/2017, n. 5620, cit.: «L'ordinamento, al di fuori di specifiche e tassative ipotesi che qui non ricorrono, non conosce la risoluzione del contratto per inadempimento di obbligazioni altrui; né, qualora si qualifichi tale potestà come recesso, consente l'attribuzione – *praeter legem* ed in via eterointegrativa – di un diritto potestativo di recesso *ad nutum* c.d. sanzionatorio per il mancato rispetto della parte ad una prescrizione imposta *iure imperii*. Il contratto, va ricordato, ai sensi dell'art. 1372 c.c. ha forza di legge fra le parti: solo una norma di pari rango – nei casi da essa ammessi (cfr. art. 1372, comma 1, secondo periodo, c.c.) – è abilitata a sciogliere il vincolo contrattuale».

³⁸ Trib. Roma, ord. 9/10/2017, inedita.

³⁹ Il riferimento è all'art. 2, co. 12, lett. d), e), h), l. 48171995 e all'art. 9, D. Lgs. 79 del 1999; inoltre, l'art. 3, D. Lgs. 79 del 1999 al co. 10, statuisce che «per l'accesso e l'uso della rete di trasmissione nazionale è dovuto al gestore un corrispettivo determinato indipendentemente dalla localizzazione geografica degli impianti di produzione e dei clienti finali» e al co. 11 che la misura è determinata dall'Autorità, che provvede anche all'adeguamento del corrispettivo. Da ciò si desume l'inserimento degli oneri di sistema tra i corrispettivi dovuti dai "traders" - quali utenti della rete - alle imprese di distribuzione, a prescindere dalle vicende del diverso rapporto tra "traders" e cliente finale. Secondo questa lettura, dunque, se l'art. 3, co. 10 e 11, pone a carico dei venditori le obbligazioni relative agli oneri di sistema, non di traslazione si tratterebbe bensì di obbligazione per legge attribuita *ab origine* ai "traders".

⁴⁰ Cons. Stato, 30/11/2017, n. 5619 e 5620, in *dejure.it*: a tal fine richiama l'art. 39, co. 3, D. L. 83 22/06/2012. Per il giudice le norme richiamate fissano la cornice dei criteri e principi cui obbedisce l'intero sistema ma, lungi dal fondare un potere impositivo, sono dirimenti nel limitare il potere dell'Autorità alla mera individuazione degli oneri generali di sistema, con conseguente adeguamento del corrispettivo. Il meccanismo, data la componente sociale del costo incluso nel sintagma "oneri generali di sistema" e la sua ontologica indeterminatezza *a priori*, consente di traslare al consumatore

trova fondamento nel contratto di mandato senza rappresentanza *ex art. 1705 c.c.*, sia per la discutibile natura giuridica dell'attività di riscossione e versamento di somme dovute *ex lege*, sia perché obbligazioni non connesse all'adempimento del contratto di mandato, ma preesistenti. La vincolatività del potere di etero-integrazione del contenuto contrattuale, di cui all'art. 9, co.1, d. lgs. 79/1999, è limitata dal suo perimetro applicativo e dai principi che governano il diritto pubblico dell'economia. Il principio di legalità direziona l'attività ermeneutica nel rispetto del contenuto testuale e della collocazione sistematica della norma nel sistema delle fonti; i principi di economicità e ragionevolezza, di derivazione europea, concorrono ad una lettura equilibrata. In conformità al principio di legalità formale e sostanziale, spetta alla legge individuare direttamente o indirettamente lo scopo pubblico da perseguire e i presupposti procedurali e sostanziali per l'esercizio dell'attività amministrativa. Ampliare l'oggetto del mandato agli oneri di sistema contrasta sia con il principio di legalità, in quanto la norma circoscrive l'interposizione ai soli oneri di concessione, ovvero i costi sostenuti dalla società di distribuzione per allacciarsi alla rete; sia con i principi di economicità e ragionevolezza, non essendo la garanzia funzionale né all'andamento del mercato, né al livello di qualità delle prestazioni secondo le ragionevoli esigenze dell'utente.

La *ratio* dell'obbligo di garantire l'eventuale inadempimento del cliente finale, imposto ai *traders* in ragione del legame contrattuale che soltanto loro e non i distributori hanno con il cliente finale, risponde alla necessità di evitare che questi ultimi siano lasciati privi di tutela giurisdizionale rispetto agli oneri generali di sistema, mentre sono comunque obbligati a versare al GSE e alla Cassa la somma anche non riscossa, in assenza di socializzazione del danno. Premesso *che adducere inconueniens non est solvere argumentum*, per il giudice amministrativo la soluzione contrattualmente imposta non è equa, oltre a causare uno squilibrio ai danni della parte debole della catena distributiva⁴¹. Per questa componente non opera il mandato senza rappresentanza, perché unico obbligato è il cliente finale⁴²: data la natura parafiscale degli oneri di sistema, l'obbligazione non può essere *pro soluto*, al pari dell'ordine di pagamento delle tasse tramite la banca quale intermediario che adempie soltanto se la somma esiste sul conto.

La soluzione del contenzioso è di rilevante interesse per il mercato libero dell'energia elettrica. L'imputazione ai "traders" della responsabilità per il pagamento degli oneri di sistema ai distributori anche in caso di insolvenza dei clienti finali, come l'entità delle garanzie da prestare ai distributori in proporzione a un fatturato potenziale inclusivo degli oneri di sistema, hanno generato criticità concorrenziali a danno della parte liberalizzata del mercato, con crescente esposizione debitoria dei venditori nei confronti dei distributori, risoluzione del contratto di trasporto ed uscita delle società dal mercato⁴³. L'effetto è una selezione degli operatori non ascrivibile a una scarsa capacità competitiva dovuta a carenze in efficienza, ma a clausole contrattuali non negoziate che attuano una ripartizione del tutto squilibrata del rischio di insolvenza dei clienti finali e per costi estranei alla gestione industriale del servizio, rispetto ai quali il ruolo ricoperto è un incarico di esazione. I correttivi

soltanto i costi riferibili al consumo. L'interpretazione conferma quanto già sostenuto da Cons. Stato, 24/05/2016, n. 2182, cit.

⁴¹ Cons. Stato, 30/11/2017, n. 5620, cit.: «il brocardo che *adducere inconueniens non est solvere argumentum*, l'imposizione ai "traders" di prestare garanzie alle imprese distributrici di energia elettrica, ovvero di fare gravare su di esse l'inadempimento degli utenti, è foriera d'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 ed adeguatezza».

⁴² Art. 39, co. 3, D. L. 83 del 2012, conv. in L. 134 del 2012.

⁴³ AS1397, *Oneri generali di sistema per il sistema elettrico*, in *Boll.*, 24/07/2017, n. 28, in https://www.controllabolletta.it/wp-content/uploads/2017/07/Antitrust_su_oneri.pdf, richiamata in sede di audizione al Senato della Repubblica dal Cons. E. Quaranta, Garante della concorrenza e del mercato, 9/07/2020, atto n. 397.

individuati dall'Autorità⁴⁴, non risolutivi, eludono il vero problema, il difetto di una previsione legislativa sul soggetto che subisce le conseguenze dell'insolvenza del consumatore finale.

4. - **Oneri di sistema e corrispettivo nelle pronunce della Cassazione a Sezioni unite**

Nelle more di un intervento legislativo di sistema⁴⁵, sono state adite le Sezioni unite della Cassazione nel tentativo di individuare una forma di tutela giurisdizionale alla posizione dei distributori. Il sindacato in sede di impugnazione della pronuncia del giudice amministrativo va circoscritto alle sole questioni di giurisdizione, laddove il rifiuto sia attribuibile ad un erroneo convincimento sull'ambito di giurisdizione ad esso devoluto.

Alcuna divergenza interpretativa emerge dall'impugnazione per eccesso di potere giurisdizionale: la Cassazione rigetta tutti i motivi di censura della pronuncia del Consiglio di Stato⁴⁶. L'inesistenza di una norma che attribuisca all'Autorità il potere di trasferire il costo degli oneri di sistema dal consumatore finale al "trader" e di obbligarlo a prestare garanzia per l'adempimento è effetto di una mera attività ermeneutica del quadro normativo di riferimento, non qualificabile come negazione di tutela. L'eventuale inesatta applicazione della norma di legge costituisce tutt'al più *error in iudicando*, non invasione della sfera di attribuzione del potere legislativo, sindacabile; né è configurabile eccesso di potere, essendosi il giudice limitato a escludere la legittimità del provvedimento dell'Autorità, senza alcun giudizio di merito sulla sua opportunità o convenienza, riservato alla pubblica Amministrazione. Il giudice amministrativo, nel verificare la conformità alla legge del provvedimento adottato dall'Autorità, ha rilevato modalità di etero-integrazione in contrasto con i principi amministrativi di logicità, proporzionalità e adeguatezza. L'illegittimità delle clausole di garanzia a copertura dei costi e di risoluzione del rapporto in caso di inadempimento risulta dunque confermata.

Nonostante la linearità e consonanza degli orientamenti interpretativi, il problema si è riproposto nella diversa prospettiva della competenza giurisdizionale. Alle Sezioni unite della Cassazione ricorre d'ufficio il giudice amministrativo in sede di regolamento di giurisdizione, dopo che sia la Commissione tributaria provinciale di Catania che il TAR Sicilia declinano la propria giurisdizione su una cartella esattoriale di pagamento per il recupero di somme dovute a titolo di oneri generali di sistema. Per la Commissione tributaria le somme non rappresentano entrate pubbliche destinate al bilancio dello Stato, né sono suscettibili di prelievo coattivo mediante procedure di diritto pubblico⁴⁷; per il TAR, in assenza di esercizio di un potere amministrativo o di ipotesi di giurisdizione esclusiva, non sono configurabili posizioni di interesse legittimo sindacabili dal giudice amministrativo⁴⁸, bensì posizioni di diritto soggettivo relativo alla sussistenza di crediti che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario.

⁴⁴ Con delibera 109 del 2017 l'ARERA introduce in via cautelare una disciplina transitoria che rivaluta il problema delle garanzie, senza eliminarle, per risolvere il problema degli oneri generali di sistema non recuperabili per il mancato incasso. Prevede infatti che la quantificazione delle garanzie prestate sia ridotta di una quota pari alla stima degli importi non riscossi con riferimento al tasso medio di insolvenza della clientela c.d. "unpaid ratio" riconosciuto nel mercato libero nel calcolo delle garanzie, con successivi meccanismi di compensazione per le imprese di distribuzione. Con successiva delibera 50 del 2018, integrata dalla delibera 300 del 2019, fissa le condizioni di riconoscimento dei crediti non recuperabili e le modalità di quantificazione e liquidazione delle somme, considerato che le imprese distributrici sono comunque tenute a esperire azioni di recupero del credito in sede stragiudiziale, giudiziale o con accordi transattivi per preservare una gestione efficiente del credito e minimizzare le morosità.

⁴⁵ Tale non è l'azzeramento degli oneri generali di sistema per il settore elettrico disposto con art. 1 *ter*, D. L. 50 del 17/05/2022, Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina, provvedimento a carattere occasionale per contrastare l'impennata dei costi di energia a causa della guerra. In materia, C. De Stefanis, *Contenimento dei prezzi dell'energia elettrica e del gas*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, 31 (2022) 26ss., part. 28.

⁴⁶ Cass. Sez. Un., 26/11/2019, n. 30804, in *dejure.it*.

⁴⁷ Commissione tributaria Catania, 22/06/2020, n. 2601, inedita.

⁴⁸ TAR Sicilia, 30/03/2022, n. 904, inedita.

In questa recente controversia muta la prospettiva di analisi, incentrata sul rapporto obbligatorio che ha titolo nei contratti collegati di compravendita e trasporto con contenuti legittimamente conformati dall'Autorità⁴⁹. Gli oneri di sistema, quali maggiorazioni del corrispettivo del servizio di trasporto dell'energia elettrica differenziate per tipologia di utenza, rappresentano una componente tariffaria da corrispondere ai venditori; costoro, con il pagamento delle fatture del servizio di trasporto, le girano ai distributori che a loro volta li corrispondono alla Cassa per i servizi energetici e ambientali, cui spetta l'erogazione per la realizzazione delle finalità di interesse pubblico secondo le regole indicate da ARERA. Il vincolo di destinazione impresso legittima la loro riscossione coattiva con iscrizione al ruolo, come titolo esecutivo in funzione dell'esecuzione forzata, a conferma della natura parafiscale degli oneri⁵⁰.

Il problema di giurisdizione, sottoposto alla competenza regolamentare delle Sezioni unite della Cassazione, è interessante come contributo alla definizione dei rapporti tra i soggetti che partecipano all'operazione commerciale complessa, stante gli aspetti peculiari del sistema di riscossione degli oneri di sistema. L'annullamento delle disposizioni del Codice di rete tipo, con cui l'ARERA tutelava i distributori tramite l'introduzione di un obbligo di garanzia contrattuale a carico dei venditori, implica che ai venditori non può essere richiesto più di quanto effettivamente incassato dal cliente finale.

L'individuazione del giudice legittimato a pronunciarsi dipende dalla qualificazione degli oneri di sistema. Soltanto se possono essere inseriti nella categoria dei tributi è configurabile la giurisdizione del giudice tributario, per non incorrere nella violazione del divieto costituzionale di istituire giudici speciali. Nonostante l'ampia nozione accolta, che consente di prescindere dal *nomen iuris* utilizzato dalla normativa, gli elementi di identificazione del tributo indicati dalla Corte costituzionale sono sintetizzabili in doverosità della prestazione, nesso con una pubblica spesa e fonte legale e non contrattuale dell'obbligazione⁵¹; in difetto di uno di tali elementi, gli oneri rientrano nel novero dei corrispettivi di altra natura.

La Cassazione, seguendo tali indicazioni metodologiche, riscontra negli oneri generali di sistema soltanto il requisito della doverosità: essi gravano *ex lege* sul cliente finale, giacché le imprese di

⁴⁹ Cass. Sez. Un., 18/12/2023, n. 35282, in *dejure.it*.

⁵⁰ Decreto MEF, 12/04/2018, in *Gazz. Uff.*, 93 del 21/04/2018: «Ravvisata la rilevanza pubblica dei crediti vantati dalla Cassa per i servizi energetici e ambientali, in quanto relativi all'attività di erogazione di contributi agli operatori dei settori interessati secondo le regole emanate dall'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente, nonché in considerazione delle finalità richiamate nel citato art. 1, comma 670, della legge n. 208 del 2015», «è autorizzata la riscossione coattiva mediante ruolo dei crediti vantati dalla Cassa per i servizi energetici e ambientali, relativi alle componenti tariffarie e agli oneri di sistema, nei confronti degli operatori dei settori interessati» (art. 1).

⁵¹ Da ultimo, Corte cost., 14/12/2017, n. 269, in *Gazz. Uff.*, 20/12/2017, n. 51: «In proposito va rilevato che la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che «gli elementi indefettibili della fattispecie tributaria sono tre: la disciplina legale deve essere diretta, in via prevalente, a procurare una (definitiva) decurtazione patrimoniale a carico del soggetto passivo; la decurtazione non deve integrare una modifica di un rapporto sinallagmatico; le risorse, connesse ad un presupposto economicamente rilevante e derivanti dalla suddetta decurtazione, devono essere destinate a sovvenire pubbliche spese» (sentenza n. 70 del 2015). Si deve cioè trattare di un «prelievo coattivo che è finalizzato al concorso alle pubbliche spese ed è posto a carico di un soggetto passivo in base ad uno specifico indice di capacità contributiva (sentenza n. 102 del 2008). Tale indice deve esprimere l'idoneità di tale soggetto all'obbligazione tributaria» (ancora sentenza n. 70 del 2015)». Ma già Corte cost., 10/04/2015, n. 58, in *Gazz. Uff.*, 15/04/2015, n. 15, precisa: «è necessario muovere dall'esame degli elementi di identificazione dei tributi, come enucleati dalla giurisprudenza costituzionale, vale a dire: l'irrelevanza del *nomen iuris* usato dal legislatore, «occorrendo riscontrare in concreto e caso per caso se si sia o no in presenza di un tributo» (sentenze n. 141 del 2009, n. 334 del 2006 e n. 73 del 2005); la matrice legislativa della prestazione imposta, in quanto il tributo nasce «direttamente in forza della legge» (sentenza n. 141 del 2009), risultando irrilevante l'autonomia contrattuale (sentenza n. 73 del 2005); la doverosità della prestazione (sentenze n. 141 del 2009, n. 335 e n. 64 del 2008, n. 334 del 2006, n. 73 del 2005), che comporta una ablazione delle somme con attribuzione delle stesse ad un ente pubblico (sentenze n. 37 del 1997, n. 11 e n. 2 del 1995 e n. 26 del 1982); il nesso con la spesa pubblica, dovendo sussistere un collegamento della prestazione alla pubblica spesa «in relazione a un presupposto economicamente rilevante» (sentenza n. 141 del 2009), nel senso che la prestazione stessa è destinata allo scopo di apprestare i mezzi per il fabbisogno finanziario dell'ente impositore (sentenze n. 37 del 1997, n. 11 e n. 2 del 1995, n. 26 del 1982)».

distribuzione e vendita non possono esimersi dall'applicare queste maggiorazioni, né i clienti finali possono sottrarsi al pagamento, se non congiuntamente alla fornitura di energia. Manca tuttavia un sistema di riscossione che consenta ai professionisti di rivalersi nei confronti della controparte contrattuale per la maggiorazione, né è disposto il loro inserimento normativo tra le categorie di soggetti coinvolti nell'adempimento di una prestazione fiscale, come sostituti o responsabili d'imposta.

Gli oneri di sistema non rientrano neppure nella categoria dei corrispettivi in assenza dell'interdipendenza genetica e funzionale tra le prestazioni, se non in maniera indiretta. Gli oneri generali di sistema consentono infatti di coprire i costi di funzionamento del sistema energetico nazionale e di assicurare regolarità, economicità ed efficienza del servizio richiesto dall'utente, interesse individuale e non della generalità dei consociati⁵². Assente è il collegamento teleologico con la spesa pubblica, non rientrando nel bilancio dello Stato le somme corrisposte a tale titolo, che invece sono gestite direttamente dalla CSEA, il cui impiego per scopi di interesse pubblico non può essere decisivo per la qualificazione giuridica come tributo, stante il carattere settoriale, in quanto destinate per lo più a categorie di operatori del settore elettrico.

Esclusa la natura di tributo, la somma si aggiunge al corrispettivo; il titolo è il contratto non il provvedimento dell'Autorità, il che giustifica la giurisdizione riconosciuta al giudice ordinario; restano però invariati i limiti di conformazione dei contenuti normativamente fissati, secondo quanto correttamente ribadito dal giudice amministrativo. I poteri autoritativi di ARERA vincolano le parti nei limiti della regolazione delle tariffe e determinazione degli incentivi; le deliberazioni, con cui tali poteri si esercitano, sono atti normativi secondari, di natura regolamentare, strumentali alle funzioni amministrative in un ambito economicamente sensibile ad alto contenuto tecnico che l'Autorità indipendente adotta ma nel rispetto della cornice normativa fissata dal legislatore. L'intervento conformativo non è dunque libero, ma legato alla competenza tecnica e avvalorato dalla posizione di autonomia e indipendenza, garante della necessaria imparzialità rispetto agli interessi coinvolti.

5. - Squilibri contrattuali tra distributori e “traders”: possibili forme di tutela

Dal ricco contenzioso giurisprudenziale risulta confermato il principio amministrativo di nominatività, che orienta a una finalità precisa e predeterminata ogni potere di emanare un atto o compiere un'azione, per non creare centri di potere liberi da ogni vincolo; ciò vale soprattutto per le Autorità indipendenti, chiamate a ricoprire una posizione di garanzia. Nell'intento di fronteggiare difficoltà del mercato, l'esercizio dei poteri regolatori dell'ARERA in tema di oneri generali di sistema ha inciso sulla parità formale nel rapporto tra distributori e “traders” nell'esercizio del potere negoziale, che invero spetterebbe ad entrambi i contraenti secondo il principio di autonomia contrattuale. L'asimmetria tra le parti, legittimata in passato per la pubblica Amministrazione quale portatrice di un interesse pubblico, è stata progressivamente ridotta con il recupero del diritto generale dei contratti⁵³ e non può riproporsi a favore di concessionari di un pubblico servizio dove l'Autorità indipendente ha il compito conformare il mercato elettrico nel rispetto della parità di trattamento e non discriminazione.

Il contenuto tecnico delle delibere dell'Autorità rappresenta un *corpus* normativo vincolante, insieme di regole speciali adatte a mercati specifici e confluite in codici di settore come il Codice di rete tipo per il trasporto dell'energia elettrica. Pur introducendo nuclei normativi di rilievo e derogatori delle norme codicistiche, la funzione resta di adattamento e di integrazione della disciplina generale. La rimodulazione della normativa tipicamente dispositiva con una regolamentazione di tipo imperativo

⁵² Cass. Sez. Un., 18/12/2023, n. 35282, cit.: «la “maggiorazione” in oggetto, ancorché determinata nel suo ammontare dalla legge, attraverso un atto autoritativo dell'ARERA, finisce per incidere su una delle prestazioni del contratto di utenza e seppure non destinata a remunerare direttamente la controprestazione ricevuta, appare volta, quantomeno indirettamente, a soddisfare gli specifici, ancorché diversificati, interessi dei soggetti che a quel ristretto sistema partecipano in quanto utenti, una platea che, in ogni caso, non coincide con quella della generalità dei consociati».

⁵³ G. D'Amico, *Il contratto o i contratti?*, in *Riv. dir. civ.* (2023), f. 3, 415ss.

rientra nell'esercizio delle funzioni istituzionali dell'Autorità e gli attori del mercato elettrico devono recepire quei contenuti negoziali nei contratti utilizzati, ma nei limiti della *ratio* conformativa del funzionamento del mercato stesso.

In altri termini, la legittimità di questo intervento para-legislativo sulla disciplina contrattuale è subordinata alla capacità funzionale delle regole imposte a realizzare obiettivi e finalità di interesse generale, ovvero il funzionamento del mercato, per bilanciare eventuali situazioni di debolezza di natura economica connesse alla tipologia negoziale; soltanto la presenza di questo presupposto giustifica l'obbligo dell'imprenditore a rispettare contenuti e termini prefissati per poter operare nel mercato elettrico. Sottrarre ai privati la disciplina del rapporto si giustifica con l'esigenza di riequilibrare posizioni istituzionalmente disomogenee a tutela della parte incapace di influenzare il regolamento negoziale o di formare una prassi; diversamente, occuperebbe lo spazio degli usi normativi o negoziali con la particolarità che, a dispetto degli usi negoziali, la etero-regolamentazione del rapporto non ha funzione suppletiva al pari delle clausole d'uso, che concorrono a definire il contenuto contrattuale soltanto se non risulta che le parti non le abbiano volute, ma impedisce alle parti una differente regolamentazione. Clausole che diventano fonte autoritativa di obblighi contrattuali.

Tale è la condizione dei "traders" in attesa di una delibera dell'Autorità che recepisca le pronunce del giudice amministrativo: il riproporsi di clausole qualificate abusive in tema di oneri generali di sistema, espressione di un potere non conferito dalla legge, perpetua lo squilibrio ai danni del professionista debole, costretto a sostenere i cospicui costi di una garanzia a copertura di oneri parafiscali dei clienti finali per non essere escluso dal mercato. In difetto, il distributore ha infatti il potere di non stipulare il contratto di distribuzione, essenziale alla vendita dell'energia nell'operazione commerciale descritta. L'effetto è la negazione ai "traders" di ogni tutela civilistica: in assenza di garanzia, sono privati dell'accesso al mercato elettrico; prestata la garanzia, il titolo negoziale - contratto tra professionisti - preclude il ricorso alla *pars destruens* del giudice ordinario, ovvero la possibilità di avvalersi dello strumento rimediabile di rimozione delle clausole illegittime nonché dell'azione inibitoria, funzionale alle esigenze del mercato per impedire ai professionisti di settore di avvalersi in futuro di tali clausole. Una tutela è ipotizzabile se il distributore risolve il contratto per assenza o mancato adeguamento delle garanzie, ma in tal caso il danno si è già prodotto. Ben più incisivo nei rapporti tra professionisti⁵⁴ è configurare un abuso di dipendenza economica, che consenta di articolare la tutela giurisdizionale su tre ordini di rimedi: l'invalidazione della clausola abusiva, il risarcimento del danno e l'inibitoria⁵⁵. Discutibile è invece il ricorso alla buona fede come strumento di eterointegrazione giudiziale del contratto⁵⁶.

La diversa dimensione tra i "traders" non è in sé indice di distorsione del mercato, specie se la crescita dipende dal comportamento virtuoso dell'impresa nel soddisfare il consumatore per qualità e prezzo del servizio offerto. Ma è questo il punto debole: non c'è alcuna competizione se la regolazione del mercato condiziona illegittimamente l'ingresso ai "traders", causa di alterazione della concorrenza e indirettamente di un conseguenziale danno ai consumatori. A ciò si aggiunga che l'inclusione della "parent company guarantee" tra le forme di garanzia ammesse, attestante il "rating" creditizio della

⁵⁴ Secondo E. Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* (2016)1277, la diversa struttura dei contratti B2C rispetto a quelli B2B non consente di estendere ai secondi gli strumenti di controllo previsti a tutela dei consumatori.

⁵⁵ Nervi, *Il contratto* cit. 111.

⁵⁶ Il tema è controverso in dottrina, ma le posizioni più scettiche evidenziano, oltre al carattere esogeno della solidarietà rispetto alla logica del contratto e del mercato, la funzione della clausola generale di buona rafforzativa o integrativa e non demolitoria delle pattuizioni negoziali: G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.* (2015) 270. Diversamente se la norma primaria non offra più gli strumenti adeguati a contrastare lo strapotere dei soggetti forti del mercato: mezzi più incisivi, ricavati dalla Costituzione quale fonte sovraordinata, o più opportunamente la causa per controllare la razionalità mercantile delle singole operazioni negoziali consentono al giudice di assicurare la coerenza tra l'operazione negoziale ed il criterio per risolvere la controversia, contemperando le istanze del singolo contraente con le esigenze generali del mercato di riferimento: Nervi, *Il contratto* cit. 118ss.

società controllata, è idonea a creare un ulteriore squilibrio nell'accesso al mercato a vantaggio delle società storicamente operanti nel settore dell'energia e dedite ad attività di produzione e distribuzione oltre che di vendita dell'energia elettrica. Un "surplus" economico non indifferente rispetto alle società di sola vendita tenute a ricorrere alla garanzia bancaria o assicurativa per poter operare nel mercato, in ragione di un uso negoziale imposto e peraltro giudicato abusivo.

Occorre però riscontrare i tratti dell'abuso di posizione dominante e, nella specie, di dipendenza economica. Il persistere della prassi di richiedere una garanzia a prima domanda è certamente una forma di scorrettezza di mercato in danno delle microimprese, una delle possibili sfaccettature del concetto di vulnerabilità nell'accesso al mercato; nel contesto della regolamentazione del mercato e della sua concorrenzialità⁵⁷, per assumere rilevanza deve però rientrare nella portata precettiva della clausola generale, che definisce la categoria delle pratiche sleali. Il rischio da arginare è sovraestendere la disciplina oltre l'intento del legislatore europeo, avvalendosi dell'elasticità dei concetti aperti⁵⁸.

Nel bilanciamento tra gli opposti interessi, il concetto normativo di pratica sleale non è generico, ma integrato dall'analitica indicazione dei tratti qualificanti la condotta scorretta tramite elementi di rigidità non soltanto rispetto alle condotte presuntivamente scorrette, tipizzate e non suscettibili di correzione con valutazioni attenuanti lo stigma legislativo (pratiche ingannevoli e aggressive), ma anche rispetto alle pratiche atipiche dove devono concorrere i due parametri della diligenza professionale e del comportamento economico del consumatore medio, che marginalizzano la clausola generale senza impedire al giudice di scorgere nuove ipotesi di concretizzazione di abusi⁵⁹.

Riproporre nel regolamento contrattuale clausole ripetutamente sanzionate come illegittime, seppur non ancora rimosse dall'Autorità nel contratto tipo, può essere intesa come condotta contraria alla diligenza professionale quale standard comportamentale che preservi la libertà di scelta ai "traders" a norma dell'art. 18, lett. h) e 20 cod. cons.⁶⁰, in quanto il servizio di distribuzione è svolto in regime di monopolio dal concessionario in un dato ambito territoriale, escludendo *a priori* la reperibilità di valide alternative commerciali. La debolezza di natura economica, legata al tipo di mercato, consente altresì di riscontrare l'idoneità a falsare il comportamento decisionale, in ragione di una condizione di vulnerabilità tipica del consumatore medio, con cui i "traders" concorrono a migliorare il livello di efficienza del mercato elettrico. Equivalenti sono i tratti tipici di agente razionale, responsabile, informato e consapevole; a differenza del consumatore medio, la debolezza economica dell'imprenditore non è prevedibile *a priori*, in astratto, ma va accertata *a posteriori* e in concreto.

Potrebbe dunque rientrare nei limiti ermeneutici riconosciuti all'interprete includere nel dispositivo della clausola generale - il divieto di pratiche commerciali scorrette - le criticità evidenziate dai giudici nel rapporto tra distributori e "traders" in ragione sia della "fairness" delle relazioni di mercato che della prospettiva macroeconomica e concorrenziale di regolazione del mercato elettrico. Nel rapporto tra diritto della concorrenza e diritto regolatorio i giudici amministrativi in più occasioni hanno

⁵⁷ A. Genovese, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in *AIDA* (2008) 303.

⁵⁸ Obiettivo della repressione della scorrettezza delle pratiche commerciali è la promozione della concorrenzialità del mercato e la sua regolazione; la prospettiva è quella macroeconomica, il raccordo tra offerta e domanda, mentre soltanto indirettamente rileva la prospettiva la microeconomica del singolo contratto: Genovese, *Ruolo* cit. 300.

⁵⁹ La volontà di compromesso del legislatore comunitario lo ha indotto ad adottare una clausola generale, in continuità con la tradizione in materia di concorrenza sleale, per poi depotenziarne il contenuto con la proliferazione di regole di dettaglio, che non impedisce all'interprete tentativi di razionalizzazione: M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impresa* (2009) 83.

⁶⁰ Alla diligenza professionale come specifica competenza e attenzione che ragionevolmente i consumatori si attendono da un professionista, rispetto ai principi di correttezza e buona fede si riferisce Cons. Stato, 7/10/2022, n. 8614, in *dejure.it*: una pratica «per potere essere considerata scorretta, deve, in primo luogo, essere contraria alle norme di diligenza professionale, locuzione da intendere come richiamo (non alla colpa ma) alla buona fede quale regola di condotta oggettiva alla quale la parte professionale deve conformare la propria attività concreta».

ribadito spettare all'antitrust la garanzia a presidio della gara economica⁶¹, per assicurare alle imprese la libertà di confrontarsi nell'arena competitiva; la regolazione economica del mercato elettrico non può canalizzare tale libertà e al contempo negare ogni forma di tutela.

Abstract.- Il mercato elettrico è strutturalmente complesso e regolamentato. Richiede la partecipazione di una pluralità di soggetti pubblici e privati, parti di distinte relazioni negoziali, contratti collegati e contenuti conformati dall'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente. Il passaggio al mercato libero ha evidenziato asimmetrie non soltanto nei rapporti con i consumatori, ma anche nei confronti dei "traders", il cui accesso al mercato risulta ostacolato da una conformazione dei contenuti contrattuali inclusiva di onerosi obblighi accessori verso i distributori. Il tema degli oneri generali di sistema, al centro di un'animata disputa giurisprudenziale, consente di far emergere un persistente vuoto di tutela, nonostante la declaratoria di illegittimità delle clausole in tema di garanzia, arginabile soltanto dall'ampliamento della nozione di abuso di dipendenza economica.

Abstract.- The electricity market is complex and regulated. It requires the participation of public and private entities, parties to distinct relationships, of related contracts and implied terms of OFGEM (Office of Gas and Electricity Markets). The transition to the free market has highlighted asymmetries not only in relations with consumers, but also with traders, whose access to the market is hindered by a contract with ancillary obligations towards distributors. In Italy, the general charges of system are the object of a lively jurisprudential dispute: the inlawfull clauses of guarantee, declared by the administrative judge, receives no protection without the expansion of the notion of abuse of a superior bargaining position.

⁶¹ Cons. Stato, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Foro it.* (2019), f. 10, III, 498ss.