

LODO ARBITRALE N. 01/06

Il Collegio arbitrale composto dai Signori:

Dott. Antonio Molteni	Presidente (estensore)
Prof. Avv. Andrea Mora	Arbitro
Prof. Avv. Valerio Tavormina	Arbitro

riunito in conferenza personale in data 20 gennaio 2006 presso la sede dell'Arbitrato, in Milano, piazza Cavour, n. 5 ha deliberato all'unanimità il seguente

LODO

per la risoluzione della controversa insorta tra:

la società Alfa in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato [omissis] giusta delega contenuta in calce all'atto denominato "*Domanda di arbitrato*" del 26 agosto 2004

e

la società Beta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato [omissis] giusta delega contenuta in calce all'atto denominato "*Risposta a domanda di arbitrato contenente domanda riconvenzionale*" del 29 dicembre 2004.

avente ad oggetto: *contestazione da parte della società Alfa degli importi esposti, e dei conseguenti pagamenti dalla stessa effettuati, nella fattura n. [omissis] emessa dalla società Beta in data 26 novembre 2003.*

Svolgimento del procedimento

L'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito: l'Autorità), con la deliberazione 14 marzo 2005 n. 42/05 (di seguito: deliberazione n. 42/05) recante "*Disposizioni in materia*

di procedure arbitrali per la risoluzione delle controversie in materia di accesso alle reti dell'energia elettrica e del gas e di revoca della deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas n. 127/03", previa revoca della propria deliberazione 5 novembre 2003, n. 127/03 (di seguito: deliberazione n. 127/03), ha introdotto nuove disposizioni in materia di procedure arbitrali per la risoluzione delle controversie relative all'interpretazione ed all'esecuzione di rapporti aventi ad oggetto tra l'altro, il servizio di trasporto del gas naturale sulle infrastrutture ad alta pressione prevedendo, tra l'altro, che tali controversie possano essere deferite ad un Collegio arbitrale, presieduto dal Direttore della Direzione Legislativo e Legale dell'Autorità, in esito alla sottoscrizione dello schema di compromesso in arbitri, ovvero dello schema di clausola compromissoria, di cui agli Allegati A e B alla medesima deliberazione.

La deliberazione n. 42/05 ha, inoltre, attribuito alle parti la facoltà di consentire la prosecuzione dei procedimenti arbitrali pendenti alla data di entrata in vigore della medesima deliberazione mediante l'invio all'Autorità dello schema di compromesso arbitrale di cui all'Allegato A alla suddetta deliberazione debitamente compilato e sottoscritto e con salvezza altresì degli atti compiuti dalle parti sino alla sottoscrizione del suddetto schema di compromesso arbitrale.

Pertanto, con distinti atti di compromesso arbitrale sottoscritti in data 31 marzo 2005 (prot. Autorità 7097 dell'1 aprile 2005) ed in data 29 aprile 2005 (prot. Autorità 10034 del 2 maggio 2005) la società Alfa (di seguito: Alfa) e la società Beta (di seguito: Beta) consentivano la prosecuzione del procedimento arbitrale cui le stesse avevano in precedenza dato impulso ai sensi della deliberazione n. 127/03 deferendo la risoluzione della controversia tra loro pendente al Collegio arbitrale (di seguito: il Collegio) che risultava così composto:

prof. avv. Andrea Mora, arbitro nominato da Alfa;

prof. avv. Valerio Tavormina, arbitro nominato da Beta;

dott. Antonio Molteni, Direttore della Direzione Legislativo e Legale dell'Autorità, presidente del Collegio concordemente designato dalle parti con i predetti atti di compromesso arbitrale.

Con la "*Domanda di arbitrato*" in data 26 agosto 2004, corredata da una serie di documenti, Alfa ha chiesto all'adito Collegio di:

- "a) in via principale dichiarare fondata la contestazione del pagamento della fattura Beta n. [omissis] del 26.11. 2003 e dichiarare così che nulla è dovuto da Alfa a Beta ordinando a quest'ultima di procedere immediatamente alla conseguente restituzione di quanto già versato da Alfa e di emettere immediatamente la relativa nota di credito nei confronti di Beta, ai sensi del Capitolo 18, Paragrafo 5 del Codice di Rete per una somma corrispondente all'intera fattura;*
- b) in via subordinata, dichiarare fondata la contestazione del pagamento della fattura Beta n. [omissis] del 26.11.2003 per l'importo eccedente la somma di euro [omissis] già corrisposta in data 9.04.2004 e dichiarare che solo e null'altro che tale importo di euro [omissis] è dovuto da Alfa a Beta, ordinando a quest'ultima di procedere*

immediatamente alla conseguente restituzione di quanto già versato in eccedenza da Alfa e di emettere immediatamente la relativa nota di credito nei confronti di Alfa, ai sensi del capitolo 18, paragrafo 5 del Codice di Rete per una somma corrispondente;

- c) *in ulteriore subordine ridurre in via equitativa ex articolo 1384 cod. civ. l'importo della fattura n. [omissis] del 26. 11. 2003 e dichiarare che solo e null'altro che tale importo (ridotto) è dovuto da Alfa a Beta ordinando a quest'ultima di procedere immediatamente alla conseguente restituzione di quanto già versato in eccedenza da Alfa e di emettere immediatamente la relativa nota di credito nei confronti di Alfa, ai sensi del capitolo 18, paragrafo 5, del Codice di Rete per una somma corrispondente alla riduzione effettuata in via equitativa;*
- d) *nei casi sub a), b) o c) riconoscere gli interessi nei modi e nei termini descritti nel punto in Fatto n. 13 della domanda di arbitrato”, ossia: “nella eventualità in cui il lodo riducesse l'ammontare di quanto dovuto da Alfa a Beta per titolo di cui alla fattura n. [omissis] del 26 novembre 2003 per una cifra pari o superiore al residuo dovuto, Alfa non procederà al pagamento dell'ultima tranche a Beta che non procederà alla escussione della fideiussione in essere e restituirà a Alfa l'eventuale delta già incassato in eccesso a quanto statuito dall'Autorità. Su tale importo Beta riconoscerà interessi come previsto dal Codice di Rete al capitolo – Fatturazione e pagamento (articolo 5)”.*

A sostegno della propria domanda Alfa assumeva argomentazioni di carattere fattuale e giuridico. In particolare, in fatto rilevava che:

- *“in data 9 settembre 2003 formulava la richiesta a Beta di conferimento di capacità di trasporto ad anno termico iniziato, effettuando un errore materiale circa l'indicazione del punto di riconsegna contrassegnato dal codice REMI [omissis];*
- *con lettera in data 23 settembre 2003 aveva inoltre provveduto a comunicare a Beta tale errore materiale specificando che viceversa era titolata ad effettuare la fornitura sul punto di riconsegna contrassegnato dal Codice REMI [omissis]. Beta registrava la rinuncia da parte di Alfa alla capacità di trasporto sul punto di riconsegna contrassegnato dal Codice REMI [omissis], ma tuttavia non forniva correlativamente alcuna capacità sul punto di riconsegna, contrassegnato dal Codice REMI [omissis];*
- *con richiesta in data 7 ottobre 2003 riconosciuta da Alfa con conferimento di capacità in data 20 ottobre 2003 confermata da Alfa in data 20 ottobre 2003 si formalizzava la situazione relativa al punto REMI [omissis] a partire dall'1 novembre 2003 e sino al compimento dell'anno termico con una capacità conferita e sottoscritta di 765.000 Smc;*
- *in data 4 novembre 2003 presentava a Beta una “proposta urgente di aggiornamento del Codice di Rete” avente ad oggetto l'introduzione di una procedura di correzione degli errori materiali degli Utenti all'interno del processo di conferimento di capacità, per dare in tal modo la possibilità agli stessi di porre rimedio a tali errori. A tale richiesta Beta non riconosceva carattere d'urgenza, affermando inoltre che il conferimento di capacità per l'anno termico 2003 – 2004 doveva ritenersi completato e non poteva richiedersi un aggiornamento retroattivo del Codice, quindi che*

l'errore richiamato da Alfa riguardava il testo del documento e non quelli commessi dagli Utenti nell'ambito della propria attività;

- in data 26 novembre 2003 Beta emetteva la fattura n. [omissis] relativa alla "Competenza mese di ottobre 2003" esponendovi, tra l'altro, corrispettivi di scostamento riconsegna" (Cfr. capitolo 5, paragrafo 3, punto 3.2 del Codice di Rete, che rinvia al paragrafo 3.6.2 del capitolo "Bilanciamento") per un imponibile di euro[omissis], con in allegato una tabella, intitolata "Penali di supero di capacità ai punti di riconsegna" per il periodo ottobre 2003, dalla quale risultava che la capacità conferita a Alfa per il mese in questione al punto REMI era pari a zero dovendosi considerare il gas trasportato – con la sottrazione della franchigia – quale puro esubero (oggetto di penale);*
- in data 8 aprile 2004 provvedeva al pagamento parziale della suddetta fattura sull'evidente presupposto che la penale non fosse da applicarsi;*
- Beta con comunicazioni in data 30 aprile 2004 e 19 maggio 2004, adducendo la legittimità delle proprie richieste, invocava la sussistenza, come da paragrafi/punti 4.3 e 5 del Capitolo 18 del Codice di Rete di una clausola solve et repete, minacciando l'escussione della garanzia fideiussoria che assisteva l'attività di trasporto;*
- Beta, con raccomandata in data 6 luglio 2004, proponeva che il pagamento della fattura in oggetto fosse dilazionato secondo le seguenti modalità: quanto ad euro [euro] già corrisposto in data 9 aprile 2004 a mezzo bonifico bancario; [...]; quanto ad euro [omissis] corresponsione in data 30 luglio 2004 a mezzo bonifico bancario [...], avvenuta puntualmente in data 30 luglio 2004; quanto a euro [omissis] a saldo dell'intero ammontare della fattura, corresponsione entro e non oltre il 31/12/2004".*

Sotto il profilo giuridico Alfa rilevava:

- 1) *in primo luogo, "l'erroneo e (strumentale) disconoscimento del carattere d'urgenza alla richiesta procedura di Aggiornamento del Codice di Rete ai sensi del Capitolo 23 e allegato 23/B del Codice di Rete e il conseguente erroneo disconoscimento della retroattività della richiesta di rettifica avanzata da Alfa in data 23.09.03".*

In buona sostanza Alfa ritiene che Beta non avrebbe considerato che il Codice di Rete predisposto da Beta (di seguito: Codice di Rete Beta) prevede, tra i vari presupposti della procedura di aggiornamento, l'errore materiale ed avrebbe "erroneamente e strumentalmente declassato" da urgente ad ordinaria la proposta di aggiornamento del Codice di Rete Beta formulata da Alfa al solo scopo di incamerare illegittimamente la penale;

- 2) *in secondo luogo, "l'Illegittimità della richiesta di cui alla Fattura Beta n. [omissis] per contrarietà al titolo negoziale". Alfa, in particolare, ritiene che Beta non avrebbe potuto emettere la fattura in oggetto per l'assenza di un valido titolo negoziale, atteso che il punto di riconsegna REMI [omissis] non era parte integrante dell'Accordo Quadro del 19.09.03, unico titolo per la pretesa di corrispettivi nell'ambito del rapporto commerciale avente ad oggetto l'erogazione del servizio di trasporto. Tale*

corrispettivo non sarebbe stato riconducibile neppure ad un preteso rapporto contrattuale di fatto, in quanto ciò era escluso sia dai principi generali dell'ordinamento giuridico sia dal Codice di Rete Beta;

- 3) in terzo luogo, ed in via subordinata, anche qualora si ritenesse, contrariamente alla corretta ricostruzione assunta *sub 2*, che il rapporto presso il punto di riconsegna REMI [omissis] fosse contrattualizzato, anche in tal caso la pretesa vantata da Beta con la predetta fattura sarebbe infondata non potendosi ritenere che la capacità conferita fosse pari a zero; ciò che comporterebbe la debenza del solo il corrispettivo relativo al diritto di transito per il mese di ottobre (pari a euro [omissis]), che Alfa aveva già pagato in data 9 aprile 2004;
- 4) inoltre, in via ulteriormente subordinata, anche qualora non si volessero condividere le argomentazioni *sub 2* e *sub 3*, comunque la richiesta di cui alla fattura Beta n. [omissis], qualificata come “penale”, non sarebbe fondata “*per mancanza del presupposto del danno in capo al contraente [omissis]*”.

Assunta la riconducibilità del corrispettivo di cui al Capitolo 5, Paragrafo 3, punto 3.2, del Codice di Rete Beta all'istituto della clausola penale di cui all'articolo 1382 del codice civile, sostiene Alfa che nessun danno sarebbe derivato a Beta a seguito delle richieste di conferimento di capacità formulate da Alfa in quanto “vi sono state richieste di conferimento di capacità non soddisfatte”;

- 5) infine, ed in estremo subordine, anche qualora si ritenesse che Alfa fosse tenuta a corrispondere una penale per supero di capacità, l'ammontare della predetta penale sarebbe comunque eccessivo e quindi da ridurre in via equitativa *ex art. 1384 c.c.*

Beta nella “*Risposta alla domanda di arbitrato contenente domanda riconvenzionale*” in data 29 dicembre 2004, corredata da una serie di documenti, ha chiesto al Collegio:

- a) “*di respingere la domanda di Alfa dando atto che nulla è dovuto da Beta a titolo di restituzione degli importi versati da Alfa a saldo parziale della fattura emessa da Beta n. [omissis]*;
- b) *in via riconvenzionale: di condannare Alfa a pagare a Beta il residuo importo ad essa dovuto in relazione alla predetta fattura pari a euro [omissis] oltre interessi di cui al tasso di mora di cui al capitolo 18 art. 4.3.2, del Codice di Rete pari al tasso Euribor a 12 mesi corrispondente a ciascun giorno maggiorato di due punti percentuali, a far data dal 26 dicembre 2003 al saldo, ovvero, in subordine al tasso legale*”.

Beta a sostegno delle proprie conclusioni assume quanto segue:

- 1) con riferimento alla qualificazione della fattispecie, si tratta non già di “errore”, ma di richiesta tardiva di assegnazione di capacità. In altri termini, Beta ritiene che materia del contendere non sia il trattamento di un errore materiale nell'indicazione di un codice REMI, sebbene della presentazione di una richiesta di assegnazione di capacità scaduti i termini perentori previsti dal Codice di Rete Beta che, come tale, non può essere evasa dall' esercente. Ciò in quanto consentire ad un utente di poter ottenere, dopo lo spirare dei termini perentori, il conferimento di capacità ad un

punto di riconsegna diverso da quello inizialmente indicato ed in relazione al quale Beta aveva correttamente conferito capacità, comporterebbe l'incertezza degli esiti della procedura prevista dal Codice di Rete Beta in contrasto con gli interessi a cui essa deve essere funzionale;

- 2) con riferimento alla proposta di modifica del Codice di Rete Beta formulata da Alfa, appare improprio il richiamo alle prescrizioni del Codice di Rete Beta di cui al capitolo 23 e allegato 23/B in merito *alle “richieste relative alla correzione di errori materiali manifesti”* in quanto tali prescrizioni si riferiscono agli errori materiali contenuti nel Codice di Rete Beta e non agli errori che un utente possa avere commesso nelle proprie comunicazioni con il trasportatore; fermo restando il fatto che, come già sopra evidenziato, nella specie la controversia riguarda propriamente una richiesta di deroga al regime di perentorietà dei termini stabiliti dal Codice di Rete Beta, non potrebbe comunque definirsi “manifesto” l'errore commesso da Alfa in quanto percepibile solo dall'utente che è l'unico a sapere quali contratti abbia in corso con terzi e dove abbia necessità di disporre di capacità di trasporto. Comunque Alfa non aveva alcun interesse ad ottenere una modificazione in via d'urgenza del Codice di Rete Beta stante il fatto che l'eventuale approvazione della modifica richiesta non avrebbe potuto dispiegare effetti retroattivi;
- 3) con riferimento alla pretesa “contrarietà al titolo negoziale” e “nullità per mancanza di titolo negoziale” della richiesta di pagamento, rileva che il titolo contrattuale si era perfezionato e sarebbe stato applicabile anche alle attività in concreto svolte in relazione al punto REMI [omissis], atteso che Alfa “*ha dichiarato espressamente di riconoscere come parte integrante del contratto di trasporto sottoscritto il 19.09.2003 le capacità conferite da Beta in data 20.10.2003*”; Alfa ha instaurato con Beta un rapporto volto a regolare per l'intero anno termico 2003-2004 (secondo quanto prevede il Codice di Rete Beta) il servizio di trasporto, e la disciplina di tale rapporto doveva essere applicata anche alle operazioni nel concreto svolte con riferimento al punto REMI [omissis];
- 4) con riferimento alla domanda di “nullità” della richiesta di pagamento formulata a motivo della asserita insussistenza del danno, deduce che l'articolo 1382, comma 2, del codice civile prevede che la penale è dovuta “*ancorché non si produca alcun danno*”;
- 5) con riferimento alla istanza di *reductio ad aequitatem* della penale, obietta che l'ammontare della penale, ossia del corrispettivo di scostamento, è determinato dalle prescrizioni del Codice di Rete Beta e pertanto non è riducibile in quanto, diversamente, si dovrebbe ritenere che tali disposizioni contengano una determinazione della penale iniqua e sproporzionata.

Infine, in via istruttoria, chiede di ammettere prova testimoniale sui seguenti capitoli di prova:

- *“vero che nel corso di colloqui telefonici avvenuti nei giorni tra il 20 e il 23 settembre 2003, il Signor [omissis], di Beta, dichiarò al signor [omissis] di Alfa che la capacità assegnata a Alfa in relazione al punto REMI [omissis] non*

avrebbe potuto essere imputata al punto REMI [omissis] in quanto ciò sarebbe stato, secondo la valutazione di Beta, in contrasto con le prescrizioni del Codice di Rete;

- *vero che nel corso di colloqui telefonici avvenuti nei giorni tra il 23 e il 30 settembre 2003, il Signor [omissis], di Beta, dichiarò al signor [omissis] di Alfa che le richieste di cui alla lettera di Alfa del 23 settembre 2003 (doc. n. 5 del fascicolo di Alfa, che si rammostra al teste) non potevano essere accolte da Beta.*

Testi: [omissis] c/o Beta; [omissis] c/o Alfa”.

In data 19 maggio 2005 il dott. Antonio Molteni, Direttore della Direzione Legislativo e Legale dell’Autorità, accettava l’incarico conferito mediante i richiamati atti di compromesso assumendo la carica di presidente del Collegio; lo stesso dott. Molteni, ai sensi dell’articolo 3.1, dell’allegato A), alla deliberazione n. 42/05, designava il Segretario del Collegio nella persona dell’avv. Marco Sannia, funzionario della Direzione Legislativo e legale dell’Autorità.

Ritualmente accettate le nomine da parte degli arbitri, si riuniva in data 23 maggio 2005 il Collegio che, con ordinanza in pari data, approvava il regolamento contenente le norme procedurali del presente giudizio arbitrale (di seguito: il Regolamento) fissando, ai sensi dell’articolo 5 del Regolamento, per il giorno 13 giugno 2005, l’udienza di comparizione personale delle parti e dei rispettivi difensori.

In data 13 giugno 2005 si svolgeva presso la sede dell’Arbitrato la predetta udienza. Il Presidente del Collegio, in esito all’infruttuoso esperimento del tentativo di conciliazione previsto dal comma 5.1 del Regolamento, invitava le parti alla discussione.

L’amministratore delegato di Alfa dichiarava che:

- 1) Alfa dal 2003, e quindi per l’anno termico 2004, oltre ad esercitare l’attività di vendita ai clienti finali (vendita al dettaglio), era utente del servizio di trasporto per l’esecuzione dei propri contratti di compravendita con clienti finali dalla stessa serviti;
- 2) la controversia di cui si discute ha riguardato solo il prelievo ad un punto di riconsegna interconnesso con una rete di distribuzione locale, in quanto il gas era stato regolarmente immesso nel sistema in via di importazione.

Nell’interesse di Beta gli avvocati [omissis] dichiaravano che Beta si era attenuta all’applicazione del Codice di Rete Beta, le cui disposizioni non concedevano, nella specie, margini di discrezionalità o autonomia negoziale a Beta. Precisavano, inoltre, che gli importi riscossi da Beta non costituiscono fonte di arricchimento per quest’ultima stante la disciplina delle tariffe di trasporto. Infine manifestavano la disponibilità di Beta ad esaminare ipotesi di composizione bonaria della lite insorta che venissero eventualmente prospettate, purché queste non comportassero pregiudizio economico per Beta e

rispettassero le imprescindibili esigenze di equilibrio e di efficienza del sistema di trasporto, ed in particolare della procedura di conferimento di capacità.

Chiusa la discussione, il Collegio, ai sensi dell'articolo 5, comma 5.2, del Regolamento, assegnava alle parti termine fino al 30 giugno 2005 per la presentazione di memorie e documenti, nonché termine fino al 20 luglio 2005 per il deposito di repliche, fissando per il 25 luglio 2005 l'udienza di discussione sull'ammissione dei mezzi di prova.

In aderenza a quanto disposto dal Collegio, Alfa in data 30 giugno 2005 depositava “*memoria difensiva*” con allegata documentazione in cui ricapitolava in fatto ed in diritto le proprie argomentazioni, insistendo per l'accoglimento delle conclusioni rassegnate nell'atto introduttivo del presente giudizio arbitrale e chiedendo sotto il profilo istruttorio di:

- *“disporsi se del caso C.T.U. finalizzata alla verifica dell'assenza di sbilanciamenti relativi alle richieste di capacità di trasporto di Alfa evidenziate in causa e a quanto altro completerà il quesito da assegnarsi in contraddittorio;*
- *ammetersi prova testimoniale sui punti 5,6 e 7 della presente Memoria autorizzata Alfa, da considerarsi come altrettanti capitoli coi seguenti testi: [omissis] c/o Beta”.*

Inoltre chiedendo l'esibizione da parte di Beta di:

- a) *“tutti gli atti e le comunicazioni interne riguardanti la richiesta di rettifica di errore materiale contenuta nella comunicazione Alfa del 23 settembre 2003;*
- b) *tutti gli atti e le comunicazioni riguardanti la richiesta all'Autorità di cui alla lettera 30 dicembre 2004 della medesima Autorità;*
- c) *tutti gli atti e le comunicazioni riguardanti i dati di allocazione dei volumi sui punti di riconsegna nell'anno 2003, come illustrato nelle Note Autorizzate per Alfa dell'8 settembre 2005”.*

Analogamente Beta in data 30 giugno 2005 depositava “*memoria difensiva*” con allegata documentazione in cui ricapitolava in fatto ed in diritto le proprie argomentazioni, insistendo per l'accoglimento delle conclusioni rassegnate nell'atto introduttivo del presente giudizio arbitrale e chiedendo sotto il profilo istruttorio di ammettere prova testimoniale, oltre che sui capitoli di prova dedotti nella “*Risposta alla domanda di arbitrato contenente domanda riconvenzionale*” in data 29 dicembre 2004 anche sul seguente capitolo di prova:

“vero che l'importo complessivo di cui alla fattura emessa da Beta, n. [omissis], pari ad euro [omissis], è stato ricompreso nell'ammontare complessivo dei ricavi conseguiti da Beta nell'anno 2003 – 2004, dichiarato da Beta all'Autorità per l'energia elettrica e il gas ai sensi dell'articolo 13.1 della Delibera n. 120/01 della predetta Autorità. Teste: [...] presso Beta”.

In data 20 luglio 2005, Alfa e Beta depositavano le rispettive “*Memorie di replica*” con allegata documentazione nelle quali contestavano quanto addotto da controparte nei precedenti scritti difensivi ed insistevano per l'accoglimento delle proprie conclusioni di merito ed istruttorie precedentemente formulate.

In data 25 luglio 2005, si svolgeva presso la sede dell'arbitrato, l'udienza di discussione sulle deduzioni istruttorie formulate dalle parti. In tale udienza, le parti si riportavano alle deduzioni istruttorie formulate nella documentazione precedentemente prodotta chiedendone l'accoglimento. Il Collegio si riservava la decisione sulle predette deduzioni reputando necessario, ai fini della decisione della controversia in epigrafe, richiedere alle parti di fornire, entro il termine dell'8 settembre 2005, chiarimenti scritti in ordine alle seguenti questioni:

“ a) i quantitativi di capacità che risultavano prenotati da Alfa ai sensi del capitolo 8, paragrafo 6, del Codice di Rete, presso i punti di entrata, hub stoccaggi, PVS, punti di uscita e riconsegna nei mesi di ottobre e di novembre 2003;

b) i volumi di gas effettivamente immessi e prelevati da Alfa presso i punti di cui sopra nei medesimi periodi”.

In data 8 settembre 2005, le parti depositavano “*Note difensive*” con allegata documentazione in esito alla richiesta di chiarimenti scritti formulata dal Collegio con ordinanza in data 25 luglio 2005.

Con ordinanza in data 12 settembre 2005, il Collegio invitava le parti a precisare le conclusioni depositando apposito atto entro il termine del 19 settembre 2005, assegnando inoltre termine sino al 3 ottobre 2005 per la presentazione delle memorie conclusive. Infine, il Collegio attribuiva alle parti la facoltà di richiedere l'udienza di discussione finale entro il termine del 5 ottobre 2005, fissando tale udienza per il giorno 14 ottobre 2005.

In data 21 settembre 2005, Alfa depositava “*Foglio di precisazione delle conclusioni*” con allegata documentazione ove chiedeva al Collegio di accogliere le conclusioni di cui ai punti a), b), c), e d) della “*Domanda di arbitrato*” nonché di:

- “*dichiarare fondata la contestazione del pagamento della fattura Beta [omissis] e dichiarare così che nulla è dovuto da Alfa a Beta a titolo di interessi o sono dovute esclusivamente le somme, a titolo di interessi, determinabili in conseguenza dell'esito delle richieste di cui ai precedenti punti a) b) e c) ordinando a Beta di procedere immediatamente alla conseguente restituzione di quanto già nel frattempo versato da Alfa e di emettere immediatamente la relativa nota di credito nei confronti di Alfa, ai sensi del capitolo 18, paragrafo 5 del Codice di Rete per una somma corrispondente all'intera fattura o alla somma risultante, dovuta a titolo di interessi, sull'importo conseguente alla predetta riduzione;*
- *nei casi sub a) b) c) e d) riconoscere gli interessi nei modi e nei termini descritti nel punto in fatto n. 22 della Memoria autorizzata Alfa del 30 giugno 2005”.*

Inoltre, chiedeva che la controversia fosse rimessa in istruttoria e di:

- “*disporsi se del caso C.T.U. finalizzata alla verifica dell'assenza di sbilanciamenti relativi alle richieste di capacità di trasporto di Alfa evidenziate in causa e a quanto altro completerà il quesito da assegnarsi in contraddittorio;*

- *ammetersi prova testimoniale sui punti 5,6 e 7 della Memoria autorizzata Alfa del 30 giugno 2005, da considerarsi come altrettanti capitoli coi seguenti testi: [omissis], c/o Beta”.*

Alfa , inoltre, richiedeva a Beta, o al Collegio di ordinare a Beta, l’esibizione di:

- “a) tutti gli atti e le comunicazioni interne riguardanti la richiesta di rettifica di errore materiale contenuta nella comunicazione Alfa del 23 settembre 2003;*
- b) tutti gli atti e le comunicazioni riguardanti la richiesta all’Autorità di cui alla lettera del 30 dicembre 2004 della medesima Autorità;*
- c) tutti gli atti e le comunicazioni riguardanti i dati di allocazione dei volumi sui punti di riconsegna nell’anno 2003, come illustrato nelle Note Autorizzate per Alfa dell’8 settembre 2005”.*

In data 22 settembre 2005, Beta depositava *“Foglio di precisazione delle conclusioni”* con allegata documentazione, ove chiedeva al Collegio di accogliere, *“previa declaratoria dell’inammissibilità delle domande ed eccezioni nuove svolte da Alfa nella memoria del 20 luglio 2005”*, le conclusioni di merito e le istanze istruttorie contenute nella *“Risposta a domanda di arbitrato contenente domanda riconvenzionale”*, nonché nelle memorie difensive del 30 giugno 2005 e del 20 luglio 2005.

In data 3 ottobre 2005, Alfa depositava *“Memoria conclusiva”* ove, in buona sostanza, riepilogava in fatto ed in diritto le argomentazioni svolte nei precedenti scritti difensivi, replicando, sotto quest’ultimo profilo, tra l’altro, alla eccezione formulata da Beta all’udienza del 25 luglio 2005, di inammissibilità, ai sensi degli articoli 183 e 184 del c.p.c. in quanto domanda *“nuova”*, della prospettazione contenuta nella memoria depositata in data 20 luglio 2005 relativa al perfezionamento per fatti concludenti del contratto di trasporto relativamente al punto REMI [omissis].

Al riguardo, Alfa sosteneva che tale riferimento costituisce un mero approfondimento delle argomentazioni formulate nella *“Memoria difensiva”* depositata in data 30 giugno 2005 e nella *“Domanda di arbitrato”*. Inoltre, Alfa richiamava l’indirizzo giurisprudenziale secondo cui nel giudizio arbitrale non si applica il divieto di nuove domande ed eccezioni di cui agli articoli 183 e 184 c.p.c. *“avendo le parti la possibilità di modificare ed ampliare gli iniziali quesiti [...] nell’osservanza del principio del contraddittorio”*.

Beta nella *“memoria conclusionale”* depositata in data 3 ottobre 2005 riepilogava in punto di fatto ed in punto di diritto le argomentazioni sostenute nei precedenti scritti difensivi ribadendo, tra l’altro, sotto quest’ultimo profilo:

- l’eccezione di inammissibilità in quanto *“nuova”* della accennata domanda relativa al perfezionamento per fatti concludenti del contratto di trasporto relativamente al punto REMI [omissis];
- che la *“minuziosa”* disciplina del contratto di trasporto di gas dettata dal decreto legislativo 23 maggio 2000 n. 164 (di seguito: decreto legislativo n. 164/2000), dalla deliberazione dell’Autorità 17 luglio 2002, n. 137/02 (di seguito: deliberazione n.

137/02) e dal Codice di Rete Beta, induce ad escludere che tale contratto possa essere perfezionato per fatti concludenti.

In data 19 ottobre 2005, si svolgeva presso la sede dell'arbitrato l'udienza di discussione finale. In tale udienza le parti si riportavano alle conclusioni contenute negli atti e documenti precedentemente depositati chiedendone l'accoglimento. Celebrata tale udienza, la causa veniva trattenuta in decisione dal Collegio sulle seguenti conclusioni delle parti:

- Per Alfa (*Foglio di precisazione delle conclusioni del 21 settembre 2005*):

- a) *Dichiarare fondata la contestazione del pagamento della fattura Beta n. [omissis] e dichiarare così che nulla è dovuto da Alfa a Beta, ordinando a quest'ultima di procedere immediatamente alla conseguente restituzione di quanto già versato da Alfa e di emettere immediatamente la relativa nota di credito nei confronti di Alfa ai sensi del capitolo 18, paragrafo 5, del Codice di Rete, per una somma corrispondente all'intera fattura;*
- b) *in subordine al punto a), in considerazione delle argomentazioni svolte, dichiarare fondata la contestazione del pagamento della fattura Beta n. [omissis] per l'importo eccedente la somma di [omissis] già corrisposta in data 9 aprile 2004 e dichiarare che solo e null'altro che tale importo di [omissis] è dovuto da Alfa a Beta, ordinando a quest'ultima di procedere immediatamente alla conseguente restituzione di quanto già versato in eccedenza da Alfa e di emettere immediatamente la relativa nota di credito nei confronti di Alfa, ai sensi del capitolo 18, paragrafo 5 del Codice di Rete, per una somma corrispondente;*
- c) *in ulteriore subordine rispetto al punto b), in considerazione delle argomentazioni svolte, ridurre in via equitativa ex art. 1384 cod. civ. l'importo dovuto da Alfa di cui alla fattura [omissis] e dichiarare che solo e null'altro che tale importo di [omissis] è dovuto da Alfa a Beta, ordinando a quest'ultima di procedere immediatamente alla conseguente restituzione di quanto già versato in eccedenza da Alfa e di emettere immediatamente la relativa nota di credito nei confronti di Alfa, ai sensi del capitolo 18, paragrafo 5, del Codice di Rete, per una somma corrispondente alla riduzione effettuata in via equitativa;*
- d) *dichiarare fondata la contestazione del pagamento della fattura Beta n. [omissis] e dichiarare così che nulla è dovuto da Alfa a Beta a titolo di interessi o sono dovute esclusivamente le somme, a titolo di interessi, determinabili in conseguenza dell'esito delle richieste di cui ai punti precedenti, ordinando a Beta di procedere immediatamente alla conseguente restituzione di quanto già nel frattempo versato da Alfa e di emettere immediatamente la relativa nota di credito nei confronti di Alfa, ai sensi del capitolo 18, paragrafo 5 del Codice di Rete, per una somma corrispondente all'intera fattura o alla somma risultante, dovuta a titolo di interessi, sull'importo conseguente alla predetta riduzione;*
- e) *nei casi sub a), b), c), d), riconoscere gli interessi nei modi e nei termini descritti nel punto in fatto n. 22 della Memoria autorizzata Alfa del 30 giugno 2005;*
- f) *con vittoria di spese, competenze ed onorari del giudizio arbitrale;*

- g) *con ogni riserva istruttoria e di merito, si insiste affinché la controversia sia rimessa in istruttoria e si proceda a:*
- *disporsi, se del caso, C.T.U. finalizzata alla verifica dell'assenza di sbilanciamenti relativi alle richieste di capacità di trasporto di Alfa evidenziate in causa e a quanto altro completerà il quesito da assegnarsi in contraddittorio;*
 - *ammettersi prova testimoniale sui punti 5, 6, e 7 della Memoria autorizzata Alfa del 30 giugno 2005, da considerarsi come altrettanti capitoli coi seguenti testi: [omissis], c/o Beta;*
 - *disporsi l'esibizione di:*
 - 1) *tutti gli atti e le comunicazioni interne riguardanti la richiesta di rettifica di errore materiale contenuta nella comunicazione Alfa del 23 settembre 2003;*
 - 2) *tutti gli atti e le comunicazioni riguardanti la richiesta dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas di cui alla lettera 30 dicembre 2004 della medesima Autorità;*
 - 3) *tutti gli atti e le comunicazioni riguardanti i dati di allocazione dei volumi sui punti di riconsegna nell'anno 2003, come illustrato nelle Note autorizzate per Alfa dell'8 settembre 2005”.*

- Per BETA (Foglio di precisazione delle conclusioni del 22 settembre 2005):

- “a) in via preliminare, dichiarare l'inammissibilità delle domande ed eccezioni nuove svolte da Alfa con memoria depositata in data 20 luglio 2005, con riferimento al preteso perfezionamento per fatti concludenti di un contratto di trasporto relativamente al punto REMI [omissis] e alla pretesa applicabilità del cap. 19, par. 2.2.1 del Codice di Rete, dell'art. 1229 c.c. e dell'articolo 1227 c.c.;*
- b) in via principale, respingere integralmente le domande svolte da , dando atto che nulla è dovuto da Beta a titolo di restituzione delle somme versate da Alfa a saldo dell'importo in linea capitale portato dalla fattura emessa da Beta n. [omissis];*
- c) in via riconvenzionale: dire tenuta e condannare la Alfa a pagare a Beta gli interessi maturati relativi all'importo di cui alla fattura emessa da Beta n. [omissis] calcolati al tasso di mora di cui al cap. 18, art. 4.3.2. del Codice di Rete, pari al tasso Euribor a 12 mesi corrispondente a ciascun giorno di ritardo, maggiorato di due punti percentuali, ovvero in subordine, al tasso legale, a far data dal 26 dicembre 2003 ai singoli saldi;*
- d) in via istruttoria:*
- *respingere tutte le istanze istruttorie di Alfa;*
 - *ammettere occorrendo i seguenti capitoli di prova testimoniale:*
 1. *vero che nel corso di colloqui telefonici avvenuti nei giorni tra il 20 e il 23 settembre 2003, il Signor [omissis], di Beta, dichiarò al signor [omissis] di Alfa che la capacità assegnata a Alfa in relazione al punto REMI [omissis]*

non avrebbe potuto essere imputata al punto REMI [omissis] in quanto ciò sarebbe stato, secondo la valutazione di Beta, in contrasto con le prescrizioni del Codice di Rete;

2. *vero che nel corso di colloqui telefonici avvenuti nei giorni tra il 23 e il 30 settembre 2003, il Signor [omissis], di Beta, dichiarò al signor [omissis] di Alfa che le richieste di cui alla lettera di Alfa del 23 settembre 2003 (doc. n. 5 del fascicolo di Alfa, che si rammostra al teste) non potevano essere accolte da Beta;*

Testi: [omissis] c/o Beta; [omissis] c/o Alfa.

3. *vero che l'importo complessivo di cui alla fattura emessa da Beta, n. [omissis], pari a euro [omissis] è stato ricompreso nell'ammontare complessivo dei ricavi conseguiti da Beta nell'anno 2003 – 2004, dichiarato da Beta all'Autorità per l'energia elettrica e il gas ai sensi dell'art. 13.1 della Delibera n. 120/01 della predetta Autorità.*

Teste: [omissis] presso Beta.

Con il favore delle spese diritti ed onorari del procedimento arbitrale”.

Il Collegio, inoltre, si riservava ogni decisione circa la valutazione delle deduzioni istruttorie formulate dalle parti. Le parti, con successivi atti in data 11 novembre 2005 ed in data 16 dicembre 2005, manifestavano il consenso alla proroga del termine di pronuncia del lodo fino al giorno 20 gennaio 2006.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Quadro giuridico rilevante

La controversia che il Collegio è chiamato a risolvere è sorta in sede di esecuzione di un rapporto commerciale avente ad oggetto l'erogazione, da parte di Beta nei confronti di Alfa, del servizio c.d. di trasporto del gas naturale sulla rete ad alta pressione. Si tratta, al di là della dizione atecnica, di una prestazione che si sostanzia nella esecuzione del *settlement* fisico delle obbligazioni di consegna del bene negoziato che l'utente assume in conseguenza della conclusione di contratti di compravendita dello stesso bene.

Tale servizio, stanti l'architettura fisica delle infrastrutture serventi l'attività e l'articolazione soggettiva del mercato di riferimento, assume una configurazione ripartita in fasi. In particolare, l'apparato infrastrutturale si articola in:

- reti di trasporto (costituite prevalentemente da gasdotti in alta pressione), nell'ambito delle quali si distingue tra:

- una rete nazionale di gasdotti, gestita in modo unitario dal soggetto che dispone della maggior parte di essa (c.d. impresa maggiore) ed individuata con decreto del Ministro delle attività produttive (la rete nazionale gestita da Beta);

e

- reti di trasporto regionale, generalmente interconnesse con quella nazionale, gestite da imprese di trasporto (tra cui la stessa Beta);
- reti di distribuzione (costituite prevalentemente da gasdotti in media/bassa pressione, gestite e individuate sulla base di concessioni rilasciate dagli enti locali titolari del servizio).

È a queste ultime che, nella più parte dei casi, risulta connesso il punto di prelievo da cui la controparte del contratto di compravendita ritira le quantità acquistate.

Da ciò consegue che l'utente interessato all'esecuzione di operazioni di compravendita di gas naturale dovrà concludere, nella più parte dei casi, almeno due contratti coordinati e complementari per realizzare la finalità di *settlement* fisico: da una parte, il contratto con l' esercente che gestisce l'infrastruttura di trasporto ad alta pressione per ottenere la consegna delle quantità oggetto dei contratti di compravendita sino al punto di connessione con la rete di distribuzione cui sono allacciati clienti finali acquirenti del gas oggetto di detti contratti; dall'altra, il contratto con l' esercente di tale ultima rete per assicurarsi la consegna fisica del prodotto al punto di prelievo cui sia allacciato il singolo cliente finale.

L'ipotesi sopra tratteggiata, è bene precisarlo, è una delle possibili "varianti" della configurazione che può assumere l'assetto dei rapporti contrattuali necessario a dare esecuzione alle operazioni di compravendita. Essa presuppone, in particolare, che l'utente che chiede accesso al servizio di trasporto sia direttamente controparte di contratti di compravendita con clienti finali allacciati alla rete di distribuzione cui fornisce gas dall'utente stesso direttamente acquistato all'estero o presso un produttore nazionale. Potrebbe infatti darsi il caso in cui una società di vendita che, per fornire il proprio cliente finale, si approvvigioni – all'ingrosso – presso un'altra società di vendita che importa gas dall'estero: in tal caso il contratto di compravendita tra tali due società c.d. contratto di compravendita all'ingrosso, prevede l'impegno per la società importatrice di consegnare il gas alla società acquirente presso il punto di riconsegna della rete di trasporto interconnesso con la rete di distribuzione cui è allacciato il cliente finale della società acquirente; conseguentemente, sorgeranno autonomi rapporti commerciali, da un lato, tra la società importatrice e l'impresa di trasporto al fine di dare esecuzione al contratto di compravendita all'ingrosso e, dall'altro lato, tra la società di vendita acquirente e l'impresa di distribuzione al fine di dare esecuzione al contratto di compravendita tra società venditrice e cliente finale.

Quella sopra declinata in via principale è la fattispecie in relazione alla quale si pone la controversia: l'accesso richiesto da Alfa al punto di riconsegna contrassegnato dal "codice

REMI” [omissis] (il c.d. codice REMI è, nell’uso tecnico-gergale, il codice identificativo dei punti di riconsegna della rete di trasporto) era, infatti, strumentale ad eseguire contratti di compravendita dalla stessa conclusi con clienti finali collocati a valle della rete di distribuzione interconnessa con tale punto.

In ogni caso, i contratti conclusi tra utente e gestore dell’infrastruttura, sono contratti ad esecuzione continuata, ossia rapporti aventi ad oggetto la somministrazione del servizio in un determinato arco temporale che, nel caso del rapporto di specie, è annuale con reiterazione quotidiana della prestazione nei limiti dei parametri operativi concordati dalle parti secondo quanto sarà di seguito chiarito.

Le considerazioni da ultimo svolte rileveranno in sede di analisi puntuale delle implicazioni di carattere giuridico della ricostruzione in fatto come sopra svolta.

1. Elemento centrale per l’inquadramento della controversia è, per certo, rappresentato dal regime delle fonti della disciplina del predetto rapporto commerciale, come definita dall’articolo 24, comma 5, del decreto legislativo n. 164/2000. Esso si articola, in particolare, su due distinti livelli di produzione:

- ad un primo livello, si colloca l’attività di regolazione dell’Autorità orientata a garantire “la libertà di accesso a parità di condizioni, la massima imparzialità e la neutralità nell’erogazione del servizio di trasporto”;
- ad un livello inferiore, invece, si colloca l’attività delle imprese di trasporto che, sulla base della disciplina definita dall’Autorità, sono tenute a redigere proprie condizioni generali di contratto (il c.d. Codice di Rete) che sono trasmesse all’Autorità ai fini della loro approvazione.

In altre parole, la norma primaria sopra citata definisce un regime caratterizzato da un’attività di “autoregolazione” posta in essere direttamente dall’impresa di trasporto, nel rispetto di criteri fissati dall’Autorità, alla quale compete anche un potere di controllo successivo di conformità al cui esito è condizionata l’efficacia delle norme declinate in sede di “autoregolazione”.

Per quanto rileva ai fini della controversia in esame, i predetti criteri sono stati fissati dall’Autorità con la deliberazione n. 137/02. Con la deliberazione 1 luglio 2003, n. 75/03 (di seguito: deliberazione n. 75/03), invece, l’Autorità, in esito al relativo procedimento di verifica di conformità, ha approvato (con alcune modifiche) il Codice di Rete Beta.

Al riguardo, occorre precisare che la deliberazione n. 137/02 disciplina sia la fase genetica del rapporto (il provvedimento parla al riguardo di “accesso al servizio”) sia la fase dinamica dello stesso (la deliberazione n. 137/02 parla al riguardo di “erogazione del servizio”). Conseguentemente, il Codice di Rete, oltre a definire condizioni generali di contratto propriamente intese, reca anche le disposizioni disciplinanti la fase, di natura pre-contrattuale, comprendente le attività finalizzate alla conclusione del singolo contratto.

Nel quadro dell'architettura del mandato di regolazione intestato all'Autorità, quello sopra descritto è l'assetto che maggiormente ridefinisce i margini operativi dell'autonomia contrattuale delle parti, solo apparentemente riconosciuta in termini ampi.

In altri termini, se è vero che il regolatore direttamente, in via di autonomia, definisce i principi generali informanti la disciplina del rapporto commerciale, è altrettanto vero che la previsione, per le disposizioni di dettaglio, della approvazione da parte dell'Autorità di un Codice di Rete predisposto dall'operatore la cui efficacia è condizionata alla predetta approvazione e pubblicazione da parte della stessa Autorità, sottrae alla libera contrattazione delle parti la definizione di aspetti modificativi o integrativi di detta disciplina (principi; disposizioni di dettaglio).

Ciò comporta, in generale, che l'eventuale esigenza dell'utente di implementare le disposizioni di dettaglio, ad esempio, tanto per rifarsi alla fattispecie concreta qui valutata, quanto ad un aspetto della procedura disciplinante la fase pre-contrattuale genetica del rapporto commerciale, può essere realizzata solo se fruttuosamente incanalata nel percorso di formazione della disciplina del rapporto come sopra delineato.

In parte diverso è il caso della intestazione all'Autorità di potestà aventi ad oggetto l'adozione di provvedimenti normativi o a contenuto generale non accompagnata dalla suddetta clausola di definizione dell'assetto modale dell'autoregolazione.

È in questo caso che si può riconoscere, all'interno della cornice normativa definita dall'Autorità e nei limiti della negoziazione di elementi della disciplina del rapporto non contrastanti con detta cornice, la piena disponibilità alle parti della libera contrattazione di aspetti complementari di tale disciplina le cui ricadute valutare alla luce del diritto comune.

Quanto sopra premesso consente, in via preliminare, di escludere la rilevanza di alcuni elementi della postulazione di Alfa.

Si fa in particolare riferimento alla evocata questione della mancata attivazione da parte di Beta, nonostante le sollecitazioni in tal senso ricevute da Alfa della procedura d'urgenza per la modifica del Codice di Rete Beta ai fini della introduzione di una disposizione che ampliasse ulteriormente i margini già riconosciuti per ovviare ad errori materiali inficianti le richieste presentate nel corso della procedura di conferimento.

Si deve preliminarmente evidenziare che la questione non ha rilievo in quanto non dà luogo alla formulazione di alcuna domanda sulla quale il Collegio è chiamato a pronunciarsi.

Al riguardo, basta osservare che i fatti dedotti da Alfa possono essere valutati solo alla luce della disciplina *pro-tempore* vigente e non in relazione ad una modifica della stessa che, quand'anche fosse stato dato corso alla procedura, sarebbe entrata in vigore, previa approvazione dell'Autorità, con efficacia *ex nunc* decorrente dalla pubblicazione della disposizione innovativa nel sito internet della stessa Autorità (a tale adempimento, infatti, il comma 19.3 della deliberazione n. 137/02 esplicitamente subordina l'efficacia del Codice

di Rete e delle sue modifiche e aggiornamenti). In ultima analisi, la preconizzata modifica del Codice di Rete Beta non avrebbe, comunque, potuto innovare gli esiti della procedura di conferimento per il mese di ottobre 2003.

Il profilo in questione potrebbe al più rilevare sul diverso piano dell'accertamento della responsabilità contrattuale di Beta per la violazione delle disposizioni che disciplinano la modifica del Codice di Rete Beta, ed essere quindi considerato quale presupposto di tutela reintegratoria rispetto agli eventuali danni che la violazione, se consistente, può aver prodotto in capo ad Alfa.

Una domanda siffatta non è stata declinata da Alfa, ciò che si comprende alla luce delle considerazioni sopra svolte in ordine alla irretroattività della modifica e quindi alla impossibilità che la stessa producesse, anche qualora avesse avuto buon esito, effetti tali da escludere le conseguenze diminutive dallo stessa sopportate per non aver potuto rimediare all'errore materiale compiuto nella formulazione delle richieste presentate nell'ambito della procedura di conferimento.

2. Quanto sopra premesso, può essere delimitata con precisione la materia del contendere intesa come domande presentate dalle parti e profili della disciplina sulla cui interpretazione e applicazione si appuntano le contrapposte valutazioni operate dalle stesse.

I profili, anzi il profilo, è, per certo, quello della correttezza, rispetto al quadro normativo rilevante (di diritto comune e regolatorio settoriale), della dinamica pre-contrattuale che ha condotto alla instaurazione, tra Alfa e Beta, di un rapporto commerciale afferente l'erogazione, nei confronti della prima, del servizio di *settlement* fisico di compravendite di gas naturale per l'anno termico 2003-2004.

La disciplina della procedura attraverso la quale si perviene alla conclusione di un contratto siffatto e all'avvio dell'erogazione del servizio (c.d. procedura di conferimento) è puntualmente, si può ben dire tassativamente, posta dal capitolo 5 del Codice di Rete Beta, il quale dettaglia le disposizioni previste dagli articoli 8, 9 e 10 della deliberazione n. 137/02. Il suo esame consente di evidenziare alcuni contenuti che già direttamente implementano l'assetto normativo del rapporto commerciale di somministrazione. Di seguito se ne ricostruiscono i passaggi ponendo in opportuna evidenza, anche attraverso il chiarimento di formule in certi casi gergali sotto il profilo tecnico-qualificatorio, gli aspetti rilevanti ai fini della valutazione delle questioni poste a base delle domande.

L'esame deve essere collocato sullo sfondo, essenziale date alcune deduzioni sviluppate da Alfa sulle quali ci si soffermerà in seguito, sopra ricostruito dell'assetto giuridico delle fonti della disciplina del rapporto giuridico *de quo* e della compressione dell'autonomia negoziale da esso discendente. Tale assetto conferisce alle disposizioni *pro tempore* vigenti valore tassativo, pena la grave compromissione dell'interesse generale sotteso da riscontrarsi nell'esigenza di garantire, al fine di promuovere la concorrenza, un impianto normativo certo, trasparente e tale da assicurare piena parità nelle condizioni di accesso al

servizio di *settlement* fisico delle operazioni commerciali aventi ad oggetto la compravendita di gas naturale.

Al fine di ottenere l'erogazione del servizio, l'utente interessato deve presentare una richiesta all' esercente.

Al di là della dizione letterale utilizzata nel Codice di Rete Beta e nella deliberazione n. 137/02 (“richiesta di conferimento di capacità”), si tratta di una proposta contrattuale nella quale il potenziale utente declina i parametri generali variabili del rapporto (punti di immissione e di prelievo interessati dall'esecuzione del contratto, nonché, per ciascun punto, la capacità necessaria); come già indicato, le rimanenti condizioni tecnico-economiche sono poste in via generale dagli atti di regolazione e auto-regolazione controllata non disponibili, nei loro contenuti, alle parti. Per converso, i profili oggetto della proposta costituiscono l'unica materia sulla quale effettivamente, quanto all'attività in questione, si esplica l'autonomia contrattuale delle parti.

Al riguardo, è bene precisare preliminarmente che l'autonomia delle parti risulta ulteriormente compressa dall'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo n. 164/2000, il quale pone in capo all' esercente il servizio di trasporto un generale obbligo a contrarre. Tale obbligo, che costituisce uno dei principi cardine dettati in materia di accesso alle infrastrutture essenziali, trova l'unica deroga nelle tre ipotesi tipizzate dal comma 2 del medesimo articolo, il quale legittima l' esercente a rifiutare la proposta quando:

- a) v'è carenza di capacità rispetto a quella oggetto della richiesta di conferimento;
- b) l'accesso impedirebbe all' esercente di svolgere gli obblighi di servizio pubblico cui è soggetto;
- c) dall'accesso derivino gravi difficoltà economiche e finanziarie ad imprese del gas naturale operanti nel sistema, in relazione a contratti di tipo “*take or pay*” sottoscritti prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 164/2000.

L'ipotesi di maggior rilievo è certamente quella *sub a*), tanto per il fatto che si verifica con maggiore frequenza (nella prassi applicativa dell'Autorità non si riscontra l'accertamento di rifiuti opposti per i restanti motivi), quanto per il fatto che l'intera disciplina del servizio di trasporto è stata costruita attorno al concetto di capacità.

Al di là del suo significato tecnico, sotto l'aspetto specificamente giuridico, la “capacità” delimita, quantificandolo, il diritto dell'utente di immettere e prelevare gas presso determinati punti della rete ai fini della esecuzione fisica dei contratti di compravendita dallo stesso conclusi. In ragione del fatto che i consumi di gas non sono costanti nel tempo, ma variano in funzione degli eventi climatici (nel caso di clienti cc.dd. civili) e/o del ciclo produttivo (nel caso di clienti cc.dd. industriali), ai fini della esecuzione fisica dei contratti di compravendita si pone la necessità di modulare prelievi e immissioni di gas in rete.

Pertanto, il *quantum* di capacità che viene conferito all'utente presso ciascun punto della rete esprime il valore del massimo quantitativo di gas che lo stesso ha titolo, in sede di

“erogazione del servizio” (fase funzionale del rapporto), ad immettere o prelevare presso tale punto, secondo una programmazione che l’utente medesimo comunica con cadenze temporali diverse all’esercente.

Per motivi di chiarezza espositivo-terminologica, è bene precisare che, tecnicamente, i punti della rete di trasporto si diversificano tra punti destinati alle immissioni e punti destinati ai prelievi di gas. Nel gergo utilizzato nei provvedimenti dell’Autorità e nel Codice di Rete Beta, i primi vengono chiamati “punti di consegna” o di “entrata” (qualora si tratti di punti di consegna posti sulla rete nazionale di gasdotti); i secondo, invece, “punti di riconsegna” o di “uscita” (qualora si tratti di punti di riconsegna posti sulla rete nazionale di gasdotti).

I soggetti interessati possono presentare le richieste strumentali alla gestione della loro operatività nell’anno termico successivo (*rectius* – all’esecuzione dei contratti di compravendita conclusi con efficacia per l’anno termico appena avviato) all’inizio di tale anno termico, ossia entro l’1 agosto (articolo 9, comma 9.2, della deliberazione n. 137/02 e capitolo 5, paragrafi 4.2.1 e 4.2.2, del Codice di Rete Beta), ciò che dà impulso allo svolgimento di una procedura concorsuale al fine della assegnazione della capacità disponibile. Nel caso di carenza della capacità in rapporto alla domanda complessiva, l’esercente applica la procedura di riparto definita dall’Autorità (articolo 9, commi 9.4 e 9.5, della deliberazione n. 137/02).

Vi è anche la possibilità di presentare proposte ad anno termico iniziato che vengono valutate individualmente ed accettate a condizione della materiale disponibilità *pro tempore* di capacità in applicazione del principio *first come first served* (le regole procedurali per la disciplina della fase pre-contrattuale individuale sono comunque esattamente le stesse: comma 9.3 della deliberazione n. 137/02 e capitolo 5, paragrafo 5, del Codice di Rete Beta).

Sul piano del rapporto contrattuale, le richieste di capacità presentate in corso d’anno termico da parte di un soggetto che sia già titolare di capacità su alcuni punti della rete si configurano come proposte di modifica di un contratto già in essere. Tali proposte, infatti, possono essere orientate a modificare (in aumento o in riduzione) capacità già conferite su determinati punti, ovvero ad ottenere conferimenti presso punti per i quali in precedenza l’utente non aveva titolo alcuno.

L’esercente conferisce al richiedente quanto richiesto nei limiti della capacità disponibile in rapporto alle eventuali concomitanti richieste presentate da altri operatori (capitolo 5, paragrafi 4.1.2 e 4.2.2, primo cpv. del Codice di Rete Beta). Anche in questo caso, la dizione tecnico-gergale deve essere tradotta in termini giuridici quanto alla sua valenza ai fini del perfezionamento della fattispecie a formazione progressiva in esame.

Si tratta di un adempimento qualificabile in due modi diversi a seconda dell’esito che comporta rispetto alla richiesta dell’utente, ciò che condiziona anche la qualificazione

giuridica del successivo adempimento che la procedura pone a carico dell'utente interessato:

- a) qualora l'esercente disponga della capacità richiesta dall'utente, il conferimento costituisce accettazione della proposta e comporta la formazione del rapporto contrattuale;
- b) nel caso opposto, ossia qualora l'esercente non disponga dell'intera capacità richiesta dall'utente, il conferimento deve essere qualificato in termini di nuova proposta contrattuale rivolta all'utente in relazione alla concreta e contingente situazione operativa, ciò che consente all'utente di apprezzare la persistenza dell'interesse alla fruizione del servizio.

Stante quanto sopra, il successivo passaggio previsto dal Codice di Rete Beta (capitolo 5, paragrafi 4.1.2 e 4.2.2, secondo cpv.), basato come detto su un adempimento posto a carico dell'utente e formalmente qualificato, in entrambi i casi sopra descritti, come "conferma" ("ciascun richiedente è tenuto a confermare, entro il 21 agosto [...] gli impegni di capacità che intende sottoscrivere, nei limiti delle capacità conferite"), assume due diversi significati sul piano giuridico: nel caso in cui la situazione concreta corrisponda alla fattispecie sopra indicata *sub a*), la mancata conferma si appalesa come manifestazione della volontà di non esercitare una facoltà di recesso, totale o parziale, riconosciuta all'utente. In buona sostanza, l'utente è tenuto a comunicare la decisione di non avvalersi della facoltà di recesso, ovvero, di avvalersene parzialmente, in tal caso precisando i termini contenutistici di questo atto che incide costitutivamente sulla struttura del rapporto commerciale così come consolidatasi in conseguenza dell'accettazione della proposta iniziale da parte dell'esercente.

Tale assetto è l'espressione di uno *jus poenitendi* riconosciuto agli utenti da Beta in sede di autoregolazione. Tale opzione si giustifica anche in considerazione del fatto che, nella prassi commerciale degli utenti, le richieste di capacità vengono spesso formulate quando i contratti di compravendita (per la cui esecuzione la capacità viene richiesta), pur essendo in fase di negoziazione "avanzata", non sono stati ancora perfezionati (con la conseguenza che l'utente, nel caso di mancato accordo con il proprio cliente, potrebbe trovarsi vincolato ad una capacità in tutto o in parte non funzionale all'esecuzione di contratti).

Qualora invece si versi nella situazione sopra descritta *sub b*), la conferma dell'utente si attegga quale accettazione della contro-proposta presentata dall'esercente in relazione al fatto che la capacità effettivamente disponibile non è tale da consentire la piena soddisfazione delle esigenze espresse con la richiesta. In questo caso l'utente, almeno apparentemente dato quanto si preciserà in seguito, non disporrà di un periodo entro il quale compiere una ulteriore valutazione in ordine all'effettivo interesse all'utilizzo del servizio di *settlement* fisico.

Quale che sia la variante che in concreto si verifichi, a meno che l'utente decida di recedere totalmente dal contratto, l'adempimento in questione comporta il perfezionamento del contratto nella sua definitiva consistenza tecnico-contenutistica. Il rapporto entra nella sua fase esecutiva, condizionata peraltro alla celebrazione di un ulteriore passaggio

procedurale, che verrà di seguito descritto, la cui funzione è quella di stabilire, entro i parametri generali già definitivamente concordati, la portata oggettiva delle prestazioni che i soggetti si debbono scambiare nell'ambito del singolo ciclo di esecuzione rilevante ai fini della cadenza delle fatturazioni e dei pagamenti.

A ben vedere, come si anticipava, in entrambi i casi sopra esaminati l'utente conserva la possibilità di esercitare la facoltà di recesso. Si prevede, infatti, al capitolo 5, paragrafo 4.3, sesto cpv. del Codice di Rete Beta, che qualora l'utente sottoscriva il contratto "...con impegni di capacità inferiori alle capacità confermate, sarà tenuto al pagamento di una penale pari al prodotto della penale prevista per la mancata sottoscrizione moltiplicata per il rapporto tra la somma delle capacità confermate, e non sottoscritte, e la somma delle capacità confermate, relativamente all'intero periodo di conferimento". Ciò comporta la possibilità di ridurre ulteriormente (in termini parziali non essendo contemplata in questo caso, stante la formula, l'ipotesi totale) la capacità "confermata" entro il termine di sottoscrizione del contratto, peraltro a costo di una sovra-prestazione economica che rende probabilmente "scolastica" l'ipotesi nella prospettiva di un rapporto la cui durata complessiva è annuale.

È necessario precisare, al fine di poter adeguatamente inquadrare e valutare alcune deduzioni formulate dalle parti in sede di contraddittorio, che con il consolidamento del rapporto contrattuale, secondo le disposizioni e le forme previste dal Codice di Rete Beta, sorgono in capo all'utente alcuni vincoli tra i quali deve essere valutato quello a (si cita letteralmente la disposizione del Codice di Rete Beta) "sottoscrivere con Beta, entro il 20 settembre o il primo giorno lavorativo precedente, il Contratto di Trasporto per gli impegni di capacità allegati allo stesso conformemente a quanto disposto nel presente capitolo del Codice di Rete Beta" (capitolo 5, paragrafi 4.1.2 e 4.2.2, secondo cpv., lettera a), del Codice di Rete Beta; tale previsione è ribadita anche al paragrafo 4.3 del medesimo capitolo).

Al riguardo, si deve evidenziare che la sottoscrizione del modulo di accettazione delle condizioni generali di contratto è del tutto irrilevante ai fini della genesi del rapporto, ciò che si trae in modo obiettivo dall'analisi testuale del Codice di Rete Beta.

Da una parte, infatti non reca disposizioni espresse che condizionino il sorgere del rapporto e la produzione dei suoi effetti alla sottoscrizione del modulo contrattuale; dall'altra, ciò che alla fine è dirimente, l'unica disposizione espressa che fa della mancata sottoscrizione del contratto il presupposto per la produzione di un effetto giuridico è contenuta nel capitolo 5, paragrafo 4.3, quinto cpv., e prevede che tale effetto si sostanzia nel pagamento di una "...penale pari alla somma del 20% del massimo corrispettivo annuale di capacità impegnato nell'ambito dei processi di conferimento annuale e pluriennale". L'unica conseguenza positivamente prevista, come si vede, non consente di attribuire alla sottoscrizione altra qualifica e connesso valore che non siano quelli dell'adempimento di un obbligo previsto nell'ambito della disciplina di un rapporto commerciale.

Incidentalmente, si deve notare che le disposizioni di cui sopra evidenziano che, nell'ambito del Codice di Rete Beta, o se si vuole delle condizioni generali del rapporto *de quo*, la volontà di prevedere e disciplinare clausole "penali" trova una ricaduta positiva espressa e coerente sul piano del presupposto.

3. La disamina preliminare della disciplina del servizio di *settlement* fisico delle operazioni di compravendita di gas naturale deve essere completata con la parte avente ad oggetto la definizione del contenuto delle prestazioni che esercente ed utente debbono scambiarsi nel singolo ciclo di esecuzione del contratto.

È in tale contesto che deve essere ricostruita e apprezzata la disciplina relativa ai problemi di sbilanciamento, ossia alla modalità di esecuzione del contratto che determinino distonie rispetto ai parametri da cui dipendono la correttezza e la funzionalità del conseguente impegno dell'infrastruttura. Tali parametri sono quelli, già esaminati, di carattere generale rivenienti dal conferimento e quelli, specifici, rivenienti, quanto al singolo ciclo di esecuzione del contratto, dall'esito della procedura c.d. di prenotazione che di seguito si descrive (*sub* 3.1).

La delineazione del quadro normativo rilevante verrà quindi completata con l'esame della disciplina del c.d. bilanciamento, la quale ha ad oggetto, tra l'altro, le modalità con cui viene verificato il rispetto dei predetti parametri, nonché le conseguenze del mancato rispetto degli stessi.

3.1 Per quanto riguarda la procedura di prenotazione, regolata in termini generali dall'articolo 15 della deliberazione n. 137/02 ed implementata dal capitolo 8 del Codice di Rete Beta, occorre preliminarmente osservare che essa costituisce la modalità con la quale l'utente concretamente esercita il proprio diritto, ottenuto in seguito alla procedura di conferimento, di immettere/prelevare gas presso punti della rete. Ciò avviene, in estrema sintesi, mediante la predisposizione da parte dell'utente di "programmi" delle immissioni e dei prelievi che egli si impegna ad effettuare, ad una certa data, presso i punti in cui ha ottenuto capacità. All'impegno degli utenti di rispettare i predetti programmi, corrisponde l'obbligo per l'impresa di trasporto di assicurarne l'esecuzione (comma 15.1 della deliberazione n. 137/02).

Il Codice di Rete Beta prevede una disciplina alquanto articolata della programmazione. In questa sede è bene limitarsi ad evidenziare che tra i diversi programmi che l'utente è tenuto a comunicare a Beta (annuale con aggiornamento semestrale, mensili, settimanali, giornalieri), solo quelli giornalieri (ossia formulati entro le ore 13.00 del c.d. Giorno-gas G-1 e relativi alle immissioni/prelievi che l'utente intende eseguire il giorno successivo) hanno natura vincolante (capitolo 8, paragrafo 6.3, del Codice di Rete Beta) e solo per la formulazione di tali programmi ha luogo propriamente la procedura di prenotazione.

La procedura di prenotazione si sostanzia, in estrema sintesi, nell'espletamento da parte di Beta di una serie di verifiche, di natura prevalentemente tecnica, in esito alle quali la proposta di programmazione giornaliera formulata dall'utente viene accettata

(“confermata”, nella terminologia del Codice di Rete Beta) dall’ercente, divenendo pertanto vincolante per ambedue le parti.

Tali verifiche sono elencate al capitolo 8, paragrafo 6, del Codice di Rete Beta, e sono prevalentemente orientate ad accertare l’insussistenza di eventuali vincoli della rete di natura tecnico-operativa che impediscano la corretta esecuzione del programma. Qualora i predetti vincoli vengano rilevati (la verifica si conclude entro le ore 17.00 del medesimo Giorno-gas G-1) Beta è tenuta a comunicare a “ciascuno degli utenti coinvolti il rispettivo quantitativo trasportabile nel successivo Giorno-gas G, in proporzione al programma giornaliero di ciascun utente e fornendo a ciascuno le indicazioni utili per riformulare la prenotazione relativa al proprio programma per il giorno-gas successivo” (capitolo 8, paragrafo 6.3, del Codice di Rete Beta– tale riformulazione deve essere effettuata entro le successive ore 19.00).

Per quel che qui rileva, occorre inoltre evidenziare che il Codice di Rete Beta, coerentemente con le previsioni generali in materia di conferimento e di bilanciamento, prevede che i programmi giornalieri saranno rigettati da Beta qualora essi:

- non siano bilanciati (ossia qualora l’insieme delle immissioni programmate non sia equivalente all’insieme dei programmati prelievi);
- prevedano, per uno o più punti della rete, prelievi o immissioni in quantità superiori a quelle conferite.

3.2 Per quanto riguarda la disciplina del bilanciamento, come anticipato, essa ruota attorno a due aspetti fondamentali:

- a) le modalità di verifica del rispetto da parte dell’utente dei parametri cui è tenuto in sede di esecuzione del rapporto;
- b) le conseguenze previste nel caso in cui sia accertato il mancato rispetto dei predetti parametri.

Prima di esaminare la regolazione di tali aspetti, è bene precisare che attività tipica dell’impresa di trasporto consiste nella gestione coordinata delle reti per consentire l’esatta e contestuale esecuzione fisica dei contratti di compravendita per cui gli utenti hanno richiesto accesso al servizio. Si tratta di quello che, nella terminologia tecnico-gergale del Codice di Rete Beta, viene designato con l’espressione “bilanciamento fisico”, definito come *“l’insieme delle operazioni mediante le quali il trasportatore, tramite il proprio dispacciamento, controlla in tempo reale i parametri di flusso (portate e pressioni) al fine di garantire in ogni istante la sicura ed efficace movimentazione del gas dai punti d’immissione ai punti di prelievo”* (si veda il combinato disposto dell’articolo 6, comma 6, del decreto legislativo n. 164/2000 e del capitolo 9, paragrafo 1, secondo cpv. del Codice di Rete Beta).

Nel caso di Beta, il capitolo 9, paragrafo 2, secondo cpv. del Codice di Rete Beta, individua nello stoccaggio lo strumento cui essa fisiologicamente ricorre al fine di assicurare il bilanciamento fisico. A tal fine, il cpv. successivo esplicitamente attribuisce a Beta il diritto

di accedere, per conto del proprio utente, all'intera capacità di stoccaggio di cui questi eventualmente disponga (capitolo 9, paragrafo 2, terzo cpv.).

Peraltro, come si vedrà meglio *infra*, per regioni tecnico/fisiche inerenti all'infrastruttura di rete, l'impresa di trasporto non ha il controllo sui quantitativi di gas resi disponibili dal singolo utente e al singolo utente ai punti di immissione e prelievo. Ciò in quanto presso la maggior parte dei punti della rete transita in modo continuativo gas appartenente ad una pluralità di utenti (cc. dd. punti condivisi), senza che l'impresa di trasporto sia tecnicamente in grado di intervenire in tempo reale al fine di modularne il flusso in funzione del programma giornaliero formulato da ciascuno di loro (in sede di prenotazione).

L'impresa di trasporto, pertanto, per garantire il bilanciamento fisico della rete, necessita della "collaborazione" degli utenti che, invece, hanno disponibilità dei flussi di gas immessi e prelevati. Tale rilievo trova una "copertura" normativa, in termini di responsabilità delle parti, nel disposto di cui al comma 16.1 della deliberazione n. 137/02, ai sensi del quale l'utente è tenuto a garantire che l'insieme dei quantitativi di gas immessi in rete siano pari ("bilanciati") ai quantitativi di gas complessivamente prelevati (il comma 16.1, in particolare, recita che l'utente è tenuto ad "*assicurare il bilanciamento giornaliero tra l'energia immessa in rete e l'energia prelevata dalla rete*").

In altre parole, sotto il profilo giuridico, la responsabilità dell'impresa di trasporto di assicurare l'esecuzione dei programmi giornalieri dell'utente (accettati in esito delle procedure di prenotazione) trova un limite nella responsabilità che incombe all'utente quanto alla consistenza delle immissioni e dei prelievi di gas presso i punti della rete. Tali effettivi prelievi e immissioni, come emerge dal quadro sopra sintetizzato, devono, in particolare, essere:

- a) bilanciati tra loro;
- b) effettuati entro i limiti previsti in sede di prenotazione;
- c) coerenti con le capacità conferite.

Tale adempimento è posto in capo all'utente non solo ai fini dell'esatta e corretta esecuzione del singolo rapporto individuale, ma anche a garanzia del corretto funzionamento dell'intero "sistema" gestito dall'impresa di trasporto. Immissioni e prelievi effettuati senza il rispetto dei predetti parametri, infatti, possono compromettere la gestione del servizio costituendo pertanto un potenziale pregiudizio per gli altri utenti che accedono alle infrastrutture per l'esecuzione fisica dei propri contratti di compravendita.

Come si nota, l'interesse che la disciplina del bilanciamento è volta a tutelare è l'interesse generale dell'intera comunità di utenti e clienti finali alla corretta esecuzione fisica delle operazioni di compravendita di gas naturale.

3.2.1 In una tale prospettiva deve pertanto essere valutata la disciplina che regola le situazioni in cui i quantitativi di gas effettivamente immessi e prelevati presso i punti della rete non rispettino i criteri sopra riportati. Essa ruota attorno ai cc. dd. corrispettivi di

bilanciamento che l'utente, ai sensi dell'articolo 16, comma 16.2, della deliberazione n. 137/02, è tenuto a versare all'impresa di trasporto.

Appare pertanto chiaro che la finalità perseguita con l'istituto dei corrispettivi per il bilanciamento è principalmente quella di incentivare e stimolare comportamenti "virtuosi" da parte degli utenti in sede richiesta ed utilizzo delle capacità necessarie per l'esecuzione fisica dei propri contratti di compravendita.

L'articolo 17 della deliberazione n. 137/02 prevede corrispettivi per due sole delle tre ipotesi sopra elencate, tali ipotesi essendo in particolare:

- un corrispettivo per sbilanci tra immissioni e prelievi effettivi (c.d. "corrispettivo di disequilibrio" – il "disequilibrio" è definito dal comma 1.1, lettera d, della deliberazione n. 137/02 come "*il valore della differenza fra l'energia del gas riconsegnato e l'energia del gas consegnato su base giornaliera per ciascun utente nell'aggregazione dei punti di consegna e riconsegna*");
- un corrispettivo per immissioni e prelievi effettivi eccedenti le capacità conferite (c.d. "corrispettivo di scostamento" – lo "scostamento" è definito dal comma 1.1, lettera f come "*la differenza per ciascun utente e per ciascun punto di consegna o riconsegna fra la capacità utilizzata e la capacità conferita su base giornaliera*").

L'attuale sistema di bilanciamento non prevede corrispettivi per il mancato rispetto da parte dell'utente delle prenotazioni.

Quanto sopra consente di risolvere *in limine* un possibile equivoco circa la natura dei citati corrispettivi di bilanciamento in cui sembrano cadere alcune postulazioni di Alfa. In particolare, le norme che istituiscono i predetti corrispettivi non possono essere qualificate, quanto alla loro natura giuridica, come "clausole penali" ex articolo 1382 del codice civile.

Come è noto, infatti, la logica sottesa alla clausola penale è quella di una forfetizzazione *ex ante* della somma dovuta per il risarcimento, che viene liquidata indipendentemente dalla prova del danno. La clausola penale è, per natura, "radicata" nell'ambito delle tutele interne al singolo rapporto che il regolamento contrattuale definisce a tutela degli interessi della parte che beneficia della clausola.

Per contro, i corrispettivi per il bilanciamento sono affatto estranei a tale logica. Come già osservato, infatti, detti corrispettivi non sono volti a tutelare la posizione di una delle due parti del contratto di trasporto, ma sono, piuttosto, volti a tutelare l'interesse generale al corretto funzionamento del servizio. Ciò è evidenziato dal fatto che i corrispettivi di bilanciamento, pur dovendo essere versati dall'utente all'impresa di trasporto, non determinano un arricchimento di quest'ultima, ma vengono "ridistribuiti" all'intera comunità degli utenti.

Infatti, la disciplina che regola le condizioni economiche del servizio di trasporto (attualmente contenuta nella deliberazione dell'Autorità 29 luglio 2005, n.166/05;

all'epoca dei fatti oggetto della controversia essa era definita dalla deliberazione dell'Autorità 21 maggio 2001, n. 120/01) prevede che i corrispettivi di scostamento e disequilibrio eventualmente fatturati dall'impresa di trasporto vengano considerati in sede di determinazione delle tariffe di trasporto dell'anno successivo, in detrazione dal valore dei ricavi riconosciuti (articolo 11, comma 11.6, della deliberazione n. 120/01).

Le osservazioni svolte sulla natura sostanziale dei corrispettivi di bilanciamento, affatto diversa da quella dell'istituto civilistico della penale, trovano una ulteriore conferma nel tenore letterale dello stesso Codice di Rete Beta che, laddove ha inteso introdurre clausole penali vere e proprie, le ha espressamente qualificate come tali.

Si consideri ad esempio la clausola penale, già esaminata sopra, prevista per la mancata sottoscrizione da parte dell'utente, cui sia stata conferita capacità, del documento contrattuale previsto dal capitolo 5, paragrafo 4.3, del Codice di Rete Beta. In tale caso, il quarto cpv. di detto paragrafo parla esplicitamente di penale e non di corrispettivi, come invece nel caso dei corrispettivi per il bilanciamento.

Il dato letterale trova peraltro piena conferma nella prassi dell'Autorità applicativa della disciplina tariffaria, nell'ambito della quale quanto corrisposto all'impresa di trasporto ai sensi della norma sopra citata non viene socializzato tra gli utenti (analogamente ai corrispettivi di bilanciamento), ma resta in capo Beta.

3.2.2 La ricostruzione sintetica della disciplina dei corrispettivi di bilanciamento deve ora essere completata con le previsioni relative alla modalità con cui vengono accertate dall'impresa di trasporto, presso ciascun punto della rete dalla stessa gestita, gli effettivi prelievi ed immissioni da parte dell'utente. Come già detto, l'impresa di trasporto non è tecnicamente in grado di intervenire (in tempo reale) a modulare, presso ciascun punto della rete, i flussi di gas in funzione dei programmi giornalieri degli utenti. Inoltre, presso i punti condivisi, l'impresa di trasporto è in grado di misurare il gas transitato nel suo complesso, senza poter distinguere materialmente i quantitativi effettivamente immessi e prelevati dai diversi utenti.

Conseguentemente, l'individuazione del gas effettivamente immesso e prelevato da ciascun utente costituisce l'esito di un'attività di ricostruzione che l'impresa di trasporto compie, *a posteriori*, sulla base di criteri definiti nel Codice di Rete Beta. Per quanto riguarda Beta, il capitolo 9 del Codice di Rete Beta reca i criteri cui la stessa si attiene al fine di ricostruire:

- a) i quantitativi complessivamente immessi e prelevati in rete, nonché i quantitativi di gas che l'impresa di trasporto ha dovuto prelevare dagli stoccaggi per conto dell'utente stesso, al fine di assicurarne il bilanciamento fisico e rimuovere situazioni di disequilibrio (c.d. contabilizzazione del gas trasportato);
- b) i quantitativi immessi e/o prelevati presso ciascun punto della rete, con particolare riferimento ai punti condivisi (c.d. allocazione).

Con riferimento alla controversia in discussione, vengono in rilievo le norme previste dalla deliberazione n. 137/02 e dal Codice di Rete Beta relative alle modalità di ricostruzione dei

quantitativi prelevati presso un punto di riconsegna (condiviso) interconnesso con una rete di distribuzione di gas.

Al riguardo, il principio generale è posto dall'articolo 16, comma 16.6, della deliberazione n. 137/02, il quale prevede, nel caso di punti condivisi, che l'allocazione sia effettuata in applicazione di una "regola di allocazione, su cui si forma l'accordo degli utenti interessati ai singoli siti". In mancanza di tale accordo, il medesimo comma prevede, in via residuale, l'obbligo per l'impresa di trasporto di applicare il criterio del *pro quota* riferito ai programmi giornalieri formulati dagli utenti (e accettati dall'impresa di trasporto) in sede di prenotazione.

Le regole di allocazione sui punti di riconsegna della rete gestiti da Beta sono definite nell'Allegato 9/A al Codice di Rete Beta. Gli utenti cui è stata conferita capacità presso il medesimo punto sono tenuti a comunicare la regola sui cui si sia eventualmente formato il consenso prima dell'inizio dell'anno termico e, in caso di modifica, entro il 25 del mese antecedente (capitolo 9, paragrafo 3.4.3, del Codice di Rete Beta).

Tra le "regole" previste nel citato Allegato 9/A al Codice di Rete Beta, quelle specificamente proposte da Beta per punti di riconsegna condivisi interconnessi con le reti di distribuzione sono descritte al paragrafo 5 dell'Allegato 9/A (si tratta delle "regole" definite "Value con compensatore", "Value senza compensatore" e "Profili di prelievo").

Al di là del contenuto specifico di ciascuna di esse, è importante rilevare in questa sede che le tre regole sono accomunate dal fatto che l'allocazione avviene sulla base dei quantitativi di gas (misurati) che l'utente del trasporto (o suoi aventi causa) ha prelevato a valle della rete di distribuzione. L'ammontare di tali quantitativi viene comunicato, alla fine di ciascun mese, all'impresa di trasporto dall'impresa di distribuzione (o da un diverso soggetto eventualmente delegato dagli utenti), cui gli utenti hanno richiesto di trasportare il gas dagli stessi immesso in rete sino al punto in cui è allacciato il proprio cliente finale (capitolo 9, paragrafo 3.4.3 del Codice di Rete Beta).

Ciò significa che è la comunicazione del dato che l'impresa di trasporto riceve dall'impresa di distribuzione (o dal diverso soggetto delegato) a costituire evidenza del fatto che l'utente (cui il dato si riferisce) ha effettivamente prelevato gas al punto di riconsegna della rete di trasporto per immetterlo nella rete di distribuzione. I quantitativi di gas effettivamente immesso, invece, sono calcolati dall'impresa di trasporto applicando la regola di allocazione scelta ai dati trasmessi nei termini di cui sopra.

Nel caso in oggetto, i dati esibiti dalle parti evidenziano che presso il punto di riconsegna contrassegnato dal codice REMI [omissis], nel mese in cui la parte attrice non ha ottenuto il conferimento di capacità:

- a) il soggetto che provvedeva alla trasmissione dei quantitativi di gas transitati era l'impresa di distribuzione che gestiva la rete interconnessa con il predetto punto (la società [omissis]);

- b) alla fine del mese l'impresa di distribuzione ha comunicato a Beta, oltre ai dati relativi agli utenti cui era stata conferita capacità al punto di riconsegna, anche il dato relativo ai quantitativi di gas prelevati da Alfa.

È bene evidenziare che, alla luce della disciplina dell'allocazione sopra richiamata, nella dinamica di svolgimento del contratto la comunicazione *sub b)* non poteva non costituire per Beta evidenza che parte del gas fluito presso il punto di riconsegna in questione appartenesse ad Alfa, con la conseguenza che tali quantitativi dovevano essere alla stessa allocati.

4. Il quadro normativo sopra ricostruito deve essere completato con una riflessione su alcune caratteristiche tecniche dell'infrastruttura di rete, peraltro già anticipate, che conformano in termini peculiari (e non esplicitati dalla trama normativa del Codice di Rete Beta) i vincoli e le responsabilità riferibili allo stesso esercente e all'utente interessato in situazioni di anomalia della concreta dinamica di funzionamento del rapporto commerciale.

Si tratta, in particolare, dei possibili margini di intervento di cui dispongono le parti quanto alla taratura concreta, rispettivamente, della prestazione erogata o richiesta nel caso in cui si venga a determinare una situazione deviante, in rapporto ai parametri di esecuzione fissati in esito alle procedure sopra descritte, con le caratteristiche di quella verificatasi nel caso *de quo*.

Tale situazione, in particolare, può essere rappresentata come il caso di un utente che si trovi a disporre, con riferimento ai punti di entrata correttamente richiesti, della capacità necessaria ad immettere le quantità richieste per l'esecuzione dei contratti di compravendita a valle, ma non a disporre, a motivo della mancata o erronea indicazione in sede di richiesta di conferimento, del diritto di ottenere, ad uno dei punti di riconsegna connessi con la rete di distribuzione cui sia allacciata una parte dei clienti finali con cui abbia concluso e debba eseguire contratti di compravendita, la consegna della quantità di gas necessaria.

Al riguardo, come anticipato, rileva il fatto che la gestione della infrastrutture di rete viene operata, secondo il gergo tecnico, "in continuo", non essendo materialmente possibile per l'impresa di trasporto intervenire presso i punti della rete a modulare i flussi di gas che ivi transitano in funzione dei programmi giornalieri degli utenti. Questo significa, in primo luogo, che l'esercente non si trova tecnicamente nella condizione di poter gestire i punti di immissione o di riconsegna in modo da adeguare la concreta dinamica di esecuzione del singolo rapporto contrattuale alla situazione formale che venga a consolidarsi in esito alle descritte procedure.

In altri termini, realizzandosi al punto di riconsegna la connessione tra la rete di trasporto e una rete locale di distribuzione, ossia lo snodo da cui transitano le quantità complessivamente acquistate dai diversi operatori interessati all'esecuzione di rapporti di fornitura conclusi con una determinata comunità/collettività di utenti, l'esercente l'attività di trasporto non è tecnicamente in grado di agire su tale punto per impedire l'afflusso del

solo gas immesso dall'utente che non abbia titolo ad ottenere l'esecuzione dei contratti dallo stesso conclusi le cui quantità debbano essere ivi riconsegnate/immesse.

Analoga situazione, peraltro, si riproduce a monte quando si considerino i punti di entrata: l'esercente non è in grado di impedire fisicamente l'afflusso dai punti di immissione delle quantità di gas per le quali non sia stato ottenuto dall'utente il diritto di prelievo dai punti di riconsegna alla rete di distribuzione cui sono allacciati i clienti finali serviti.

Diversa è la posizione dell'utente nel caso sopra esaminato. Posto il suddetto vincolo tecnico, l'utente è nella posizione e nella possibilità di impostare il rapporto con il gestore della rete di distribuzione dichiarando che nel mese in cui sia corto di capacità in riconsegna all'interconnessione con la rete nazionale (*rectius*, non abbia titolo al prelievo per la esecuzione dei contratti conclusi con clienti finali insistenti su detta rete di distribuzione) non preleverà gas da tale punto; ciò che comporterà:

- a) l'inadempimento, nel periodo considerato, delle obbligazioni da lui assunte verso gli utenti finali e la carenza di titolo a richiedere i corrispettivi;
- b) la neutralità della vicenda sul piano degli oneri rivenienti dal contratto di trasporto dal momento che non risulteranno allocazioni sul punto rispetto al quale l'utente si trova privo del diritto ad ottenere la prestazione di *settlement* fisico; più in particolare, il fatto che non si verificheranno ipotesi di scostamento rispetto alla capacità conferita e quindi non si creerà il presupposto per l'applicazione delle maggiorazioni del corrispettivo (non già delle penali) dovute a tale titolo in base al contratto.

Qualora l'utente non operi nel modo sopra indicato assume il rischio delle conseguenze.

Valutazione delle domande

Le considerazioni svolte forniscono la cornice giuridica entro la quale inquadrare e valutare le domande delle parti. A tal fine è utile seguire la ricostruzione dei fatti come risultante dalla convergenza delle narrative riportando le domande al singolo passaggio rilevante e operando di conseguenza la scansione giuridica.

1. L'Utente ha presentato la proposta per l'anno termico 2003-3004 indicando erroneamente un punto di riconsegna sul quale non avrebbero dovuto essere eseguiti in consegna contratti di compravendita dallo stesso conclusi.

L'esercente ha accettato la proposta entro il termine di rito e, sempre entro il termine previsto dal Codice di Rete Beta, l'Utente ha esercitato la facoltà di recesso parziale con riferimento al punto di riconsegna erroneamente indicato non confermando la capacità conferitagli.

L'Utente non ha, peraltro, modificato la quantità della capacità richiesta in immissione che è rimasta tarata sul quantitativo comprendente il gas oggetto dei contratti il cui *settlement* fisico richiedeva l'abilitazione alla riconsegna al punto per cui non è stato richiesto il

conferimento secondo le modalità prescritte (o, se si vuole, il cui *settlement* fisico non poteva essere eseguito al punto erroneamente indicato per il quale è stata esercitata la facoltà di recesso).

In carenza di previsioni in tal senso nella procedura, l'Utente invece non ha presentato una nuova proposta avente ad oggetto il punto per il quale il conferimento non è stato richiesto in termini corretti. Allo stato della disciplina vigente *pro tempore* l'esigenza di attivare il *settlement* fisico dei contratti con i clienti allacciati alla rete di distribuzione connessa a tale punto poteva essere gestita solo in sede di conferimento ad anno termico avviato, mediante la presentazione entro sette giorni lavorativi dall'inizio di ogni mese di una proposta di accesso per il mese successivo.

Vale la pena, al riguardo, di evidenziare che l'esaminata disciplina consente comunque un margine di tempo significativo per la correzione di eventuali errori materiali nella formulazione delle richieste. E' di tutta evidenza, infatti, che tale operazione è nei fatti consentita sino alla accettazione delle richieste da parte dell' esercente (ossia fino al momento in cui non dispieghi l'effetto di imporre la reiterazione della procedura concorsuale), ciò che nella specie ha comportato la disponibilità di circa nove giorni per intervenire in tale senso.

L'utente, sempre in aderenza alle disposizioni disciplinanti la procedura di conferimento, ha sottoscritto il documento contrattuale predisposto da Beta ai sensi del capitolo 5, paragrafo 4.3, del Codice di Rete Beta, senza avvalersi delle richiamate facoltà che consentono una ulteriore modifica dell'assetto contenutistico consolidatosi in esito alla sequenza vincolata sopra descritta. Tale assetto sarà inciso formalmente, entro l'alveo della disciplina vigente, solo attraverso la presentazione della richiamata proposta.

Questo è il primo blocco di eventi che consentono di trarre indicazioni in ordine alla consistenza giuridica della fattispecie concreta e conseguentemente di valutare alcune delle domande presentate dall'attore.

2. Quanto sopra in particolare evidenzia che si è formato, attraverso il perfezionamento della procedura cd. di conferimento, un rapporto giuridico avente ad oggetto l'erogazione del servizio nei termini ritualmente contrattati (quantità e punti di immissione e riconsegna) la cui disciplina risulta dal sistema normativo primario, secondario e di autonomia ("autoregolazione controllata") sopra illustrato.

Per converso, questo comporta che, nel primo ciclo mensile di operatività del rapporto, l'utente non aveva titolo a ottenere l'erogazione del servizio con riferimento alle quantità in riconsegna nel punto non ritualmente gestito (come detto, era disponibile all'utente la facoltà di adeguare l'assetto dal secondo ciclo mensile presentando una proposta riferita a detto punto di riconsegna, ciò che nel concreto si è verificato).

Quest'ultima indicazione deve essere, anche a costo di qualche ripetizione, precisamente inquadrata a illuminarne la portata rispetto alle domande dell'attore.

Nel caso di specie l'utente ha acquisito il diritto di immettere le quantità necessarie ad eseguire tutti i contratti di compravendita dallo stesso conclusi, compresi quelli insistenti sulla rete di distribuzione allacciata al punto non attivo. Non ha invece acquisito il diritto di ottenere la riconsegna del gas immesso al punto non richiesto nella procedura di conferimento in esito alla quale si è consolidato l'assetto di *start up* del rapporto commerciale. Fisicamente, come si è visto, refluirà in tale rete, ciò che non può essere evitato, anche il gas destinato ai clienti dell'utente o, meglio, i clienti dell'utente continueranno a ritirare le quantità di gas oggetto dei contratti di fornitura.

Ne deriva che, anche qualora si verifici la suddetta situazione, l'evento fisico non implicherà la materiale erogazione del servizio di *settlement* dal momento che l'esercente non ha la possibilità materiale di adeguare i flussi fisici alla situazione commerciale maturata in esito alle procedure vincolanti.

Se quindi l'utente non procede, con riferimento al ciclo mensile interessato, ad adeguare alla situazione maturata nel primo segmento del servizio di *settlement* la situazione operativa del secondo, ossia a indicare al distributore che gestisce la rete allacciata al punto non attivo per detto ciclo che non è abilitato a farvi rifluire quantità di gas dalla rete di trasporto, ne conseguirà uno scostamento pari alla quantità che il distributore dichiarerà ritirata e consegnata per conto di tale utente, ossia pari all'intera quantità di gas consegnata ai clienti dell'utente allacciati alla propria rete.

Ciò che costituisce presupposto per la debenza di un corrispettivo di scostamento nel momento in cui il distributore comunichi l'esito delle allocazioni effettuate nel mese.

Tale assetto risponde all'esigenza di evitare, in funzione della promozione della concorrenza, attraverso un adeguato disincentivo, il proliferare di comportamenti di auto-determinazione nell'utilizzo dell'infrastruttura di *settlement* che minerebbero l'efficienza di gestione (basti in tal senso pensare ai margini operativi di cui potrebbe disporre l'operatore, facente parte dello stesso gruppo economico cui appartiene l'esercente il servizio di *settlement*, dominante nel mercato primario).

Posto che fisicamente le quantità di gas destinate al punto continueranno a circolare, l'utente deve indicare al distributore che nel mese non ha titolo a far rifluire quantità di gas al punto di allaccio tra la rete di trasporto e la rete di distribuzione e conseguentemente dar luogo ad un diverso, temporaneo, inquadramento delle forniture ai propri clienti.

3. Quanto sopra evidenzia l'infondatezza della prima domanda presentata da Alfa.

Il rapporto commerciale avente ad oggetto l'erogazione del servizio di *settlement* fisico delle compravendite concluse da Alfa è sorto regolarmente, ciò che costituisce titolo al pagamento dei corrispettivi richiesti da Beta. Vi è ricompreso anche l'importo dovuto a titolo di corrispettivo di scostamento in conseguenza del fatto che l'attore ha deciso di ritirare gas al punto di riconsegna da cui, stante l'esito alla procedura di conferimento per il

primo ciclo mensile, non aveva diritto a prelevare. O, se si vuole, in conseguenza del fatto che l'attore, nonostante la situazione contrattuale sopra descritta, ha deciso comunque di chiedere all'impresa di distribuzione, per il suddetto ciclo mensile, l'accesso alla sua rete per le quantità di gas destinate alla esecuzione dei contratti di fornitura conclusi con i propri clienti finali allacciati a detta rete.

4. Posto quanto sopra, la valutazione deve essere diretta a verificare se gli ulteriori fatti addotti da Alfa, nei limiti di quanto possa ritenersi supportato dalle indicazioni e dagli strumenti probatori forniti da Beta, possano dispiegare effetti modificativi dell'inquadramento sopra operato, ciò che in generale costituisce il contenuto, o la finalità, delle domande proposte in via subordinata o alternativa da Alfa.

Mentre la procedura di conferimento perveniva ad esito come sopra ricostruito, Alfa ha attivato un canale extra-procedurale per cercare una soluzione che rendesse l'impianto del contratto sin dal primo ciclo mensile di esecuzione coerente con gli impegni assunti con i propri clienti finali allacciati alla rete di distribuzione connessa al punto di riconsegna che non era stato possibile attivare attraverso la procedura di conferimento.

In particolare, con comunicazione (a mezzo raccomandata a. r. anticipata via fax) in data 23 settembre 2003, l'utente ha reso noto all'esercente l'errore commesso nella indicazione del punto di riconsegna di cui sopra, indicando il codice corretto.

Nella postulazione sviluppata dalla difesa di Alfa questo atto viene qualificato in modi diversi quanto alla finalità e ai contenuti. Al riguardo possono essere svolte alcune osservazioni attraverso le quali trarre considerazioni conclusive sul punto.

È certo che l'errore materiale non viene invocato come presupposto per l'azionamento degli istituti civilistici che ne presuppongono il verificarsi. In tal senso milita il tenore letterale della postulazione. Incidentalmente si deve osservare che tale fattispecie non ricorrerebbe comunque in quanto l'errore non era riconoscibile dall'esercente cui la proposta errata è stata presentata in sede di conferimento (l'esercente non dispone di informazioni sui contratti dell'utente in relazione ai quali viene presentata la richiesta di attivazione del servizio di *settlement* fisico e quindi non è al corrente di quali siano i punti di riconsegna di interesse del singolo richiedente).

In termini letterali, il profilo viene invocato muovendo dal riconoscimento della carenza della vigente disciplina del Codice di Rete Beta che non consente di gestire situazioni quali quella in concreto occorsa attraverso la presentazione di proposte integrative (questa sembrerebbe la corretta dizione giuridica utilizzabile, essendo il concetto di proposta rettificativa in sé contraddittorio) in corso di conferimento per ovviare ad errori nella indicazione di punti di riconsegna. La proposta viene supportata con indicazioni di carattere sostanziale evidenziando che l'eventuale accoglimento della stessa da parte dell'esercente non avrebbe creato alcun pregiudizio per il sistema perché la capacità sarebbe rimasta inoptata non potendo interessare ad altri operatori.

In buona sostanza, come poi più ampiamente svolto e chiarito nella postulazione, l'utente ha ritenuto che la proposta dovesse essere accolta, nonostante si appalesasse come deroga alla procedura prevista dalla vigente disciplina dal Codice di Rete Beta, per il fatto che tale decisione non avrebbe assecondato comportamenti anomali di utilizzo dell'infrastruttura di *settlement*: l'utente avrebbe immesso il gas necessario ad alimentare la riconsegna, nessun altro utente era interessato alla capacità che sarebbe rimasta inoptata; in caso contrario l'utente si sarebbe trovato esposto al pagamento di consistenti corrispettivi di scostamento nei termini già sopra chiariti (indicazioni che complessivamente, lo si deve notare incidentalmente, evidenziano come l'utente fosse pienamente a conoscenza dell'assetto della disciplina e delle sue conseguenze rispetto a casi come quello in concreto occorso).

Questo elemento, collegato ad altri che di seguito saranno evidenziati, viene portato a sostegno della seconda domanda, presentata in subordine.

L'indicazione dovrebbe essere letta unitamente al fatto che nel ciclo mensile di ottobre 2003 l'utente, nei fatti, ha ritirato al punto di riconsegna non ritualmente attivato le quantità di gas necessarie all'esecuzione dei contratti di fornitura conclusi con clienti finali allacciati alla rete di distribuzione connessa in detto punto alla rete di trasporto. Tale circostanza dimostrerebbe, ad avviso della difesa di Alfa, che l'esercente avrebbe accettato la proposta rettificativa per atti concludenti.

Tale lettura, sempre ad avviso della difesa di Alfa, sarebbe ulteriormente corroborata dal fatto che l'esercente ha formalizzato, con una apposita comunicazione, solo 35 (trentacinque) giorni dopo il ricevimento della proposta integrativa, il fatto che essa era irrituale e poteva essere, al più, considerata alla stregua di ulteriore proposta presentata in corso d'anno in rapporto alla quale avrebbe dovuto essere reiterata la procedura sopra descritta con effetto dal mese successivo (ciò che l'utente ha, nel concreto, operato con un successivo atto autonomo presentato ritualmente ai fini della procedura riferita al ciclo mensile di novembre 2003). Tale comunicazione sarebbe spiegabile solo con l'intento di escludere gli effetti giuridici che deriverebbero dalla interazione tra proposta e supposto comportamento concludente e creare il titolo sul quale emettere la fattura nei termini contestati dall'utente.

5. L'operata ricostruzione del quadro normativo e tecnico entro il quale deve essere collocata ed inquadrata la fattispecie in esame offre tutti gli elementi necessari alla ponderazione della linea argomentativa sopra sinteticamente riportata.

Due considerazioni sembrano assorbenti.

In primo luogo rileva l'indisponibilità alle parti della definizione di assetti procedurali in deroga alle disposizioni secondarie e alla disciplina del Codice di Rete. Queste possono essere modificate solo attraverso la procedura prevista dalla stessa normativa primaria (articolo 24, comma 5, del decreto legislativo n. 164/2000, come attuato dall'articolo 19 della deliberazione n. 137/02), ciò che costituisce il cardine del regime posto a presidio dell'interesse generale allo sviluppo di un assetto concorrenziale nel settore.

Peraltro, quand'anche fosse affermabile il principio contrario, e si assumesse che comunque le parti dispongano della legittimazione, entro i principi generali dell'ordinamento in materia di formazione dei negozi giuridici quanto al profilo della forma, a definire assetti procedurali in deroga (nella specie a concordare l'implementazione dell'assetto contrattuale successivamente alla conclusione della procedura di conferimento), non si potrebbe nella specie riscontrare un processo quale quello asserito dall'attore (proposta formale e conseguente accettazione per fatti concludenti).

Come si è visto, infatti, non rientra nella disponibilità dell'esercente, dati i vincoli tecnici di gestione dell'infrastruttura di rete, l'adeguamento della situazione operativa fisica all'assetto commerciale del contratto come maturato in esito alle procedure di rito, ciò che non consente di qualificare come accettazione (esecuzione) della proposta il fatto che il gas sia fisicamente rifluito nel punto di riconsegna non ritualmente attivato per il ciclo mensile di ottobre 2003 e lì sia stato ritirato dall'utente per la consegna ai propri clienti finali allacciati alla rete di distribuzione connessa a detto punto.

Rimane, quindi, solo il dato della comunicazione formale trasmessa dall'esercente all'utente e, in particolare, del tempo occorso nel concreto per tale adempimento che, nel contesto di cui sopra, non può assumere alcun consistente rilievo giuridico nei termini asseriti dall'utente e tradotti nella domanda qui in esame.

Il profilo potrebbe al più assumere una qualche valenza sul piano extra-contrattuale: ma, di nuovo, da una parte, il fatto che l'utente non ha formulato domande in tal senso e, dall'altra, le evidenze, tratte dalle stesse comunicazioni formali dell'utente, in ordine al fatto che erano ben note allo stesso la trama normativa della disciplina e le ricadute che essa avrebbe potuto dispiegare nel caso di specie, unitamente alla mancata allegazione di comportamenti diversi che l'utente avrebbe potuto tenere, dimostrano l'inconsistenza di tale prospettiva.

Né può in qualche modo soccorrere l'argomento, pure evocato dalla difesa dell'utente, basato sulla "giovinezza" della disciplina in questione, in altri termini sul fatto che la vicenda si colloca cronologicamente entro la fase di prima applicazione di una disciplina molto complessa e altamente innovativa per il settore. Al riguardo basti considerare che l'unica possibilità di conferire un qualche rilievo a questa indicazione dovrebbe riposare su espresse disposizioni transitorie volte a prefigurare specifici regimi di salvaguardia, ciò che non è dato riscontrare né nella normativa secondaria né nel Codice di Rete Beta.

Si deve pertanto concludere anche per l'infondatezza della seconda domanda presentata dall'attore.

Con riferimento alla suddetta conclusione giova operare un riferimento, al solo di fine di garantire completezza dell'esposizione, all'ulteriore elemento evidenziato dall'utente e sostanziatesi nella presentazione da parte dello stesso, successivamente alla proposta di rettifica, di una proposta urgente di aggiornamento del Codice di Rete Beta al fine di

stimolarne l'adeguamento alle esigenze emerse nel corso della procedura di conferimento quanto alle situazioni nelle quali sia necessario apportare rettifiche alle proposte presentate.

Si è già avuto modo di chiarire in via preliminare, nella parte di ricostruzione del quadro giuridico rilevante, che questo elemento della postulazione appare del tutto irrilevante ai fini delle valutazioni cui è chiamato il Collegio, conclusione che qui ci si limita a ribadire rinviando, per le motivazioni, al suddetto passaggio.

Non si può fare a meno di evidenziare che l'atto qui considerato, una volta di più, fornisce incidentale dimostrazione del fatto che l'assetto della disciplina *pro tempore* vigente, e le sue implicazioni sulla situazione concretamente maturata in sede di conferimento, erano elementi ben noti ad Alfa.

6. Le argomentazioni svolte nei precedenti paragrafi consentono di valutare in breve l'eccezione avanzata da Beta, e ribadita nelle conclusioni, riguardante la pretesa "inammissibilità delle domande ed eccezioni nuove svolte da Alfa con memoria depositata in data 20 luglio 2005, con riferimento al perfezionamento per fatti concludenti di un contratto di trasporto relativamente al punto REMI [omissis] e alla pretesa applicabilità del capitolo 19, par. 2.2.1 del Codice di Rete Beta, dell'articolo 1229 c.c. e dell'articolo 1227 c.c.".

Al riguardo si deve ricordare che l'articolo 3, comma 3.3 del Regolamento prevede che le parti non possano proporre, nel caso di specie, nuove domande successivamente al deposito degli atti introduttivi del giudizio depositati precedentemente all'entrata in vigore della deliberazione n. 42/05 e dalla medesima fatti salvi.

Primariamente si osserva che la soluzione della questione dedotta da Beta non richiede una valutazione separata rispetto al merito della controversia non essendo potenzialmente idonea a definirla e può pertanto ritenersi assorbita dalle considerazioni che di seguito si espongono.

Secondariamente si deve osservare che la suddetta eccezione formulata da Beta non appare fondata.

Tale valutazione si fonda sul riferimento alle domande che Alfa ha declinato sin dall'atto introduttivo del presente giudizio arbitrale.

Come dettagliatamente evidenziato in narrativa, Alfa, ha chiesto, in via principale, che il Collegio accertasse la non debenza dell'importo esposto nella fattura n. [omissis] emessa da BETA in considerazione del fatto che il punto di riconsegna del gas contrassegnato dal codice REMI [omissis] non era ricompreso tra quelli oggetto del contratto in esito alla procedura di conferimento. In subordine, ha richiesto che fosse accertata la debenza, rispetto ai quantitativi ritirati da quel punto, dei soli corrispettivi ordinari di trasporto e non del corrispettivo di sbilanciamento (impropriamente qualificato come penale); o comunque,

in ulteriore subordine, che l'importo di detto corrispettivo, sul presupposto della sua impropria qualificazione come penale, fosse ridotto in via equitativa ai sensi dell'articolo 1384 del codice civile.

Orbene, è di tutta evidenza che le due domande proposte in subordine si fondano sulla affermazione che il rapporto commerciale si è radicato anche con riferimento a quel punto sin dal primo mese di operatività, ciò che poteva occorrere solo in ragione della avvenuta integrazione dell'accordo per *acta concludentia*.

Si tratta quindi solo di un percorso di progressiva focalizzazione degli argomenti posti a sostegno di domande che erano già state proposte nell'atto introduttivo e sono state giudicate infondate dal Collegio in base alle considerazioni contenute nei precedenti paragrafi contrassegnati dai numeri da 1 a 5.

7. Resta da valutare la terza domanda presentata in via subordinata dall'attore, consistente nell'azionamento del rimedio di cui all'articolo 1384 del codice civile (riduzione in via equitativa dell'importo della penale) sul presupposto della qualificazione alla stregua di penale del corrispettivo di scostamento versato a fronte del prelievo di gas effettuato dal punto di riconsegna non ritualmente attivato, in esito alla procedura di conferimento, per il ciclo mensile di ottobre 2003.

In questo caso la valutazione è già contenuta ed esposta nelle indicazioni svolte in precedenza in ordine alla natura giuridica del corrispettivo di scostamento. In quella sede si è avuto modo di chiarire che, in base alla disciplina del rapporto commerciale dalla quale trae titolo il pagamento in oggetto, la previsione di detto corrispettivo non è in alcun modo qualificabile alla stregua di clausola penale.

Ne consegue l'infondatezza della terza domanda proposta in subordine da Alfa.

Infine, con riferimento alla domanda riconvenzionale presentata da Beta si osserva quanto segue.

Al riguardo, viene in rilievo la disciplina prevista dal capitolo 18 del Codice di Rete Beta avente ad oggetto le modalità di fatturazione e dei conseguenti pagamenti. In particolare, nel paragrafo 2 di tale capitolo viene articolata la tipologia dei documenti di fatturazione che Beta emette nei confronti dell'utente, tra cui sono esplicitamente previste fatture relative ai corrispettivi di bilanciamento. Il combinato disposto dei paragrafi 4.3.1 e 4.3.2 prevede che tali tipi di fatture debbano essere pagate entro 30 (giorni) dalla data di loro emissioni, pena l'obbligo per l'utente di corrispondere per ogni giorno di ritardo interessi "*pari al tasso EURIBOR a 12 mesi (come rilevato dal quotidiano "Il Sole24ore")*", *corrispondente a ciascun giorno di ritardo, maggiorato di 2 punti percentuali*".

Accertata pertanto la sussistenza dell'obbligo di Alfa di versare i corrispettivi di bilanciamento oggetto della fattura emessa da BETS, n. [omissis] ne consegue che, ai sensi

delle condizioni generali di contratto, sono altresì dalla stessa dovuti gli interessi moratori previsti dai citati paragrafi 4.3.1 e 4.3.2 per il ritardo maturato nel loro pagamento.

Si ritiene pertanto che la decisione del Collegio sulle domande avanzate da Alfa comporti, realizzando l'interesse sotteso alla domanda riconvenzionale sopra menzionata, l'affermazione di un vincolo che deve essere trattato alla stregua delle condizioni generali del rapporto commerciale di riferimento, tra le quali rientra quella sopra richiamata relativa agli interessi nel caso di irregolare adempimento delle obbligazioni pecuniarie facenti capo all'utente. Ciò che in via meramente ricognitiva viene indicato dal Collegio.

8. Le considerazioni svolte consentono di sciogliere la riserva in ordine alla maturità istruttoria del procedimento e conseguentemente di valutare le istanze in tal senso presentate dalle parti in sede di precisazione delle conclusioni.

Quanto alla prova testimoniale richiesta da Alfa, se ne deve affermare l'irrelevanza e conseguentemente respingere l'istanza. Le indicazioni svolte in ordine alla disciplina del rapporto commerciale e alla conseguente irrilevanza di una possibile interazione tra le parti indirizzata alla discussione di una pattuizione in deroga quanto alle procedure di implementazione dell'assetto contrattuale disponibile, evidenziano che la prova richiesta è diretta a dimostrare fatti comunque non conferenti ai fini della valutazione delle domande.

Per le medesime ragioni deve ritenersi l'irrelevanza della prova testimoniale richiesta da Beta e, conseguentemente, respingersi l'istanza di cui essa prova costituisce oggetto.

Analoga decisione deve adottarsi con riferimento all'istanza di CTU *“finalizzata alla verifica dell'assenza di sbilanciamenti relativi alle richieste di capacità di trasporto di Alfa evidenziate in causa e a quanto altro completerà il quesito da assegnarsi in contraddittorio”*.

A tal fine, occorre osservare che, alla luce del quadro normativo *pro tempore* vigente sopra analizzato, eventuali “sbilanciamenti relativi alle richieste di capacità” rilevano sotto due distinti profili: il profilo di eventuali differenze tra gas effettivamente prelevato ed immesso nell'insieme dei punti della rete complessivamente considerati (c.d. disequilibrio), ed il profilo di eventuali differenze tra capacità effettivamente utilizzata e conferita per singolo punto della rete (c.d. scostamento).

Per quanto concerne il primo profilo (disequilibrio), esso non costituisce elemento oggetto della controversia, posto che in essa l'utente contesta la legittimità di corrispettivi richiesti a titolo di scostamento.

Per quanto concerne, invece, il profilo relativo allo scostamento, il fatto rilevante è costituito dai prelievi effettuati dall'utente presso il punto di riconsegna ove non aveva capacità conferita (il punto contrassegnato dal codice REMI [omissis]). Tale fatto risulta provato *per tabulas* dalla comunicazione a Beta, effettuata dall'impresa di distribuzione (la

società [omissis], mediante e-mail dell'11 novembre 2003) che gestisce la rete interconnessa al punto medesimo, ai fini dell'allocazione del gas presso tale punto.

Non sono inoltre emerse ulteriori esigenze di approfondimento di questioni o elementi di carattere tecnico-operativo rilevanti ai fini della valutazione delle domande.

Si respinge pertanto l'istanza istruttoria avente ad oggetto la sopra indicata CTU a motivo della sua irrilevanza.

Sulle spese

La delicatezza, la complessità e la novità della vicenda inducono il Collegio a compensare interamente tra le parti le spese di difesa ed assistenza legale sostenute per il presente procedimento ed a porre definitivamente in parti eguali a carico di ciascuna parte sia i costi del presente procedimento relativi al compenso per gli arbitri nominati dalle parti (come liquidati con ordinanza adottata dal Collegio in data 13 giugno 2005), sia l'importo dovuto all'Autorità a copertura degli oneri sostenuti per la gestione della procedura arbitrale come determinato ai sensi della deliberazione n. 42/05.

P.Q.M.

Il Collegio arbitrale come in epigrafe costituito presso l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, definitivamente pronunciando nel contraddittorio tra le parti, disattesa ogni ulteriore istanza, eccezione e deduzione in rito e in merito così decide:

- 1. Rigetta la domanda formulata dalla società Alfa e per l'effetto dichiara da questa dovuta la somma di cui alla fattura n. [omissis] emessa dalla società Beta, oltre interessi nella misura stabilita dal capitolo 18, art. 4.3.2, del Codice di Rete.**
- 2. Compensa tra le parti le spese ed oneri della procedura nei termini sopraindicati.**

Così deciso in Milano nelle riunioni che si sono svolte nei giorni 11 novembre 2005, 12 dicembre 2005, 15 dicembre 2005 e 20 gennaio 2006, presso la sede dell'arbitrato nella conferenza personale degli arbitri e con voti unanimi. Manda al Segretario di rimettere a ciascuna delle parti un originale del presente lodo.

Dott. Antonio Molteni

sottoscritto in Milano il 20 gennaio 2006

Prof. Avv. Andrea Mora

sottoscritto in Milano il 20 gennaio 2006

Prof. Avv. Valerio Tavormina

sottoscritto in Milano il 20 gennaio 2006