

Publicato il 22/12/2022

N. 05986/2022 REG.PROV.CAU.
N. 09498/2022 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 9498 del 2022, proposto da

Iren Mercato S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fausto Caronna, Eugenio Bruti Liberati e Roberto Bonsignore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Federconsumatori Emilia - Romagna Aps, Adiconsum – Sardegna, Unione Nazionale Consumatori, Codici Lombardia, Utilitalia, Elettricità Futura – Unione delle Imprese Elettriche Italiane, A.R.T.E. Associazione Reseller e Trader di Energia, non costituiti in giudizio;

Proxigas – Associazione Nazionale Industriali Gas, Elettricità Futura – Unione delle Imprese Elettriche Italiane, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna 32;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

A.R.T.E. Associazione Reseller e Trader di Energia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Ferraro e Alessia Lubrano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Ferraro in Roma, via Vincenzo Bellini, 24;

per la riforma

dell' ordinanza cautelare del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 07518/2022, resa tra le parti, concernente per l'annullamento,

previa adozione di misure cautelari ai sensi dell'artt. 55 c.p.a.

del provvedimento dell'AGCM prot. n. 0082738 del 28 ottobre 2022, con cui è stata disposta la sospensione cautelare delle condotte contestate nel procedimento PS/12441, avviato il 18 ottobre 2022, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo e dell'art. 8, comma 3, del Regolamento e di tutti gli atti presupposti, conseguenti e comunque connessi, ivi compresa la comunicazione prot. 0090138 del 16 novembre 2022 e la comunicazione di avvio del procedimento PS/12441 del 18 ottobre 2022, volto a verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette in violazione degli articoli 20, 24 e 25 del Codice del Consumo, prot. in uscita n. 0078654

Visto l'art. 62 cod. proc. amm.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Proxigas – Associazione Nazionale Industriali Gas e dell' Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato e di Elettività Futura – Unione delle Imprese Elettriche Italiane;

Vista la impugnata ordinanza cautelare del Tribunale amministrativo regionale di accoglimento ai sensi dell'art. 55, c.10 cpa della domanda cautelare presentata dalla parte ricorrente in primo grado;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2022 il Cons. Ulrike Lobis e uditi per le parti gli avvocati Fausto Caronna, Eugenio Bruti Liberati, Roberto Bonsignore, Sergio Fiorentino per l'Avvocatura Generale dello Stato, Fabio Cintioli e Alessia Lubrano;

Premesso che

In data 18 ottobre 2022 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha avviato nei confronti di IREN Mercato Spa un procedimento istruttorio ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo, nonché ai sensi dell'art. 6 del Regolamento, al fine di verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette in riferimento ad una presunta condotta in violazione degli articoli 20, 24 e 25 del Codice del Consumo consistente *“nella comunicazione delle nuove condizioni di fornitura, equivalenti ad una modifica unilaterale, laddove la scadenza e le nuove condizioni non sono predefinite contrattualmente, privando in sostanza tali soggetti della protezione prevista dalla normativa primaria, almeno fino al 30 aprile 2023 (in virtù dell'art. 3 del Decreto-legge n. 115 del 9 agosto 2022), con la compressione irrimediabile dei diritti contrattuali dei consumatori”*, assegnando ad Iren Mercato Spa termine di cinque giorni per memorie scritte e documenti, al fine di valutare i presupposti per la sospensione provvisoria.

In seguito all'acquisizione delle memorie e documenti di Iren Mercato Spa, l'Autorità, nel corso del predetto procedimento, con l'impugnato provvedimento

di sospensione provvisoria prot. n. 0082738 del 28 ottobre 2022 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha disposto, *“ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo e dell'art. 8, comma 3, del Regolamento, che la società IREN Mercato S.p.A. a) sospenda l'applicazione di ogni variazione delle condizioni economiche dei contratti di fornitura comunicate dal 10 agosto 2022 e confermi le condizioni economiche di fornitura in essere fino al 30 aprile 2023, dandone comunicazione ai consumatori individualmente e con la medesima forma precedentemente utilizzata”*.

Detto provvedimento è stato impugnato dianzi al Tar del Lazio con richiesta di misura cautelare e il TAR del Lazio, Sezione Prima, con ordinanza n. 7518/2022 - ritenuto che la causa necessita degli adeguati approfondimenti di merito e che nel frattempo gli interessi della parte ricorrente possono essere adeguatamente tutelata mediante la sollecita fissazione dell'udienza di discussione - ha fissato l'udienza di merito per il giorno 23.2.2023.

Con ricorso in appello depositato il 12.12.2022 l'odierna appellante ha impugnato il provvedimento chiedendone la sospensione, sostenendo, a fondamento dell'istanza cautelare, (i) l'erroneità dell'interpretazione dell'art. 3, comma 1, del Decreto Aiuti bis contenuta nel provvedimento alla luce della formulazione letterale della norma in questione, delle finalità da essa perseguite e dei principi dell'ordinamento europeo; in particolare, nella formulazione letterale dell'art. 3 sarebbero ricomprese le (sole) modifiche unilaterali che intervengano sulle condizioni generali di contratto che disciplinano la quantificazione del prezzo durante l'esecuzione del contratto; per converso, sarebbero esclusi dall'ambito applicativo della disposizione i meri aggiornamenti di prezzo, successivi alla scadenza stabilita contrattualmente, che possono essere introdotti in applicazione delle condizioni generali esistenti e non ne comportano la modifica unilaterale; (ii) il legislatore d'urgenza avrebbe individuato il punto di equilibrio nel divieto, non già di qualsiasi aggiornamento delle condizioni economiche in corso di fornitura, bensì solo di quelle modifiche unilaterali che

intervengono anticipatamente sulle condizioni economiche pattuite (iii) illegittimità dei provvedimenti amministrativi che impongano agli operatori di rifornire i loro clienti finali con prezzi inferiori ai costi per contrasto sia con i principi generali stabiliti dalla direttiva 2019/944, sia con la disciplina eccezionale introdotta con il Regolamento UE 2022/1854, se ed in quanto non siano accompagnati da idonee misure di compensazione; (iv) contrasto tra il Regolamento UE 2022/1854 e il combinato disposto della normativa in materia di PCS e l'art. 3 del Decreto Aiuti bis rende inapplicabile la normativa sulle PCS ai sensi dell'art. 3(4) della Direttiva 2005/29/CE, trasposto nell'art. 19, comma 3, del Codice del Consumo.

Con riferimento al grave danno irreparabile, l'appellante sosteneva che senza l'aggiornamento dei prezzi nei confronti del cliente si verificherebbe, a causa del costringimento (imposto con il provvedimento impugnato) di fornire al cliente l'energia ai sensi del prezzo fisso del contratto, sotto i costi attuali di approvvigionamento, un danno emergente di entità straordinaria, da essa quantificato in 264 milioni di Euro, legato agli acquisti e relativi costi di gas e energia elettrica già effettuati e oggetto di stipula con Terze Parti di contratti di copertura per rendere tali costi variabili in fissi, minacciando l'equilibrio economico-finanziario della Società.

E' stato, pertanto, chiesto di disporre la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato, *“nella parte in cui impone ad Iren di sospendere la variazione delle condizioni economiche contrattualmente scadute”*, sostenendo che *“la mera sollecita fissazione dell'udienza di merito – senza la sospensione dei provvedimenti gravati, nella parte in cui hanno sospeso l'applicazione degli aggiornamenti di prezzo dopo la loro scadenza contrattuale, imponendo a Iren di darne comunicazione individuale alla propria clientela – non scongiurerebbe i danni gravi e irreparabili che l'esecuzione dei provvedimenti gravati”* causerebbe all'odierna appellante.

Ciò premesso in ordine allo svolgimento del processo, va rilevato con riferimento al fumus:

che l'art. 3 del D.L. n. 115/2022 nella sua formulazione letterale si riferisce allo *ius variandi* del venditore relativamente ai contratti di fornitura in essere, ossia alla possibilità dell'operatore di modificare il prezzo prima della scadenza della relativa parte del contratto;

che successivamente all'emanazione e conversione in legge del D.L.n. 115/2022 è stato emanato il Regolamento UE 2022/1854 del Consiglio del 06 ottobre 2022 con il quale è stato disposto un intervento di emergenza per attenuare gli effetti dei prezzi elevati dell'energia per mezzo di misure eccezionali, mirate e limitate nel tempo, il quale, in particolare, prevede all'art. 13 (Possibilità temporanea di fissare prezzi dell'energia elettrica inferiori ai costi) che *“in deroga alle norme dell'Unione in materia, quando gli interventi pubblici nella fissazione dei prezzi si applicano alla fissazione dei prezzi di fornitura dell'energia elettrica a norma dell'articolo 5, paragrafo 6, della direttiva (UE) 2019/944 o dell'articolo 12 del presente regolamento, gli Stati membri possono fissare, in via eccezionale e temporanea, un prezzo di fornitura dell'energia elettrica inferiore ai costi, purché siano soddisfatte tutte le condizioni seguenti: ... (...)* b) *non è fatta alcuna discriminazione tra fornitori; c) i fornitori ricevono una compensazione per le forniture sotto il prezzo di costo; d)...*”;

che il considerando n. 49 del predetto Regolamento prevede espressamente che gli eventuali prezzi regolati al dettaglio, in considerazione delle circostanze eccezionali nelle quali gli Stati si trovano ad operare, possono essere inferiori ai costi, ma che in tal caso i fornitori debbano essere *“equamente compensati per i costi sostenuti per rifornire a prezzi regolati”* e che *“il costo imputabile ai prezzi regolati inferiori ai costi dovrebbe essere finanziato dalle entrate provenienti dall'applicazione del tetto sui ricavi di mercato;*

-che è delicata ed andrà esaminata nel merito la questione relativa alla incidenza del Regolamento UE 2022/1854 sulla validità del provvedimento non potendosi

allo stato negare la sopravvivenza della disciplina nazionale di cui all'art. 3 dl n. 115 del 2022 (nei termini specificati di seguito) ispirata ad un'altra filosofia che a giudizio del Collegio potrebbe non essere lesiva dell'autonomia negoziale per l'eccezionalità della situazione economica in corso a condizione del rispetto del principio di legalità e della sostenibilità concreta delle misure (come risulterà di seguito) ;

Rilevato che- - con riferimento al danno, attualmente non quantificabile, derivante agli operatori del settore dal costringimento della fornitura al cliente, anche dopo la scadenza della parte contrattuale economica, dell'energia al prezzo pattuito, e quindi sotto costo, rispetto a quello attuale di approvvigionamento – appare indubbio il pregiudizio grave ed irreparabile, sussistendo il rischio dell'insolvenza qualora l'operatore, in mancanza della possibilità di adeguare i prezzi dei contratti scaduti, rimanga costretto a continuare a vendere largamente sottocosto con riferimento ai prezzi di approvvigionamento esistenti al momento della formulazione della parte economica del contratto di fornitura, e che l' Amministrazione tramite l'avvocatura dello Stato, su questo aspetto non ha dedotto validi argomenti contrari se non relativi alla emergenza economica in atto, mentre sarebbe stata necessaria una anche sommaria valutazione prospettica dell'impatto della misura configurata sulla tenuta del sistema delle imprese elettriche e quindi della sua sostenibilità o quantomeno dell'impatto sulla singola impresa destinataria dell'ordine;

Rilevato che l'art. 3 del dl n. 115 del 2022 menzionando le modificazioni unilaterali dei contratti si riferisce al solo ius variandi per contratti che non siano scaduti e non ai rinnovi contrattuali conseguenti a scadenze concordate dalle parti e che pertanto esso sembra non poter incidere su rinnovi contrattuali predeterminati nell'esercizio della libertà negoziale se non a condizione di una inammissibile interpretazione estensiva della disposizione nazionale limitativa

della libertà di mercato a situazioni non espressamente previste (con estensione delle sanzioni a condotte non contemplate dalla disposizione);

Rilevato che tale “congelamento” dei prezzi anche di fronte a fattispecie di rinnovo è disposto nell’ambito di un procedimento di accertamento di pratiche commerciali scorrette che conduce all’applicazione di una sanzione pecuniaria che, pur rilevante, può giustificare misure anticipatorie amministrative cautelari nella forma dell’inibitoria legata da un nesso di strumentalità alla sanzione finale che sarà eventualmente disposta dall’Autorità solo ove sussistano ragionevoli “certezze” sul piano interpretativo della disposizione nazionale, mentre, ad un primo esame, appare che il provvedimento segua in materia sanzionatoria una interpretazione estensiva della norma di legge limitativa che può condurre a pregiudizi incidenti su singole imprese o prospetticamente sistemici che non appaiono adeguatamente valutati;

Ritenuto, pertanto, necessario, provvedere ad una sospensione del provvedimento impugnato (a sua volta di natura inibitoria sul piano amministrativo) solo nella parte in cui esso investa contratti a tempo determinato o contratti che prevedano una scadenza predeterminata delle condizioni economiche a data precedente il 30 aprile 2023 essendo in questione in tal caso non l’esercizio dello ius variandi ma un rinnovo contrattuale liberamente pattuito dalle parti;

Ritenuto invece che qualora invece si tratti di contratti a tempo indeterminato, che non prevedono scadenza nella parte economica o la prevedano in data posteriore al 30 aprile 2023, essi non possano essere modificati nella parte concernente le condizioni economiche prima della scadenza del termine indicato nell’art. 3 del D.L.115/2022 e pertanto per essi valga il “congelamento” dello ius variandi disposto dal decreto c.d. Aiuti bis (anche implicitamente con riferimento ai prezzi seppur non menzionati nella norma ma modificabili in situazioni ordinarie secondo lo ius variandi);

impregiudicati gli interventi normativi assumibili sulla base dell'art. 13 del Regolamento UE 2022/1854 con predeterminazione di un prezzo di vendita sottocosto e compensazioni degli operatori incisi anche eventualmente mediante un contributo di solidarietà temporaneo a carico dei soggetti individuati dallo stesso regolamento agli art. 14 e 15 (contributo a carico delle imprese che abbiano conseguito extra-profitti);

-ritenuti sussistenti i presupposti per la compensazione delle spese della presente fase tra le parti;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie l'istanza cautelare e sospende in parte il provvedimento impugnato dall'appellante – recante un generalizzato ordine nei suoi confronti di sospendere ogni variazione nei contratti di fornitura - nei sensi e limiti di cui in parte motiva ossia ove riferisce tale ordine, certamente fondato normativamente quando si tratta di variazioni unilaterali, anche a fattispecie di aggiornamento prezzi per rinnovo di contratto scaduto.

Spese compensate.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Ulrike Lobis, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Ulrike Lobis

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO