

Deliberazione 27 gennaio 2009 – VIS 4/09

Chiusura dell'istruttoria formale avviata nei confronti della società Sidigas Com S.r.l. con deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas 11 ottobre 2007, n. 258/07

L'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS

Nella riunione del 27 gennaio 2009

Visti:

- l'articolo 2, comma 20, lettera c), e comma 12, lettera o), della legge 14 novembre 1995, n. 481;
- la legge 24 novembre 1981, n. 689;
- l'articolo 11*bis* del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, introdotto dalla legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80;
- il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244;
- il decreto del Ministero delle Attività Produttive (oggi, Ministero dello Sviluppo Economico) 24 giugno 2002;
- la deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito: l'Autorità) 18 ottobre 2001, n. 229/01;
- la deliberazione dell'Autorità 4 dicembre 2003, n. 138/03;
- la deliberazione dell'Autorità 11 ottobre 2007, n. 258/07.

Fatto

1. Con deliberazione n. 258/07 l'Autorità ha avviato, nei confronti della società Sidigas Com S.r.l. (di seguito: Sidigas Com o società), un'istruttoria formale preordinata:
 - a) ad accertare la violazione delle previsioni di cui all'art. 5, comma 1, della deliberazione dell'Autorità n. 229/01 e all'art. 13, commi 1 e 2, della deliberazione n. 138/03 ed irrogare la relativa sanzione amministrativa pecuniaria;
 - b) a proporre al Ministero dello Sviluppo Economico di revocare l'autorizzazione alla vendita di gas naturale, rilasciata a Sidigas Com il 17 luglio 2003, per le medesime violazioni di cui alla precedente lettera a), ovvero di dichiarare la decadenza della società dalla predetta autorizzazione, in ragione del mancato esercizio dell'attività di vendita,

che risultava, fino a tutto il 2006, abusivamente esercitata dall'impresa distributrice Sidigas S.p.A..

2. L'art. 5, comma 1, della deliberazione n. 229/01 detta obblighi in materia di periodicità della fatturazione del servizio di vendita del gas naturale ai clienti finali. I commi 1 e 2 dell'art. 13 della deliberazione n. 138/03 pongono in capo ad ogni esercente l'attività di vendita del gas naturale una serie di obblighi informativi, da assolvere periodicamente mediante pubblicazione nel proprio sito *internet* e trasmissione all'Autorità, aventi ad oggetto le condizioni economiche e l'elenco dei prezzi medi di fornitura del gas naturale. L'art. 8, comma 3, del d.m. 24 giugno 2002 prevede la revoca delle autorizzazioni alla vendita in caso di violazione degli obblighi stabiliti nei provvedimenti dell'Autorità in relazione al servizio di fornitura di gas naturale ai clienti finali. L'art. 8, comma 5, del d.m. 24 giugno 2002 prevede che "l'autorizzazione alla vendita si intende decaduta in caso di interruzione dell'attività di vendita per un periodo di dodici mesi".
3. Con nota 29 gennaio 2008 (prot. Autorità 2423-30/01/2008) il responsabile del procedimento ha richiesto a Sidigas Com di esibire, per ciascuna località servita, attestazione della data di avvio dell'emissione di fatture ai clienti finali, nonché, per tre clienti finali ubicati in ciascuna di dette località, copia integrale della prima fattura emessa.
4. In data 5 marzo 2008 (prot. Autorità 0006357) Sidigas Com ha presentato una nota, corredata da documenti, da cui risulta che essa ha avviato l'attività di vendita soltanto a partire dal gennaio 2008.
5. Con nota 10 giugno 2008 (prot. Autorità 0017034) il responsabile del procedimento ha comunicato a Sidigas Com le risultanze istruttorie ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del d.P.R. n. 244/01, evidenziando che l'attività di vendita di gas naturale, nell'arco temporale tra luglio 2003 (epoca in cui Sidigas Com ha conseguito l'autorizzazione ministeriale) e dicembre 2007, è stata abusivamente svolta da Sidigas S.p.A., anziché da Sidigas Com, in violazione dell'art. 21, comma 3, del decreto legislativo n. 164/00, che vieta all'impresa distributrice di svolgere attività di vendita, con la triplice conseguenza che:
 - a) le violazioni contestate con la deliberazione n. 258/07 a Sidigas Com sono da ascrivere a Sidigas S.p.A.;
 - b) questa medesima circostanza rende, nel contempo, inesistenti gli estremi per proporre al Ministero dello Sviluppo Economico la revoca dell'autorizzazione ministeriale n. 291 del 17 luglio 2003, trattandosi di misura che postula, al pari di quella sanzionatoria, la violazione di provvedimenti adottati dall'Autorità in tema di vendita di gas naturale (cfr. articolo 8, comma 3, del d.m. 24 giugno 2002);
 - c) esistono, invece, i presupposti per proporre al Ministero dello sviluppo economico la dichiarazione di decadenza di Sidigas Com dall'anzidetta autorizzazione ministeriale, ai sensi dell'articolo 8, comma 5, del d.m. 24 giugno 2002, secondo cui "*l'autorizzazione alla vendita si intende decaduta in caso di interruzione dell'attività di vendita per un periodo di dodici mesi*".
6. In data 16 luglio 2008 si è svolta davanti al Collegio l'audizione finale, nel corso della quale Sidigas Com ha chiesto ed ottenuto la concessione di un termine (28

luglio 2008) per il deposito di documenti e memorie di replica alle risultanze istruttorie.

7. Con nota 28 luglio 2008 (prot. Autorità n. 0024305) la società ha presentato una memoria difensiva ed allegata documentazione.

Valutazione giuridica

A. Argomentazioni di Sidigas Com

8. Con la citata nota 28 luglio 2008 Sidigas Com ha rappresentato che negli anni 2000 – 2002 Sidigas S.p.A., impresa distributrice che ha la totale partecipazione in Sidigas Com, è stata interessata da vertenze societarie, dovute a dissensi tra gli azionisti, che hanno finito per ripercuotersi pesantemente sull'andamento societario, dando luogo anche ad un periodo di amministrazione giudiziaria. I dissidi interni sono stati superati nel 2002, allorché si è proceduto ad un riassetto dell'intera compagine societaria. Tuttavia la ridefinizione degli assetti proprietari è stata accompagnata dalla costituzione di pegno sulle azioni di Sidigas S.p.A., con attribuzione del diritto di voto, nell'assemblea straordinaria della stessa, ai titolari della garanzia reale, e con contestuale modifica statutaria intesa a ricondurre tra le competenze dell'assemblea straordinaria tutte le decisioni relative a cessioni dell'azienda o di rami di essa, al fine di evitare che operazioni di depauperamento del patrimonio della società (e, quindi, del valore della garanzia reale) potessero avere luogo senza il consenso dei garantiti. Il veto che questi ultimi hanno a lungo frapposto alla cessione a Sidigas Com del ramo d'azienda dedicato all'attività di vendita di gas naturale ha differito, fino a gennaio 2008, la separazione societaria e la reale operatività di Sidigas Com nell'attività di vendita del gas naturale.
9. Inoltre secondo Sidigas Com, stante l'avvio, dal gennaio 2008, dell'attività di vendita di gas naturale da parte di quest'ultima società sarebbero venuti meno i presupposti, ipotizzati dall'Autorità con la deliberazione n. 258/07, per la dichiarazione di decadenza della società dall'autorizzazione ministeriale alla vendita.

B. Valutazione delle argomentazioni di Sidigas Com e ulteriori valutazioni giuridiche

10. L'inerzia di Sidigas Com per circa quattro anni e mezzo dal conseguimento dell'autorizzazione ministeriale all'esercizio dell'attività di vendita del gas naturale (luglio 2003 – dicembre 2007) e, nel contempo, l'esercizio abusivo di detta attività da parte dell'impresa di distribuzione Sidigas S.p.A. (fino a tutto il 2007), danno luogo ad una grave violazione dell'articolo 21, comma 3, del decreto legislativo n. 164/00, che vieta all'impresa distributrice lo svolgimento dell'attività di vendita, e di tutte le deliberazioni con cui l'Autorità, regolando il servizio di vendita del gas naturale, ha sempre presupposto, espressamente o implicitamente, che detta attività non potesse mai essere svolta da imprese distributrici.

11. L'esercizio abusivo dell'attività di vendita da parte di un'impresa distributrice costituisce, peraltro, un indebito ostacolo alla libera scelta del fornitore da parte dei clienti finali che, a partire dal 1° gennaio 2003, sono divenuti tutti idonei: essi hanno rischiato di non percepire nemmeno la sopraggiunta liberalizzazione della domanda di gas naturale, proprio perché hanno continuato a relazionarsi, come se nessuna novità fosse sopraggiunta, con il medesimo interlocutore contrattuale.
12. Per quel che attiene più specificamente alle contestazioni mosse a Sidigas Com con la deliberazione n. 258/07, risultano violati l'art. 5, comma 1, della deliberazione n. 229/01 (recante obblighi in tema di periodicità della fatturazione del servizio di vendita ai clienti finali) e l'art. 13, commi 1 e 2, della deliberazione n. 138/03 (recante obblighi informativi in merito alle condizioni economiche e ai prezzi medi di fornitura del gas naturale). Infatti, nel periodo di riferimento della contestazione, i clienti ubicati nel Comune di Marsiconuovo non hanno ricevuto la fattura con la periodicità necessaria, né è stata data la prescritta pubblicità alle condizioni economiche e ai prezzi medi di fornitura.
13. Tuttavia, in ragione dell'inerzia di Sidigas Com e dell'esercizio abusivo dell'attività di vendita da parte dell'impresa distributrice Sidigas S.p.A., la responsabilità delle predette violazioni ricade su quest'ultima.
14. L'argomento che fa leva sulle vicissitudini societarie attraversate da Sidigas S.p.A. (cfr. il precedente punto 8) non può essere condiviso. Infatti, i dissensi e le vertenze tra gli azionisti, i riassetto della compagine societaria, la costituzione di garanzie reali sulle azioni con attribuzione del diritto di voto in assemblea straordinaria ai creditori garantiti dal pegno, le modifiche statutarie preordinate a dilatare le competenze delle assemblee sociali a scapito del consiglio di amministrazione, sono tutti eventi che rientrano nell'ordinario e fisiologico *rischio di impresa* e riguardando esclusivamente i rapporti di partecipazione al capitale societario, non possono avere alcuna efficacia scriminante rispetto alle violazioni amministrative in assenza di una disposizione di legge in tal senso. Peraltro, il titolare del pegno sulle azioni, nell'esercizio del diritto di voto, deve comunque ispirarsi ai principi della buona amministrazione ed attenersi al perseguimento dell'interesse sociale, senza coltivare interessi egoistici in contrasto con quelli della società (Cass. civ., sez. I, 10 marzo 1999, n. 2053). Qualora ciò non avvenga non appare peraltro preclusa, in astratto, un'azione di responsabilità della società nei confronti di quei titolari del pegno che, nel perseguimento di interessi egoistici, abbiano pregiudicato gli interessi sociali esponendo la società a responsabilità verso terzi, inclusa la responsabilità amministrativa o la decadenza dall'autorizzazione stante l'omesso esercizio dell'attività di vendita per un periodo che, nella specie, ha superato abbondantemente i dodici mesi. In ogni caso, nella fattispecie l'asserita impossibilità di adempiere agli obblighi stabiliti dalla e/o in base alla legge non può assumere rilevanza in quanto è stata la stessa società a porsi nelle condizioni di non riuscire ad assolvere agli obblighi.
15. L'articolo 8, comma 5, del d.m. 24 giugno 2002 stabilisce che "*l'autorizzazione alla vendita si intende decaduta in caso di interruzione dell'attività di vendita per un periodo di dodici mesi*". Tale disposizione, oltre a non attribuire alcun rilievo alle circostanze addotte dalla società a giustificazione della sua condotta, non lascia alcuno spazio per valutazioni discrezionali in quanto

- ricollega automaticamente l'effetto decadenziale al dato oggettivo dell'interruzione protratta per dodici mesi
16. Il fatto che Sidigas Com abbia iniziato ad operare nel settore della vendita di gas naturale a partire dal gennaio 2008 non consente di escludere l'effetto decadenziale previsto dal citato d.m. in quanto la suddetta circostanza sopravvenuta non fa venir meno il precedente periodo di inattività protrattosi oltre i dodici mesi. Inoltre, l'effetto decadenziale deriva direttamente dall'articolo 8, comma 5, del d.m. 24 giugno 2002 e quindi deve essere solo dichiarato previo accertamento della durata dell'interruzione.
 17. Sussistono, quindi, i presupposti per proporre al Ministero dello Sviluppo Economico la dichiarazione di decadenza della società Sidigas Com dall'autorizzazione ministeriale n. 291 del 17 luglio 2003, non avendo detta società svolto attività di vendita per un periodo pari a circa quattro anni e mezzo (luglio 2003 – dicembre 2007). Sono naturalmente fatte salve le conseguenti misure di competenza ministeriale tra le quali la nomina del fornitore di ultima istanza. E' altresì fatto salvo il diritto di Sidigas Com di presentare una nuova domanda di autorizzazione alla vendita.
 18. Peraltro, soltanto in data 14 febbraio 2008 è stato sottoscritto, tra Sidigas S.p.A. e Sidigas Com, un contratto di affitto del ramo d'azienda dedicato alla vendita del gas naturale, con una durata dichiaratamente circoscritta al tempo strettamente necessario per perfezionare il conferimento del predetto ramo d'azienda: il che farebbe anche dubitare dell'effettivo avvio dell'attività di vendita da parte della società a partire dal gennaio 2008, contrariamente a quanto lascerebbero invece supporre le prime bollette emesse proprio in relazione a gas venduto a clienti finali in quello stesso periodo

DELIBERA

1. non sussistono i presupposti per irrogare a Sidigas Com s.r.l. le sanzioni amministrative pecuniarie per le violazioni di cui al punto 1 della motivazione della presente deliberazione;
2. si accerta che Sidigas Com s.r.l., in violazione dell'articolo 8, comma 5, del decreto ministeriale 24 giugno 2002, pur avendo conseguito il 17 luglio 2003 dal Ministero dello sviluppo economico l'autorizzazione (n. 291) all'esercizio dell'attività di vendita del gas naturale, non ha svolto detta attività almeno fino al 31 dicembre 2007;
3. si propone pertanto al Ministero dello Sviluppo Economico di dichiarare la decadenza di Sidigas Com s.r.l. dalla predetta autorizzazione, ai sensi dell'articolo 8, comma 5, del decreto ministeriale 24 giugno 2002;
4. il presente provvedimento sarà notificato, mediante plico raccomandato con avviso di ricevimento, al Ministero dello Sviluppo Economico, alla società Sidigas Com S.r.l., con sede legale in Vico Santa Maria a Cappella Vecchia n. 3, 80121 Napoli, allo studio legale Tesauro, via Vittorio Imbriani 48, 80121 Napoli e Largo Messico 7, 00198 Roma, e pubblicato sul sito internet dell'Autorità (www.autorita.energia.it).

Avverso il presente provvedimento, ai sensi dell'articolo 2, comma 25, della legge n. 481/95, può essere proposto ricorso dinanzi al competente Tribunale Amministrativo Regionale, entro il termine di 60 (sessanta) giorni dalla data di notifica dello stesso.

27 gennaio 2009

Il Presidente: Alessandro Ortis