

GIORNATE DI STUDIO DEGLI AFFARI GIURIDICI

DELL'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA IL GAS E IL SISTEMA IDRICO

SECONDA GIORNATA – LA TUTELA DEL CREDITO NEL DIRITTO DELL'ENERGIA

MILANO, 7 LUGLIO 2014

Andrea Giussani*

**SOCIALIZZAZIONE DEL RISCHIO CREDITO E DEFLAZIONE DEL MICROCONTENZIOSO:
ALLA RICERCA DI UN EQUILIBRIO EFFICIENTE FRA INTERESSE COLLETTIVO E
OPPORTUNISMO INDIVIDUALE**

SOMMARIO: 1 - *Bene comune e opportunismo*. 2 - *Le delibere sul turismo energetico*. 3 - *L'efficienza della forfettizzazione per l'impresa*. 4 - *L'efficienza della forfettizzazione per la giustizia civile*.

1. - Bene comune e opportunismo

Ormai più di mezzo secolo è trascorso da quando si è acquisita consapevolezza del principale ostacolo alla capacità dei meccanismi di mercato di assicurare il conseguimento dell'ottimo paretiano, ossia il costo transattivo: a costi transattivi nulli, infatti, qualsiasi allocazione iniziale delle risorse è astrattamente compatibile con la massimizzazione della soddisfazione degli operatori se tutte le utilità sono negoziabili¹; ma la stessa protezione della stabilità del risultato negoziale introduce costi il cui sostenimento è efficiente per l'operatore razionale solo a condizioni particolari.

Anche il più semplice degli ordinamenti giuridici, infatti, può dirsi effettivo solo se il rispetto delle sue regole è generalmente coercibile, e la generale coercibilità degli obblighi assunti costituisce naturalmente un bene primario comune e a blocchi. Per chiarire cosa s'intenda deve ricordarsi che tecnicamente un bene può dirsi: a) comune quando la fruizione della sua utilità non è escludibile né escludente; b) a blocchi quando ai fini del suo conseguimento è indispensabile la cooperazione a costi non nulli di più soggetti². Tali caratteristiche comportano che per l'operatore razionale sia preferibile, ai fini del conseguimento del bene comune, la condotta opportunistica: cooperare con altri operatori per il conseguimento del bene è razionale solo se si può essere

* *Ordinario di diritto processuale civile. Università di Urbino*

¹ Si allude al celeberrimo contributo di R. H. Coase, *The problem of social cost*, in 3 *Journal of Law & Economics* 1960, pp. 1 ss.

² V., sui c.d. *lumpy goods*, il classico contributo di M. Taylor e H. Ward, *Chickens, Whales, and Lumpy Goods: Alternative Models of Public-Goods Provision*, in 30 *Political Studies*, 1982, pp. 350 ss.

ragionevolmente certi che il costo dell'iniziativa verrà ripartito fra i cointeressati in modo da risultare per ciascuno inferiore al valore delle utilità che ne trarranno: altrimenti lo iato tra razionalità collettiva e razionalità individuale impedisce il conseguimento dell'ottimo paretiano, perché anche il bene comune le cui utilità per ciascuno sarebbero, se sommate, superiori ai costi, non viene acquisito³.

Le condizioni in presenza delle quali si può essere ragionevolmente certi della ripartizione fra i cointeressati del costo del conseguimento del bene comune non sono invero impossibili: come varie ricerche hanno dimostrato, è sufficiente che il gruppo degli interessati sia di ridotte dimensioni, o comunque socialmente coeso, e che le loro interazioni siano indefinitamente ripetute e ricordabili; in tali condizioni, il costo transattivo dei meccanismi sanzionatori delle condotte opportunistiche può essere contenuto in guisa tale da rendere preferibile, per il singolo operatore razionale, la scelta di cooperare⁴. Si spiega perciò facilmente l'idea marxiana secondo cui la classe operaia è avanguardia del proletariato: è nel contesto della fabbrica che l'azione collettiva per il conseguimento del bene comune si rende agevole sul piano pratico, poiché il crimiro è particolarmente esposto alla sanzione sociale.

Molto più arduo è il conseguimento del bene comune a cui siano interessati gruppi ampi e dispersi: anche per un bene primario come l'ordine pubblico la ripartizione dei costi richiede a sua volta di affrontare costi transattivi assai elevati, perché in linea di massima tutti preferirebbero che a pagare le tasse fossero gli altri. Paradossalmente, i costi transattivi globali possono ridursi introducendone di nuovi, attraverso la diffusione di informazioni false: la razionalità individuale è limitata non solo dalle scorciatoie cognitive evolutivamente vincenti, o dalle vere e proprie deficienze non troppo dannose⁵, ma anche dai limiti fisiologici della percezione, sicché veicolare l'idea che l'evasione fiscale sia sporadica riduce l'evasione stessa anche se tale informazione è infondata (questo placebo sociale funziona perché induce il contribuente a credere che l'evasione sia meno razionale di quanto sia in realtà)⁶; è chiaro tuttavia che se la contribuzione fiscale non fosse coercibile il conseguimento dei beni comuni si ridurrebbe considerevolmente.

2. - Le delibere sul turismo energetico

³ È inevitabile il riferimento a M. Olson, *The Logic of Collective Action*, Cambridge, 1971, II ed., pp. 14 ss.

⁴ Il fenomeno viene illustrato efficacemente nel lavoro di R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, New York, 1984, 169 ss.

⁵ Un'ampia analisi del problema si ritrova in R. E. Nisbett e L. Ross, *Human Inference: Strategies and Shortcomings in Social Judgement*, Englewood Cliffs, 1980, pp. 3 ss.

⁶ Lo si è potuto riscontrare empiricamente: v. D. M. Kahan, *The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law*, in 43 *Michigan Law Review* 2003, pp. 71 ss. (si tratta di fenomeni meno ardui a verificarsi di quelli prospettati da P. Sloterdijk, *Die nehmende Hand und die gebende Seite: Beiträge zu einer Debatte über die demokratische Neubegründung von Steuern*, Berlin, 2010, pp. 38 ss.).

Queste premesse di ordine generalissimo informano l'analisi che s'intende qui svolgere dell'attività dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico: le forniture sono sovente configurate, tramite scelte politiche, come beni comuni a blocchi, attribuendo posizioni di vantaggio non escludibili attraverso previsioni di non disalimentabilità dell'utenza, da cui consegue un incentivo all'opportunismo per i titolari di tali utenze. Inoltre la disalimentazione dell'utenza, anche quando sia giuridicamente ammessa, incontra ostacoli pratici, presentando costi amministrativi aggravati, rispetto al passato, dalla frammentazione verticale del mercato, a sua volta imposta dall'esigenza di indurre gli operatori a condotte virtuose mediante la competizione concorrenziale.

L'Autorità ha pertanto provveduto all'emanazione di provvedimenti diretti a contenere sia le condotte opportunistiche degli utenti, con particolare riferimento al c.d. turismo energetico, sia i costi amministrativi della loro attuazione⁷. Da tali provvedimenti è scaturito un complesso contenzioso⁸, fonte di non pochi spunti per le presenti considerazioni.

A tale proposito va però subito chiarito che non s'intende qui invadere il campo degli studiosi del diritto amministrativo per discettare se il vigente sistema delle fonti sia o meno compatibile con l'esercizio di siffatti poteri regolatori ad opera dell'Autorità⁹: si vuole invece tentare di comprendere se tali provvedimenti producano efficienze allocative tramite la riduzione dei costi transattivi. Se fosse effettivamente così, infatti, diverrebbe inevitabile domandarsi se, qualora il sistema delle fonti fosse a sua volta incompatibile con l'esercizio dei poteri in discorso, non sia comunque

⁷ V., a proposito delle forniture di gas, il *Testo integrato morosità gas*, introdotto con delibera del 21.7.2011 n. 99 e ancora modificato, da ult. con la delibera del 27.2.2014, n. 84, nonché il *Testo integrato delle attività di vendita al dettaglio di gas naturale e gas diversi dal gas naturale distribuiti a mezzo di reti urbane*, introdotto con la delibera n. 64 del 28.5.2009 e ancora modificato, da ult., dalla delibera n. 246 del 29.5.2014, e a proposito delle forniture di energia elettrica il *Sistema indennitario per l'esercente la vendita uscente a carico del cliente finale moroso*, introdotto con la delibera n. 191 dell'11.12.2009, ed ancora modificato, da ult., dalla delibera n. 195 del 18.5.2012, sul presupposto del quadro normativo di cui al *Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas per l'erogazione dei servizi di vendita dell'energia elettrica di maggiore tutela e di salvaguardia ai clienti finali ai sensi del decreto legge 18 luglio 2007 n. 73/07*, da ult. modificato ancora dalla delibera n. 637 del 27.12.2013.

⁸ Il T.A.R. Lombardia, Milano, 14.3.2013, n. 683, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 1220, ha accolto impugnazioni avverso le delibere relative alle forniture elettriche, ma la pronuncia è stata annullata, per sopravvenuta rinuncia del ricorrente da Cons. St., 3.3.2014, n. 967, previa sospensione cautelare della sentenza impugnata con ord. n. 2595 del 10.7.2013, mentre con riferimento a quelle di gas gli accoglimenti disposti dallo stesso T.A.R. sono stati annullati, da ult., da Cons. St., 12.6.2014, n. 2986, sulla base della disciplina speciale introdotta dall'art. 7 del d.lgs. n. 93 dell'1.6.2011, attuativo delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE; v., per un ampio esame della vicenda, M. Silvi, *Tipi regolatori. Per la tutela del credito nei mercati dell'energia*, in corso di pubblicazione e consultato grazie alla cortesia dell'A.

⁹ In particolare ha negato che sia sufficiente ad attribuirli il combinato disposto dell'art. 2, c. 12, lett. h) e dell'art. 2, c. 37, della l. n. 481 del 14.11.1995, istitutiva dell'Autorità, il T.A.R. Lombardia, Milano, n. 683 del 2013, cit., in contrasto con quanto poteva in senso opposto desumersi da Cass. Civ., 22.7.2011, n. 16141, ord.

doveroso introdurre meccanismi equivalenti a quello introdotto dall’Autorità in maniere con esso compatibili.

3. - L'efficienza della forfettizzazione per l'impresa

Per capire se i provvedimenti sul turismo energetico producano efficienza il punto di partenza consiste nella constatazione che il fulcro del sistema è rappresentato da un meccanismo indennitario: il cliente, il venditore entrante e il distributore vengono gravati di una responsabilità solidale per una determinazione forfettaria dell’insoluto del primo nei confronti del venditore uscente. In prima battuta si potrebbe pensare che si voglia incentivare la verifica, ad opera del venditore entrante, dell’avvenuto saldo delle spettanze pregresse da parte del cliente, ma non è così: tale verifica è al di fuori della sfera di controllo del venditore entrante.

Gli effetti della regolamentazione in discorso vanno invece analizzati considerando anche la previsione di punti di accesso non disalimentabili: obiettivo prioritario della disciplina in esame non è la prevenzione degli insoluti, ma il contenimento del pregiudizio che da essi deriva per il sistema nel suo complesso. È quindi solo in forza di un effetto collaterale che gli insoluti del cliente finale risultano per quest’ultimo meno convenienti (poiché egli risulta esposto all’attuazione coattiva del credito non solo ad opera del venditore uscente, ma anche, rispetto alla componente forfettariamente determinata, ad opera di quello entrante e del distributore).

Il meccanismo di contenimento del pregiudizio derivante dagli insoluti consiste proprio nella previsione di una responsabilità solidale per una somma forfettizzata: essa consente infatti agli operatori di risparmiare i costi sia della puntuale determinazione, sia della escussione delle spettanze, senza rinunciare ad un’almeno approssimativa compensazione. Il risparmio di costi dipende quindi da un’economia di scala: l’insoluto costituisce una vicenda fisiologica ricorrente uniforme sotto il profilo dell’elemento costitutivo dell’*an debeatur* (mancato pagamento della fornitura), e difforme, ma in misura di solito modesta, sotto il profilo del *quantum*; la standardizzazione della liquidazione del *quantum* attraverso la forfettizzazione ne consente una gestione aggregata economicamente vantaggiosa.

Se non operassero i meccanismi introdotti dall’Autorità, gli operatori sarebbero infatti costretti a scaricare sulla generalità della clientela i costi degli insoluti, o almeno quelli non ripetibili sostenuti per l’escussione delle somme dovute, senza essere provvisti di strumenti per prevenirne l’insorgenza, a meno di istituire “liste nere” di clienti morosi che sarebbero però di dubbia efficienza alla luce del principio generale dell’universalità dell’accesso al sistema delle forniture di energia, e soprattutto della specifica previsione di accessi non disalimentabili¹⁰. Nel momento in cui le forniture di

¹⁰ In particolare nel settore del gas rilevano, a proposito dell’universalità dell’accesso, le disposizioni attuative del diritto comunitario introdotte con il già menzionato art. 7 del d.lgs. n. 93 del 2011, modificativo dell’art. 22 del d.lgs. n. 164 del 23.5.2000, a sua volta attuativo della precedente direttiva 98/30/CE; l’ipotesi di introdurre di una “lista nera” è considerata nella delibera del 16.4.2012, n. 162, *Avvio di procedimento per la formazione di provvedimenti, in materia di flussi informativi nell’ambito del*

energia sono configurate come beni comuni a gruppi ampi e dispersi, o addirittura all'intera comunità nazionale, l'opportunità può essere ridotto solo tramite meccanismi coercitivi, e quando l'opportunità si manifesta con modalità ricorrenti il costo dei meccanismi coercitivi può essere ridotto tramite la standardizzazione.

Di ciò, d'altronde, non è possibile sorprendersi: le economie di scala permesse dalla standardizzazione sono la chiave dell'efficienza dell'attività d'impresa. Il meccanismo indennitario concepito per far fronte al turismo energetico si presta a costituire dunque un'efficiente soluzione anche per altri casi di non disalimentabilità forieri di insoluti per i quali non è ancora stato contemplato, come quello della procedura di ammissione al concordato preventivo, in forza della quale, a seguito delle modifiche introdotte ad opera del d.l. 22.6.2012, n. 83, conv. con modif. dalla l. 7.8.2012, n. 134, sin dal momento della mera pubblicazione del ricorso del cliente, anche se con riserva di presentazione successiva del piano, il venditore è tenuto a proseguire la fornitura e al cliente è proibito pagarla in pregiudizio della *par condicio creditorum*, e inoltre ove il Tribunale autorizzi lo scioglimento del contratto spetta al venditore solo un'indennità pagabile come credito anteriore¹¹: come in altri casi di non disalimentabilità è immaginabile che sulla base di ulteriori provvedimenti dell'Autorità il cliente possa essere reindirizzato all'Acquirente Unico, assegnando così a quest'ultimo la funzione di garanzia per la componente forfettizzata dell'insoluto.

4. - L'efficienza della forfettizzazione per la giustizia civile

Per inquadrare l'efficienza economica del meccanismo indennitario in discorso è però opportuno prendere in considerazione, oltre agli effetti che esso produce sui soggetti direttamente coinvolti nel sistema delle forniture di energia, anche gli effetti che interessano il sistema dell'amministrazione della giustizia. L'attività giurisdizionale, modernamente intesa come servizio, si configura senz'altro come bene comune nel senso appena illustrato, dato che in linea di principio l'accesso alla giustizia forma oggetto di un diritto soggettivo costituzionalmente garantito a tutti, con una ripartizione coattiva dei suoi costi ricollegata solo in modesta parte alla sua effettiva fruizione, e per la maggior parte alla generale capacità contributiva.

Anche il sistema dell'amministrazione della giustizia presenta dunque elevati incentivi all'opportunità, e la ricorrenza dei fenomeni di abuso della risorsa è sotto gli occhi di tutti, in particolare in ordinamenti come quello italiano in cui è tradizionalmente tutt'altro che aspra la disciplina sanzionatoria della litigiosità temeraria. Ne discende una spiccata selezione avversa già messa in evidenza in sede scientifica: nei casi di concorrenza di giurisdizioni, quella italiana è appetibile

sistema informativo integrato, seguita dal documento di consultazione del 2.8.2012, n. 345, dedicato alla *Banca dati relativa agli inadempimenti dei clienti finali nel settore energetico*.

¹¹ La giurisprudenza di merito si è finora prevalentemente orientata nel senso che lo scioglimento ai sensi del nuovo art. 169-bis l.fall. possa disporsi anche nel concordato con riserva (cfr., per es., App. Venezia, 20.11.2013, in *Fall.* 2014, 234, Trib. Terni, 27.12.2013, *ivi*, 343, App. Genova, 10.2.2014, *ivi*, 598), ma di recente emerge una maggiore prudenza (v. Trib. Rovigo, 6.3.2014, in *Il caso.it*), e si è anche raggiunta la conclusione opposta (v. Trib. Milano, 28.5.2014, in *Il caso.it*).

soprattutto per la parte che abbia torto¹²; di conseguenza è altresì particolarmente elevato in Italia il tasso di coltivazione della lite anche con l'impugnazione della sentenza, persino presso l'autorità giurisdizionale di vertice, l'accesso alla quale forma oggetto di un'ulteriore specifica garanzia costituzionale.

Per queste ragioni si è sviluppata, non solo in Italia, la tendenza a offrire alle parti bisognose di tutela giurisdizionale la possibilità di conseguirla in forma approssimata, in modo da ridurne i costi. Viene pertanto rimessa alla valutazione della parte interessata la scelta se pretendere o meno una liquidazione precisa del dovuto, in particolare quando si tratti di pretese di ammontare talmente modesto che la differenza tra la liquidazione precisa e quella approssimativa sia inferiore ai costi non ripetibili della lite: la rinuncia alla precisa determinazione del *quantum* viene incentivata subordinando l'accesso alla giustizia all'esperimento di tentativi di conciliazione¹³, e al di sotto di un certo limite viene addirittura assicurata solo la liquidazione approssimativa ad opera del giudice laico¹⁴.

Da ultimo si tende a concedere facilmente la facoltà di rinunciare alla precisa determinazione del *quantum* specialmente rispetto a contenziosi caratterizzati da un grado elevato di ripetitività: essa consente infatti di risolvere controversie seriali in un'unica soluzione, assicurando poderosi incrementi di efficienza del sistema dell'amministrazione della giustizia (quanto meno dal punto di vista del rapporto fra i conflitti generati dall'interazione sociale e quelli risolti in sede giurisdizionale a parità di risorse impiegate)¹⁵. Il sistema indennitario introdotto dall'Autorità permette quindi di realizzare, attraverso strumenti di diritto sostanziale, risultati di efficienza che sono, seppure indirettamente, rilevanti anche per il sistema dell'amministrazione della giustizia, perché favorisce una composizione in via equitativa di conflitti la cui efficiente risoluzione in sede giurisdizionale richiederebbe comunque di incentivare la rinuncia del creditore alla precisa determinazione del dovuto.

Se a questi rilievi si aggiunge che anche l'interesse generale alla deflazione del contenzioso trova oggi, nell'interpretazione giurisprudenziale, un diretto sostegno nella

¹² Allo scopo di eccepire più a lungo possibile la litispendenza presso le altre giurisdizioni: il fenomeno è stato messo in evidenza già da M. Franzosi, *Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo*, in 7 *European Intellectual Property Review* 1997, pp. 382 ss.

¹³ Con la l. n. 98 del 9.8.2013 sono state reintrodotte, con poche modifiche, quelle disposizioni del d.lgs. n. 28 del 4.3.2010 la cui introduzione era originariamente avvenuta in violazione del sistema delle fonti secondo Corte cost., 6.12.2012, n. 272.

¹⁴ Ai fini del giudizio di equità c.d. necessario del g.d.p. ex art. 113, c. 2, c.p.c., è risultata costituzionalmente doverosa solo l'osservanza, oltre che delle norme costituzionali, comunitarie e processuali, dei principi regolatori dell'ordinamento (Corte cost., 6.6.2004, n. 206).

¹⁵ La possibilità, offerta dall'art. 140-bis, c. 12, c.cons., di procedere alla liquidazione equitativa anche in assenza del presupposto della impossibile o sommamente difficile liquidabilità secondo diritto di cui all'art. 1226 c.c. consente di dedurre in via cumulativa con l'azione di classe pretese seriali anche se diversificate nel *quantum*, in specie dopo che tramite l'art. 6 del d.l. n. 1 del 24.1.2012, conv. con modif. dalla l. n. 27 del 24.3.2012 il requisito della loro "identità" è stato sostituito con quello della loro mera "omogeneità" (in proposito v., per es., da ult., App. Milano, 3.3.2014, in *Foro it.* 2014, I, 1619).

garanzia costituzionale della ragionevolezza dei tempi della giustizia civile, da intendersi come garanzia costituzionale dell'efficienza della giustizia civile¹⁶, si può concludere che il sistema indennitario introdotto dall'Autorità per contenere i costi transattivi del turismo energetico può trovare fondamento anche nella vigente formulazione dell'art. 111 cost. Da questo ragionamento discende la conclusione già adombrata poc'anzi: se il potere regolatorio così esercitato può trovare fondamento, in base alla disciplina costituzionale delle fonti, solo in una norma di legge ancora più esplicita di quella rinvenibile nell'art. 2, c. 37, della l. n. 481 del 14.11.1995, allora si dovrebbe concludere che tale disposizione sia costituzionalmente illegittima nella parte in cui non lo prevede esplicitamente, per contrasto con l'art. 111 cost. (o comunque andrebbe letta in chiave costituzionalmente orientata in modo da consentirlo); se poi per avventura la disciplina costituzionale delle fonti fosse del tutto incompatibile con l'attribuzione di tale potere all'Autorità da parte del legislatore ordinario, sarebbe costituzionalmente illegittima la legge ordinaria, sempre per contrasto con l'art. 111 cost., nella parte in cui non preveda essa stessa il meccanismo indennitario di cui si è qui discusso (o comunque, ancora, andrebbe letta in chiave costituzionalmente orientata in modo da contemprarla).

¹⁶ In particolare è amplissima la casistica delle recenti pronunce di legittimità che hanno fondato varie interpretazioni più o meno apertamente correttive del dettato normativo sull'esigenza di attuare la garanzia costituzionale dell'efficienza del processo civile: per es. v., fra le più recenti, Cass., sez. un., 14.5.2014, n. 10414 (intorno ai limiti della rilevabilità del difetto di giurisdizione); Cass., sez. un., 23.11.2012, n. 20726 (intorno ai limiti di applicabilità delle norme che impongono frazionamenti della giurisdizione); Cass., sez. un., 19.6.2012, n. 10027 (intorno alla riassumibilità della causa dipendente e sospesa per pregiudizialità in pendenza dell'impugnazione ordinaria della pronuncia pregiudiziale); talvolta, peraltro, si rende ancora necessario l'intervento della Consulta, v., per es., da ult., in una prospettiva che ricollega l'efficienza all'effettività della giustizia civile anche nel proteggere l'utilità dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie, Corte cost., 19.7.2013, n. 223 (intorno alla *translatio iudicii* fra arbitro e giudice).