



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 484 del 2015, proposto da:

Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

contro

Anigas – Associazione Nazionale degli Industriali del Gas, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Manzi, Stefano Ferla, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE II n. 02553/2014, resa tra le parti, concernente regolazione delle tariffe per il servizio di distribuzione del gas naturale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anigas;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2015 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Tortora, l'avvocato Ferla e l'avvocato Manzi.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in epigrafe l'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas – oggi Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico (AEEGSI) – ha impugnato la sentenza n. 2553/2014 con la quale il T.a.r. Lombardia, in accoglimento del ricorso proposto dall'Associazione Nazionale degli Industriali del Gas, ha annullato la Deliberazione 25 ottobre 2012, n. 436/2012/R/Gas, recante *“Proroga al 31 dicembre 2013 del periodo di applicazione delle disposizioni contenute nel “Testo Unico della regolazione della qualità delle tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2009 – 2012 (TUDG). Disposizioni transitorie per l'anno 2013”*, -limitatamente alla parte concernente il tasso di rendimento del capitale investito relativo al servizio di distribuzione (c.d. WACC(dis)), e il tasso di remunerazione del capitale investito relativo al servizio di misura (c.d. WACC(mis)).

2. Più nel dettaglio, il ricorso proposto in primo grado era diretto a contestare le modifiche apportate dalla delibera n. 436 del 2012 ad alcuni parametri relativi ai meccanismi di determinazione tariffaria.

La delibera n. 436 del 2012, in particolare, è intervenuta su alcuni dei parametri che incidono su una delle voci che concorrono alla formazione della tariffa riconosciuta al distributore, ossia sulla voce “remunerazione del capitale investito”.

3. Le modifiche oggetto di censure hanno riguardato tre parametri.

3.1. Un primo intervento ha riguardato il parametro dato dal rendimento delle attività private di rischio (RF). Con la delibera impugnata, l'AEEG ha disposto che per definire tale parametro debba farsi riferimento alla media dei tassi di rendimento dei BTP decennali relativi ad una finestra annuale diversa ed anteriore (dicembre 2010-novembre 2011) rispetto a quella immediatamente precedente al momento di adozione della delibera stessa (25 ottobre 2012).

3.2. Un secondo intervento ha riguardato la fissazione del rapporto tra capitale di rischio (capitale proprio) e capitale di debito (preso a prestito): l'Autorità ha innalzato tale rapporto portandolo dallo 0,5 (parametro fissato dalla delibera n. 159 del 2008) allo 0,8 (parametro fissato dalla delibera impugnata), determinando così un risultato finale (relativo al tasso di remunerazione del capitale più basso rispetto a quello atteso dalle imprese del settore).

3.3. Un terzo intervento ha riguardato l'abbassamento del valore dell'aliquota teorica di incidenza delle imposte sul risultato di esercizio (dal 38% al 35,7%) e la scelta di definire tale parametro senza tenere conto della c.d. *robin tax* (addizionale IRES).

4. La sentenza appellata ha accolto il ricorso di primo grado ritenendo che le scelte regolatorie compiute dall'Autorità nella determinazione dei sopra richiamati parametri fossero prive di un adeguato supporto motivazionale.

5. Nell'atto di appello l'Autorità contesta la ritenuta carenza di motivazione, evidenziando come la delibera impugnata sia stata preceduta da ampia consultazione e rechi le ragioni di fatto e di diritto su cui si fonda.

6. Si è costituita in giudizio per resistere all'appello l'Anigas.

7. All'odierna udienza di discussione la causa è stata trattenuta per la decisione.

8. L'appello dell'Autorità merita accoglimento.

9. A differenza di quanto ritenuto dal T.a.r., i parametri contestati rappresentano l'espressione di una valutazione tecnico-discrezionale che risulta attendibile, ragionevole e adeguatamente motivata.

10. Giova al riguardo premettere che le scelte regolatorie compiute dall'AEEG, specie quelle che incidono sui meccanismi tariffari, sono spesso caratterizzate da un elevato tasso di complessità tecnica, in quanto normalmente presuppongono o sottendono questioni specialistiche la cui risoluzione richiede l'impiego di concetti e nozioni appartenenti a discipline di settore, di carattere prevalentemente economico e finanziario.

La complessità tecnica delle valutazioni che precedono le scelte regolatorie spesso non rende immediatamente percepibile, specie se guardate con gli occhi del "profano", l'iter logico-motivazionale che sorregge o giustifica la "regola" o il "parametro" introdotto dall'Autorità.

Tale scarsa intelligibilità (in gran parte fisiologicamente legata alla complessità tecnica dei criteri utilizzati) certamente non giustifica un indebolimento del sindacato giurisdizionale, che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell'attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell'esercizio della regolazione.

Ciò ancor di più in considerazione del fatto che gli atti di regolazione in questione costituiscono esercizio di una potestà normativa attribuita a soggetti privi di rappresentatività e di legittimazione democratica perché

estranei alla tradizionale tripartizione dei poteri ed al circuito della responsabilità politica delineato dall'art. 95 Cost.

La complessità tecnica delle valutazioni che precedono la scelta regolatoria, pur non determinando un indebolimento del sindacato giurisdizionale, ne condiziona tuttavia l'oggetto e le modalità .

A fronte di valutazioni tecnicamente complesse il sindacato giurisdizionale deve, infatti, avvenire “con gli occhi dell'esperto”, ovvero riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall'Autorità: il giudice deve valutare se, da un punto di vista tecnico-specialistico, la scelta dell'Autorità risulti attendibile e ragionevole, senza confondere il piano della difficile intelligibilità (che è il riflesso fisiologico della complessità tecnica della materia regolata) con quello della irragionevolezza o dell'inadeguatezza motivazione.

Certamente, infatti, molte scelte regolatorie se guardate “con gli occhi del profano” risultano di difficile comprensione e proprio in ragione di questa scarsa intelligibilità possono apparire non supportate da un adeguato supporto motivazionale volto ad esplicitare il percorso logico-argomentativo che ne ha preceduto l'adozione.

Se il giudice si limita, pertanto, ad un sindacato estrinseco (cioè dall'esterno, in base ai canoni del senso comune) è forte il rischio di sovrapporre, fino a farle coincidere, complessità ed irragionevolezza, il rischio di ritenere, in altri termini, irragionevole e non adeguatamente motivato tutto ciò che sfugge alla immediata comprensione del profano.

La necessità di un sindacato intrinseco e forte sotto questo profilo rappresenta allora una forma di garanzia non solo per il privato, ma anche e prima ancora per l'Autorità, onde evitare che scelte regolatorie supportate da una adeguata motivazione tecnica possano essere censurate solo perché risultano, se guardate dall'esterno, di difficile

comprensione.

Concludendo sul punto, le scelte regolatorie in materie tecnicamente complesse possono risultare incomprensibili agli occhi del profano, ma questo non basta per desumerne il difetto di motivazione, avendo il giudice l'onere di esaminarle riutilizzando gli stessi criteri tecnici utilizzati dall'Autorità per verificare se, in tale ottica "specialistica", la scelta regolatoria riveli una sua intrinseca attendibilità o ragionevolezza.

11. Tale premessa si impone in quanto, nel caso di specie, la sentenza appellata risulta viziata proprio sotto tale profilo, per avere esercitato un tipo di sindacato che si è arrestato in superficie, senza entrare nella complessità tecnica della materia oggetto di regolazione. La sentenza, infatti, si è limitata ad etichettare in termini di inadeguatezza motivazionale ogni scelta non immediatamente intelligibile, confondendo il piano della complessità tecnica con quello della carenza motivazionale.

In tal modo la sentenza appellata ha finito per sostituirsi al regolatore ritenendo "più ragionevole" la soluzione prospettata dalla ricorrente rispetto a quella individuata dall'Autorità, senza farsi carico, tuttavia, di giustificare sul piano tecnico-specialistico le ragioni di tale asserita maggiore ragionevolezza.

12. Il vizio in esame risulta in maniera evidente da alcuni passaggi motivazionali.

13. Ad esempio, nell'esercitare il sindacato sul parametro che per definire la voce "remunerazione del capitale investito" stabilisce che debba farsi riferimento alla media dei tassi di rendimento dei BTP decennali relativi ad una fase annuale diversa ed anteriore (dicembre 2010-novembre 2011) rispetto a quella immediatamente precedente al momento di adozione della delibera stessa (25 ottobre 2012), la

sentenza appellata statuisce (paragrafi 31 e seguenti): “va ribadito che la scelta in passato seguita dall’AEEG – e cioè la decisione di fare riferimento alla finestra temporale immediatamente antecedente al momento di emanazione dell’atto di regolazione – fosse, perlomeno *in apparenza*, quella più ragionevole da seguire. Con la delibera n. 436 del 2012 la stessa AEEG ha deciso di adottare una soluzione diversa da quella *in apparenza* più ragionevole, disponendo che la finestra temporale da tenere in considerazione debba essere diversa ed anteriore rispetto al periodo annuale immediatamente antecedente al momento della sua emanazione. Tale scelta, come detto non in linea con la soluzione *apparentemente* più confacente al soddisfacimento delle finalità indicate dall’art. 23, comma 2, d.lgs. n. 164 del 2000, non è stata corredata a giudizio del Collegio da adeguata motivazione”.

Tale inadeguatezza motivazionale viene poi dedotta dal fatto che con riferimento all’altro settore regolato (quello dell’energia elettrica) l’AEEG ha disposto che per il calcolo delle medie annuali di rendimento debba farsi riferimento alla finestra temporale immediatamente antecedente a quella del momento di approvazione dell’atto di regolazione.

L’insistente riferimento all’*apparenza* (ripetuto in ciascuno dei tre periodi del citato passaggio motivazionale) è sintomatico del tipo di sindacato che è stato esercitato, limitato alla verifica dell’apparente ragionevolezza, che non sempre coincide con la effettiva ed intrinseca ragionevolezza della scelta regolatoria.

Come prima si diceva, ciò che apparentemente può risultare ad un primo sommario esame irragionevole, può rivelarsi, al contrario, all’esito di un più approfondito esame dimostra, supportato da adeguata motivazione.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale non consente al giudice, posto di fronte alla complessità tecnica della valutazione che precede la scelta regolatoria, di fermarsi all'apparenza, avendo al contrario il dovere di spingersi oltre ciò che appare, per verificare dall'interno la reale ragionevolezza della determinazione assunta.

14. L'esito di questa ulteriore verifica conduce, ad avviso del Collegio, a confermare la legittimità dei parametri stabiliti dall'AEEG.

15. Rispetto alla scelta di definire il tasso di rendimento delle attività private di rischio (RF) facendo riferimento al rendimento medio dei BTP decennali registrato tra dicembre 2010 e novembre 2011 la delibera impugnata ha motivato spiegando che “l'adozione dell'ipotesi di revisione del tasso di remunerazione del capitale investito prospettata nella consultazione 341/2012/E/gas riflette l'esigenza di uniformare nell'attuale periodo di crisi le regole di riconoscimento dei costi di capitale tra i vari servizi regolati, contemperando da un lato la necessità di garantire la copertura dei costi sostenuti dalle imprese distributrici per finanziare gli investimenti e dall'altro le finalità di tutela dei consumatori e dunque il livello del tasso di remunerazione del capitale investito da applicare ai servizi di distribuzione e misura del gas, ottenuto dall'applicazione dei criteri già utilizzati per la fissazione del tasso di remunerazione del capitale investito nei servizi di trasmissione, distribuzione e misura dell'energia elettrica e della rigassificazione del gas naturale, risultati pari rispettivamente a 7,7% e 8%, reale pre-tasse, in linea con i valori utilizzati per il periodo 2008-2012” ed ancora che “tale approccio [...] è coerente con quello seguito nell'ambito della proroga dei criteri di determinazione delle tariffe di rigassificazione per il periodo transitorio ottobre 2012-dicembre 2013 con la deliberazione 23/2012/Gas”.

16. La scelta regolatoria compiuta dall'AEEG risulta caratterizzata da una intrinseca ragionevolezza tecnica se si considera, fra l'altro, che:

- nel caso in esame, un livello più basso del parametro contestato non ha condotto quale risultato finale ad una riduzione della “tariffa” in quanto il livello di remunerazione del capitale investito per l'anno 2013 è risultato pari a 7,7%, e cioè più alto rispetto a quello previsto per l'anno precedente (7,6%);

- l'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 164 del 2000 statuisce che l'Autorità determina le tariffe per la vendita ai clienti non idonei in modo da assicurare una adeguata ripartizione dei benefici tra clienti e imprese e da assicurare a queste ultime una congrua remunerazione del capitale investito”: la finalità della disposizione in esame. Nell'effettuare tale bilanciamento l'Autorità, pur modificando alcuni parametri di determinazione del tasso di rendimento del capitale investito, ha comunque assicurato una remunerazione congrua, atteso che il risultato finale dei nuovi criteri tariffari ha consentito il riconoscimento di un tasso di remunerazione più elevato rispetto al periodo precedente;

- certamente il riferimento ad una finestra temporale immediatamente precedente al momento di adozione della delibera stessa avrebbe potuto assicurare alle imprese un ancora più elevato livello di remunerazione del capitale, ma l'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 164 del 2000 non si propone l'obiettivo della massimizzazione del rendimento, bensì quello del contemperamento dei benefici tra clienti e imprese, prevedendo come limite alla discrezionalità dell'AEEG quello rappresentato dalla necessità di assicurare al capitale investito una remunerazione congrua. E non può esserci dubbio sul fatto che il risultato finale della determinazione tariffaria realizzi tale congrua remunerazione, assicurando al capitale investito un tasso di remunerazione persino superiore rispetto al

periodo precedente.

- non vi è neanche, al contrario da quanto ritenuto dal T.a.r., una irragionevole disparità di trattamento rispetto alle determinazioni tariffarie che hanno interessato il settore elettrico, atteso che il valore del parametro RF (tasso di rendimento delle attività prive di rischio) adottato per l'anno 2013 nel settore della distribuzione del gas naturale è uguale a quello assunto per gli anni 2012 e 2013 nel settore elettrico;

- va comunque rilevato che nel periodo 2011-2012 i tassi di rendimenti lordi del BTP decennale benchmark rilevati dalla Banca d'Italia hanno fatto registrare un forte aumento su base media annuale e un significativo incremento della volatilità, in ragione dell'emergere di un non trascurabile rischio paese. In ragione di tale considerazione, risulta evidente che nel tasso di rendimento del BTP decennale è già incorporata una componente di rischio non trascurabile, che dovrebbe essere scorporata nell'ottica di identificare il rendimento di attività prive di rischio.

17. Analoghe considerazioni consentono di riformare la sentenza appellata anche nella parte in cui ha censurato gli altri parametri oggetto del ricorso di primo grado.

In particolare, la sentenza. ha censurato le determinazioni dell'AEEG in merito alla fissazione del rapporto D/E, cioè del rapporto fra debito e capitale di rischio: secondo il T.a.r., l'AEEG avrebbe irragionevolmente innalzato tale rapporto portandolo dallo 0,5 (parametro fissato dalla delibera n. 159 del 2008) allo 0,8 (parametro attuale fissato dalla delibera impugnata), determinando così un risultato finale (relativo al tasso di remunerazione del capitale) più basso rispetto a quello atteso dalle imprese di settore. E ciò sarebbe contraddittoriamente avvenuto lasciando immutato il valore del parametro Beta (anch'esso funzionale al

calcolo del WACC), il quale esprime il grado di rischiosità dell'azienda di distribuzione del gas rispetto al mercato.

18. Anche in questa parte, la sentenza appellata risente dell'erronea impostazione di partenza: si limita ad esercitare un sindacato esterno, sulla base di canoni tratti dalla comune esperienza, senza spingersi all'interno della complessità tecnica delle valutazioni compiute dall'AEEG (il paragrafo 53 della sentenza appellata fa proprio esplicito riferimento alla "*nozione di comune esperienza*" come parametro del sindacato e "*all'esame esterno*" in cui questo si traduce).

Un esame più approfondito rileva che le motivazioni della scelta compiuta dall'Aeeg superano il vaglio di ragionevolezza e attendibilità.

19. L'innalzamento del rapporto tra capitale di rischio e capitale di debito si giustifica nell'ottica perseguita dall'AEEG di uniformare l'approccio metodologico adottato nel settore della distribuzione del gas naturale rispetto a quello implementato nel settore elettrico.

Coerentemente con questa impostazione il rapporto tra capitale di rischio e capitale di debito utilizzato ai fini della definizione del WACC è stato assunto pari a quello definito ai fini della determinazione del tasso di remunerazione del capitale nella delibera ARG/elt199/1 (relativa al settore elettrico).

20. Il valore Beta è stato mantenuto inalterato (e non uniformato a quello del settore elettrico) perché tale parametro esprime il rischio specifico dell'impresa in un determinato settore, per tale motivo l'AEEG ha ritenuto di non derivare tale parametro dal settore elettrico, ma di mantenere quello proprio della distribuzione e misura del gas introdotto con delibera ARG/gas159/08.

Non è, quindi, automatica la correlazione tra il parametro Beta e il mutamento del rapporto D/E, specie in considerazione del fatto che

nel caso di specie vengono in considerazione valori “virtuali”, riferiti non ad una singola impresa, ma al mercato nel suo complesso ed utilizzati indirettamente come parametri di determinazione tariffaria. .

21. Occorre ancora osservare a sostegno della attendibilità della scelta regolatoria compiuta dall’AEEG che:

- l’invariabilità del rapporto D/E non ha alcun fondamento né teorico né normativo, potendo tale valore certamente mutare nel tempo in considerazione di una pluralità di fattori;

- nel periodo 2008-2012 il livello di indebitamento delle principali imprese energetiche italiane risulta essere significativamente cresciuto rispetto agli anni precedenti. Tale tendenza risulta confermata anche prendendo a riferimento un campione di imprese Sattive nel settore della distribuzione del gas a livello europeo (in particolare, come si legge anche nel documento AEEG, sulla base dei dati di fonte Bloomberg, il rapporto D/E delle principali imprese energetiche italiane nel periodo 2008-2012 risulta in media superiore a 1, mentre tale rapporto per le imprese attive nella distribuzione del gas a livello europeo risulta mediamente compreso tra 0,7 e 0,8);

- l’aumento del livello di indebitamento trova giustificazione nella considerazione che in periodi di crisi finanziaria (quale è quello cui si riferisce la determinazione impugnata) il risparmio si indirizza verso beni rifugio tra i quali vanno annoverati i titoli energetici.

22. Il T.a.r. ha, infine, accolto, sempre in base ad un asserito difetto di motivazione, la censura con cui la ricorrente ha contestato la riduzione dell’aliquota fiscale dal 38% al 35,7% e del fatto che non si sarebbe tenuto conto degli effetti della c.d. *robin tax*.

Anche sotto questo profilo, l’appello dell’Autorità risulta fondato.

Con riferimento all’aliquota teorica di incidenza la motivazione della

determinazione trova fondamento nell'esigenza di non diversificare tale parametro rispetto a quello utilizzato nel settore energetico, in quanto non risultavano giustificare, con riferimento allo stesso orizzonte temporale, eventuali differenziazioni del livello di incidenza delle imposte tra settore elettrico e settore gas.

La scelta dell'Autorità trova, peraltro, riscontro nei risultati nell'analisi di dettaglio relativa alla valutazione dell'incidenza fiscale sugli esercenti i servizi di trasmissione, distribuzione e misura e nella valutazione degli effetti della legge 22 dicembre 2001, n. 214.

La mancata considerazione della *robin tax* (c.d. addizionale Ires prevista dalla legge 14 settembre 2011, n. 148), trova fondamento, a sua volta, nella stessa legge che l'ha introdotta (legge n. 148/2011), la quale vietando la c.d. traslazione dell'imposta, non consente che di essa si tenga conto nella tariffa di distribuzione ai fini del riconoscimento della remunerazione del capitale investito.

23. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello deve, pertanto, essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

La complessità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre

2015 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/01/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)