

PS12453 – DOLOMITI-MODIFICHE UNILATERALI DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE DI FORNITURA

Provvedimento n. 30342

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 27 ottobre 2022;

SENTITA la Relatrice Professoressa Elisabetta Iossa;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento PS/12453 del 18 ottobre 2022, volto a verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette in violazione degli articoli 20, 21, 24 e 25 del Codice del Consumo, da parte di Dolomiti Energia S.p.A.;

VISTA la memoria presentata da Dolomiti Energia S.p.A. pervenuta in data 24 ottobre 2022;

CONSIDERATO quanto segue:

I. FATTO

1. Secondo le segnalazioni pervenute da giugno 2022, Dolomiti Energia S.p.A. (di seguito anche Dolomiti) ha inviato alla propria clientela numerose comunicazioni di proposta di modifica unilaterale delle condizioni economiche di fornitura di energia elettrica e gas la cui decorrenza è indicata al 1° settembre, 1° ottobre e 1° novembre 2022, ovvero in data successiva all'entrata in vigore del D.L. 9 agosto 2022 n. 115, poi convertito in legge 21 settembre 2022, n. 142, recante "Sospensione delle modifiche unilaterali dei contratti di fornitura di energia elettrica e gas naturale".

Inoltre, risulta che nei casi in cui i consumatori hanno diffidato il Professionista, ai sensi dell'articolo 3 di cui al D.L. 9 agosto 2022 n. 115, dall'apportare le modifiche proposte alle condizioni contrattuali, Dolomiti ha sostenuto nei riscontri loro forniti che "l'aggiornamento contrattuale" si sarebbe perfezionato, in quanto la data di invio della comunicazione di preavviso e di ricezione della stessa da parte degli stessi consumatori sarebbe antecedente alla data di entrata in vigore della predetta disposizione normativa.

2. In particolare, quando i consumatori hanno contestato al professionista che la modifica unilaterale comunicata è da ritenersi sospesa fino al 30 aprile 2023, Dolomiti ha sempre replicato che non ritiene applicabile la norma di cui all'articolo 3 del D.L. 115/2022, in quanto: "In merito all'applicazione o meno delle modifiche unilaterali dei contratti di fornitura di energia elettrica e gas naturale possiamo dirti che, se tali modifiche sono previste nell'ambito della scadenza delle condizioni economiche del tuo contratto, la comunicazione da te ricevuta è da ritenersi a tutti gli effetti valida" e che "l'aggiornamento contrattuale comunicato con tale lettera si è perfezionato, ai sensi degli artt. 1334 e 1335 del codice civile, anteriormente alla data di entrata in vigore del DL c.d. "Aiuti bis", pertanto, le nuove condizioni economiche devono ritenersi valide ed efficaci, conformemente a quanto previsto dal secondo comma dell'articolo 3 del medesimo DL, dalla data ivi indicata. (...) L'aggiornamento comunicato è, peraltro, in linea con le mutate condizioni dei mercati energetici e rappresenta la migliore offerta che Dolomiti Energia ha ritenuto di riservare alla Sua fornitura".

3. Dolomiti, dunque, lungi dal revocare le comunicazioni inviate alla clientela o riconoscere l'inefficacia delle comunicazioni stesse, ha proceduto e/o sta procedendo ad attuare le prospettate modifiche contrattuali.

4. Sulla base delle informazioni acquisite in atti, in data 18 ottobre 2022, è stato avviato il procedimento istruttorio PS/12453 ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo, nonché ai sensi dell'articolo 6 del Regolamento, al fine di verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette in violazione degli articoli 20, 21, 24 e 25 del Codice del Consumo.

5. In particolare, a Dolomiti è stata contestata l'ingannevolezza della condotta sopra descritta, ai sensi degli artt. 20 e 21 del Codice del Consumo, in quanto contrastante con numerosi messaggi pubblicitari nei quali si lascia intendere che tutta l'energia elettrica venduta dalla detta società sia prodotta da fonti rinnovabili.

A Dolomiti è stata, inoltre, contestata l'aggressività della sua condotta, ai sensi degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del Consumo, in quanto idonea ad opporre ostacoli onerosi e sproporzionati all'esercizio dei diritti contrattuali dei consumatori, alla luce della normativa e della regolazione vigente.

6. Parti del procedimento sono Dolomiti Energia S.p.A., in qualità di professionista, e le associazioni di consumatori CRTU – Centro di Ricerca e Tutela dei Consumatori e degli Utenti, Unione Nazionale Consumatori e CODICI Lombardia.

7. Contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento, le Parti sono state invitate, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Regolamento, a presentare entro 5 giorni memorie scritte e documenti, al fine di valutare i presupposti per la sospensione provvisoria, ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo, della condotta

oggetto di contestazione, in violazione degli articoli 20, 24 e 25 del Codice del Consumo, che consiste nella modifica preannunciata delle condizioni del contratto di fornitura di energia elettrica e/o di gas - che non hanno trovato applicazione prima del 10 agosto-, in luogo di mantenere le condizioni economiche contrattuali in essere.

II. MEMORIE DELLA PARTE

8. A seguito della comunicazione di avvio del procedimento, in data 24 ottobre 2022, Dolomiti ha inviato una memoria difensiva con precipuo riferimento al procedimento cautelare, nella quale sostiene l'insussistenza, ad oggi, di propri atti e/o condotte che possano integrare i presupposti per l'adozione di una misura cautelare, atteso che sarebbero pienamente efficaci le modifiche contrattuali di cui alle comunicazioni ricevute dai destinatari prima del 10 agosto 2022.

9. Il Professionista sostiene, in particolare, quanto segue: *"allorché la legge e/o il titolo contrattuale attribuiscono ad una delle parti il potere di modificare unilateralmente il contratto (cd. ius variandi), l'utilizzo di tale facoltà implica a tutti gli effetti l'esercizio di un diritto potestativo, in quanto tale idoneo a modificare la sfera giuridica dell'altra parte, indipendentemente dall'accettazione o dal rifiuto di quest'ultima: la modifica è unilaterale proprio perché non è subordinata al, e non richiede il, consenso della controparte"*.

10. Dolomiti afferma, quindi, che *"le modifiche contrattuali determinate dall'esercizio dello ius variandi sono espressione di un diritto potestativo che si manifesta attraverso una dichiarazione unilaterale recettizia (e non già di uno schema negoziale costituito dall'invio di una proposta e dalla sua tacita accettazione derivante dal mancato esercizio del diritto di recesso)"* e che *"occorre distinguere il momento perfezionativo (cioè quello in cui l'iter formativo secondo cui deve essere esercitato il diritto si è compiuto), da quello in cui cominceranno ad avere corso gli effetti della variazione unilaterale. Tale successivo momento è, come si è visto, puntualmente disciplinato dalla normativa regolamentare"*.

11. In particolare il Professionista ritiene che il momento perfezionativo si sarebbe realizzato con la mera "dichiarazione unilaterale recettizia", ai sensi dell'articolo 1334 del c.c., in quanto si tratterebbe di atto unilaterale che produce effetto dal momento in cui perviene a conoscenza della persona al quale è destinato, per il quale la conoscenza dell'atto si presume, ai sensi dell'articolo 1335 del c.c., nel momento in cui l'atto stesso giunge all'indirizzo del destinatario, se non prova d'essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia.

12. In merito all'asserita assenza del *periculum*, Dolomiti evidenzia che il contesto di mercato assolutamente eccezionale ha un impatto sugli stessi venditori, ancor prima che sui clienti finali, pur senza fornire alcun dato quantitativo. Pertanto, il peggioramento delle nuove condizioni economiche contrattuali - comunicate nel periodo maggio/luglio 2022 - sarebbe frutto di una decisione volta ad evitare che tale "eccezionale situazione" potesse compromettere irreparabilmente il proprio equilibrio finanziario e quindi la possibilità di continuare a garantire la fornitura e la solidità dell'intero sistema.

III. VALUTAZIONI

13. Sotto il profilo del *fumus boni iuris*, gli elementi sopra descritti inducono a ritenere sussistente, *prima facie*, la pratica commerciale sopra descritta, in violazione degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del Consumo, in quanto idonea ad apporre ostacoli onerosi e sproporzionati all'esercizio dei diritti contrattuali dei consumatori e delle microimprese, alla luce della normativa e della regolazione vigente.

14. L'articolo 3 del Decreto Legge 9 agosto 2022 n. 115 convertito in Legge n. 142 del 21 settembre 2022 (cd. DL aiuti bis), al primo comma prevede che: **"1. Fino al 30 aprile 2023 è sospesa l'efficacia di ogni eventuale clausola contrattuale che consente all'impresa fornitrice di energia elettrica e gas naturale di modificare unilateralmente le condizioni generali di contratto relative alla definizione del prezzo ancorché sia contrattualmente riconosciuto il diritto di recesso alla controparte"**.

15. Il secondo comma, poi, fa riferimento espressamente alle comunicazioni inviate prima della suddetta sospensione, prevedendo la loro inefficacia con la sola eccezione di quelle che si siano già perfezionate alla data di entrata in vigore della norma: **"2. Fino alla medesima data di cui al comma 1 sono inefficaci i preavvisi comunicati per le suddette finalità prima della data di entrata in vigore del presente decreto, salvo che le modifiche contrattuali si siano già perfezionate"**.

16. La norma in questione, di carattere eccezionale e di portata temporanea (sospensione fino al 30 aprile 2023), prevede quindi chiaramente l'inefficacia di tutti i preavvisi concernenti le modifiche delle condizioni economiche, con una sola limitata eccezione relativa a quando le modifiche si sono già perfezionate, ovvero se le nuove condizioni economiche del contratto di fornitura abbiano trovato applicazione in data antecedente al 10 agosto 2022, momento dell'entrata in vigore del citato Decreto Legge.

17. Diversamente argomentando, non si comprenderebbe il motivo per cui il legislatore si sarebbe preoccupato di disciplinare, al comma 2, dello stesso articolo 3, l'inefficacia dei preavvisi comunicati antecedentemente all'entrata in vigore del decreto legge in questione, ben potendo limitarsi a stabilire il divieto di modifiche unilaterali a far data dalla entrata in vigore del decreto stesso; ciò conferma l'efficacia della norma in esame proprio a tutti gli avvisi non ancora perfezionati.

18. In tale prospettiva, ritenere pienamente efficaci le proposte di modifica contrattuale solo in forza dell'avvenuta comunicazione preventiva ma che non abbiano, alla data del 10 agosto, ancora trovato applicazione, appare quindi in palese contrasto con il comma 2 della citata norma speciale, in quanto significa eludere la citata disciplina eccezionale inducendo i consumatori ad accettare la modifica del prezzo di fornitura che la norma speciale ha vietato fino all'aprile 2023.

19. Al riguardo, è del tutto inconferente l'osservazione di Dolomiti, secondo la quale le proposte di modifica contrattuale nell'esercizio dello *ius variandi* sono espressione di un diritto potestativo, il quale si manifesta attraverso una dichiarazione unilaterale recettizia, in quanto, – a differenza di quanto sostenuto dal Professionista – occorre distinguere il **momento dell'efficacia della comunicazione della proposta di modifica unilaterale delle condizioni economiche**, che è idonea a produrre il proprio effetto al momento della ricezione, dal diverso e successivo **momento in cui alla comunicazione consegue la modifica del regime contrattuale del rapporto di fornitura**, (il "perfezionamento"), che interviene dopo il decorso del tempo attribuito al consumatore per scegliere se esercitare il diritto di recesso dal rapporto contrattuale o continuare lo stesso attraverso una tacita accettazione delle nuove condizioni di fornitura, secondo i termini previsti dalla regolazione.

20. Lo stesso professionista peraltro indica chiaramente in tutte le comunicazioni che trattasi di "proposta di modifica unilaterale delle condizioni economiche di fornitura", proposta che evidentemente nel linguaggio comune, come in quello giuridico, richiede l'accettazione da parte della controparte, cioè del consumatore.

Inoltre, nelle comunicazioni inviate veniva ben evidenziata la possibilità per il cliente di scegliere se esercitare il diritto di recesso o accettare le modifiche contrattuali fino allo scadere dei tre mesi di preavviso. Il cliente finale aveva dunque a disposizione un termine minimo previsto dalla regolazione per valutare la modifica indicata, confrontarla con le altre offerte, interpellare altri operatori e in generale informarsi sulle opzioni disponibili e decidere se accettare o meno di continuare il rapporto contrattuale, proprio al fine di non compromettere la sua libertà di scelta relativa alla fornitura di un servizio essenziale come l'energia e il gas.

Pertanto, solo allo scadere del termine previsto si perfeziona la modifica delle condizioni economiche del contratto che disciplina il rapporto di fornitura con il consumatore.

21. Non si può, dunque, invocare – come sostenuto dal Professionista – l'avvenuto "perfezionamento delle modifiche unilaterali", poiché non vanno confusi l'efficacia della comunicazione preventiva con il successivo e diverso momento perfezionativo delle modifiche contrattuali. Appare, dunque, erroneo e parimenti ingannevole ed aggressivo invocare il diverso regime di perfezionamento degli atti unilaterali di cui agli artt. 1334 e 1335 del c.c., richiamato dal professionista nelle risposte ai consumatori e nuovamente riproposto in questa sede, trattandosi com'è evidente di un contratto di fornitura di energia e gas, *rectius* di una proposta di modifica del contratto, e non certamente di un negozio giuridico unilaterale.

22. Chiarita, dunque, la necessità di tenere distinte la comunicazione della proposta di variazione unilaterale dalla modifica effettiva delle condizioni contrattuali, è altresì chiaro che, alla luce dell'articolo 3, comma 2, D.L. 115 del 2022¹, i preavvisi pervenuti ai destinatari – seppur inizialmente dotati di efficacia – per i quali era ancora pendente il termine dei tre mesi – entro il quale gli stessi potevano accettare di continuare il rapporto contrattuale o recedere – hanno perso la propria efficacia in ragione dell'entrata in vigore della norma in esame.

23. Conseguentemente, ritenere tali comunicazioni pienamente efficaci, non procedere alla loro revoca e sospensione, rigettare le istanze dei consumatori al riguardo e pretendere di applicare le – già comunicate – modifiche contrattuali, peggiorative, con l'unica alternativa, ove ancora nei termini, del recesso dal contratto, risulta porsi in sostanziale contrasto con i diritti dei consumatori, in quanto, appare condizionare indebitamente gli stessi, costringendoli a subire la modifica delle condizioni di contratto, in vigenza della norma di cui all'articolo 3 che invece sospende l'efficacia delle clausole contrattuali che consentono alle società di vendita di modificare il prezzo di fornitura dell'energia, proprio in considerazione della eccezionale situazione di mercato in cui lo stesso legislatore ha ritenuto di intervenire con una disciplina di carattere derogatorio alla libertà contrattuale, seppure in via transitoria.

24. In particolare, il recesso contrattuale nei termini prospettati da Dolomiti ("i punti di fornitura intestati a te verranno regolati secondo le modalità stabilite da ARERA") in alternativa alla accettazione della modifica contrattuale, potrebbe ulteriormente indurre gli utenti a rimanere in fornitura con la stessa società di vendita, accettando le nuove condizioni economiche, nel timore di rimanere senza una fornitura essenziale, come l'energia e/o il gas, tenuto conto che la disciplina di salvaguardia, anche ove menzionata, non rappresenta una condizione nota e facilmente conoscibile dal consumatore mediamente informato².

25. Pertanto, la condotta in esame presenta, seppure ad un vaglio preliminare tipico della fase cautelare, profili di aggressività, in possibile violazione degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del Consumo, nella misura in cui il professionista ha comunicato e ritiene efficaci le nuove condizioni economiche di fornitura peggiorative a causa dell'aumento straordinario e imprevedibile del prezzo del gas, offrendo la sola alternativa del recesso dal contratto in essere, così ostacolando i diritti dei consumatori basati sulle disposizioni sopra richiamate.

¹ ["Fino alla medesima data di cui al comma 1 sono inefficaci i preavvisi comunicati per le suddette finalità prima della data di entrata in vigore del presente decreto, salvo che le modifiche contrattuali si siano già perfezionate".]

² [Nel mercato dell'energia elettrica assumono, infatti, notevole importanza la elevata complessità delle caratteristiche delle proposte commerciali e l'esistenza di una forte asimmetria informativa a scapito dei consumatori.]

26. Sotto il profilo del *periculum in mora*, vale osservare che un elevato numero di consumatori – numero che non viene precisato nelle memorie ma che assume certamente un rilievo consistente alla luce delle numerose segnalazioni agli atti – ha continuato a fornirsi di energia elettrica presso il Professionista, avendo già subito o potendo essere indotto ad accettare una illegittima ed inefficace modifica delle condizioni economiche, a fronte dell’alternativa prospettata di dover recedere dal contratto.

Per tali clienti la continuazione delle condotte contestate comporta o potrà a breve comportare l’imposizione di un onere illegittimo, costituito dal pagamento di un prezzo diverso e superiore rispetto a quello previsto dal precedente contratto di fornitura che, invece, hanno il diritto di continuare a vedersi applicato.

27. Si rileva, pertanto, la necessità di provvedere con urgenza alla sospensione provvisoria di ogni attività posta in essere dalla società Dolomiti Energia S.p.A., volta all’applicazione delle nuove condizioni economiche comunicate prima del 10 agosto 2022 che sono state, o saranno, applicate ad una data successiva, continuando invece ad applicare, fino al 30 aprile 2023, le precedenti condizioni di fornitura, considerato che sono inefficaci le comunicazioni relative alla proposta di modifica unilaterale delle condizioni economiche di fornitura e, di conseguenza, nessuna modifica contrattuale poteva perfezionarsi. Occorre inoltre consentire ai consumatori che hanno esercitato il recesso a seguito della medesima proposta di modifica unilaterale delle condizioni economiche, divenute inefficaci, ai sensi del citato articolo 3, di poter ritornare in fornitura con Dolomiti alle condizioni precedentemente applicate.

RITENUTO, pertanto, che dall’esame degli atti del procedimento emergono elementi tali da avvalorare la necessità di provvedere con particolare urgenza, al fine di impedire che continui ad essere posta in essere – nelle more del procedimento di merito – la pratica commerciale sopra descritta, consistente nella modifica delle condizioni del contratto di fornitura di energia elettrica e/o di gas già comunicate ma che non si sono perfezionate prima del 10 agosto 2022, in luogo del mantenimento delle condizioni economiche contrattuali in essere;

DISPONE

ai sensi dell’articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo e dell’articolo 8, comma 3, del Regolamento, che la società Dolomiti Energia S.p.A.

a) sospenda provvisoriamente, fino al 30 aprile 2023, l’attuazione delle nuove condizioni economiche di fornitura di energia elettrica e gas a seguito delle modifiche contrattuali, già comunicate ma non ancora applicate e perfezionate alla data del 10 agosto 2022, comunicando individualmente e con la medesima forma ai consumatori interessati dalle predette comunicazioni l’applicazione delle precedenti condizioni di fornitura, ovvero nel caso in cui i termini di perfezionamento non sono ancora scaduti, l’inefficacia delle modifiche proposte;

b) comunichi individualmente e con la medesima forma ai consumatori che hanno esercitato il diritto di recesso a seguito della comunicazione delle modifiche contrattuali non ancora applicate e perfezionate alla data del 10 agosto 2022, la possibilità di ritornare in fornitura alle precedenti condizioni economiche;

c) comunichi all’Autorità l’avvenuta esecuzione del presente provvedimento di sospensione e le relative modalità entro 5 giorni dal ricevimento del presente provvedimento, inviando una relazione dettagliata nella quale vengano illustrate le misure adottate, precisando fra l’altro il numero dei clienti (domestici e microimprese) ai quali sono state effettivamente applicate, dopo il 10 agosto 2022, le nuove condizioni economiche contrattuali e quelli dei clienti (domestici e microimprese) che, a far data dal 10 agosto 2022, hanno effettivamente cessato la fornitura a seguito della comunicazione di cui sopra.

Ai sensi dell’articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l’Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l’Autorità può disporre la sospensione dell’attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento sarà comunicato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell’articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all’articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell’articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso.

Si ricorda che, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, del Regolamento, la presente decisione di sospensione deve essere immediatamente eseguita a cura del professionista e che il ricorso avverso il provvedimento di sospensione dell'Autorità non sospende l'esecuzione dello stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli