

N. R.G. 5701/2010



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SETTIMA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott.ssa Francesca Vullo
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **5701/2010** promossa da:

COMUNE DI FONTANELLA (C.F. 83000990164), con il patrocinio dell'avv. AROSIO ANDREA PIETRO CARLO e dell'avv. PAGLIARINI ENRICO (PGLNRC62D22A794Y) VIA CAV. C. PAGLIARINI, 18 24058 ROMANO DI LOMBARDIA; elettivamente domiciliato in PIAZZA BORROMEO, 1 20123 MILANO presso il difensore avv. AROSIO ANDREA PIETRO CARLO

ATTORE

contro

ENEL RETE GAS SPA (C.F. 00736240151), oggi **2i RETE GAS spa** con il patrocinio dell'avv. FERRARI GIUSEPPE FRANCO, elettivamente domiciliato in VIA LARGA, 23 20122 MILANO presso il difensore avv. FERRARI GIUSEPPE FRANCO

CONVENUTO

pagina 1 di 10



CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come in atti

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

1. Il presente giudizio, promosso dal Comune di Fontanella (di seguito Comune) nei confronti di Enel Gas spa, oggi Rete Gas spa (di seguito Enel), concessionaria del servizio di distribuzione del gas combustibile nell'ambito territoriale del suddetto Comune, ha come oggetto la domanda di accertamento del diritto di Enel a percepire un indennizzo, a seguito della cessazione dal servizio di concessionario, da quantificarsi in misura non superiore a euro 108.075,00.

1.1 Enel, costituitasi in giudizio, ha preliminarmente eccepito l'improponibilità della domanda, in ragione dell'esistenza di una clausola compromissoria, e, nel merito, ha formulato domanda riconvenzionale di accertamento dell'ammontare del rimborso spettante a Enel, nella misura complessiva di euro 3.561.828,00 oltre iva o alla diversa e anche maggiore somma, e di conseguente condanna del Comune al pagamento della somma suddetta.

1.2 In corso di causa è stata disposta una consulenza tecnica e, all'udienza del 4 novembre 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Con convenzione sottoscritta in data 25-2-1983, il Comune di Fontanella aveva conferito a So.Di.Gas spa, cui nel 2004 subentrava Enel Rete Gas spa, " *il diritto di esclusiva del servizio di distribuzione di gas combustibile per uso civile, domestico e di riscaldamento, nonché per utenze industriali, artigianali e similari, nel territorio del proprio*".

L'Art 7 della Convenzione prevedeva " *l'impianto rimane di esclusiva proprietà della Concessionaria fino alla scadenza della presente concessione. Allo scadere della Concessione, tutto l'impianto esistente, comprendente le tubazioni interrate, le derivazioni agli utenti fino ai contatori compresi, le apparecchiature di cabina principale di decompressione e misura e tutti gli altri eventuali*



impianti sovrastanti, dovranno essere riscattati dal Comune al Prezzo di stima industriale senza tenere conto della loro destinazione” . L’art 8 aggiungeva “nel caso che il Comune ritenesse, avvalendosi della legge dei Pubblici Servizi (LTU 15.10.1925 n. 2578) riscattare anzitempo l’impianto, dovrà per detto riscatto, pagare alla Concessionaria quanto prescritto dalla detta Legge”.

Con delibera consiliare n. 28 dell’8-6-2007 veniva confermata la data di scadenza della concessione al 31-12-2009 e veniva quindi dato avvio alla procedura di affidamento, mediante gara, del servizio pubblico di distribuzione del gas (doc 4 attrice) che veniva aggiudicato sempre a Enel Rete Gas spa.

A quel punto sorgeva contrasto tra le parti in merito alla quantificazione dell’indennizzo da riconoscere alla concessionaria uscente. Il Comune investiva della questione il giudice ordinario, mentre Enel Gas depositava l’istanza di arbitrato

3. L’art. 20 della Convenzione, intitolato Clausola Compromissoria, così dispone “ *le eventuali contestazioni nella esecuzione della presente convenzione, anche per quanto riguarda circostanze non espressamente menzionate, saranno risolte a mezzo di un collegio di tre arbitri amichevoli compositori, da nominare uno per parte e il terzo in comune accordo. In caso di mancato accordo per la nomina del terzo arbitro, la nomina dovrà effettuarsi da parte del Presidente del Tribunale di Bergamo su richiesta di una delle parti che dovrà darne avviso all’altra”.*

3.1 La clausola in questione è nulla per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo essa è contenuta in una Convenzione stipulata in epoca antecedente all’entrata in vigore della legge n. 205/2000, con la quale è stata attribuita alle parti la facoltà di demandare all’arbitrato rituale le controversie su materie devolute alla giurisdizione del Giudice Amministrativo.

Come chiaramente espresso nell’ordinanza della Cassazione a Sezione Unite citata dall’attrice, “*in materia di concessioni di pubblici servizi (nella specie, del servizio di distribuzione del gas metano) e in riferimento alla compromettibilità in arbitri delle relative controversie, concernenti*



concessioni anteriori alla legge n. 205 del 2000, è esclusa la possibilità di ricorrere all'arbitrato, con conseguente nullità della clausola compromissoria, sussistendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi art. 5 della legge n. 1034 del 1971. Né può avere rilievo il sopravvenuto art. 6, comma 2, della legge n. 205 del 2000 (che ha introdotto anche per le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la facoltà di avvalersi di un arbitrato rituale di diritto per la soluzione delle controversie concernenti diritti soggettivi), il quale non pone una norma sulla giurisdizione, ma risolve un problema di merito, giacché, estendendo la possibilità di deferire ad arbitri le controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, investe la validità ed efficacia del compromesso e della clausola compromissoria, i quali, in base all'art. 806 cod. proc. civ., non potevano essere stipulati; né alla suddetta norma sopravvenuta, in mancanza della espressa previsione della sua efficacia retroattiva, può essere attribuita efficacia sanante della originaria invalidità del compromesso o della clausola compromissoria stipulati durante la vigenza della legge n. 1034 del 1971 ed anteriormente alla entrata in vigore della legge n. 205 del 2000". (Cass. Sez. U, Ordinanza n. 27336 del 18/11/2008). Sulla questione non pare condivisibile l'assunto della convenuta in base al quale, poiché la controversia avrebbe ad oggetto un ambito (la determinazione dell'indennizzo) non attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la clausola compromissoria dovrebbe essere ritenuta valida perché disciplinante un' ipotesi di arbitrato rituale in una materia concernente diritti soggettivi. La clausola prevista nella Convenzione si caratterizza infatti per un contenuto estremamente generico ed ampio, in quanto fa riferimento a tutte le controversie che potenzialmente potrebbero sorgere tra Comune e Concessionario e, pertanto, anche quelle in ipotesi sottoposte alla giurisdizione del giudice amministrativo. Proprio per questa ragione la stessa non potrebbe che essere considerata nulla, non potendo la medesima clausola essere soggetta ad un differente regime di validità a seconda della natura della controversia, in assenza di una specifica disposizione delle parti.



3.2 Peraltro, anche a volerne teorizzare la validità sul presupposto assunto della convenuta, la clausola deve essere dichiarata nulla poiché disciplinante un'ipotesi di arbitrato irrituale, strumento deflattivo pacificamente considerato inapplicabile ai rapporti con la Pubblica Amministrazione. Infatti *“benché la P.A., nel suo operare negoziale, si trovi su un piano paritetico a quello dei privati, ciò non significa che vi sia una piena ed assoluta equiparazione della sua posizione a quella del privato, poiché l'Amministrazione è comunque portatrice di un interesse pubblico cui il suo agire deve in ogni caso ispirarsi; ne consegue che alla stessa è preclusa la possibilità di avvalersi, nella risoluzione delle controversie derivanti da contratti di appalto conclusi con privati, dello strumento del c.d. arbitrato irrituale o libero, poiché in tal modo il componimento della vertenza verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) individuati, nell'ambito di una pur legittima logica negoziale, in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e, perciò, senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta.* (Cass. Sez. U, Sentenza n. 8987 del 16/04/2009).

Che si tratti di arbitrato irrituale emerge dal tenore letterale del testo. Gli arbitri vengono definiti con l'attributo di “amichevoli compositori” e risultano assenti espressioni dalle quali desumere la volontà delle parti di addivenire ad una pronuncia destinata a produrre gli effetti del lodo arbitrale di cui all'art. 825 cpc (sulle differenze tra arbitrato rituale e irrituale si veda Sez. 1, *Sentenza n. 7574 del 01/04/2011*). La clausola appare pertanto di univoca interpretazione, con la conseguenza che non è applicabile al caso in esame il principio in base al quale, nel caso di dubbi interpretativi, la clausola deve considerarsi come istitutiva di un arbitrato rituale.

3.3 Infine, posto che ciò di cui le parti controvertono attiene alla stima dell'impianto, la disposizione della Convenzione di diretta applicazione dovrebbe essere quella contenuta dall'art. 7 della Convenzione, il quale, al comma 3, prevede che *“La stima (ndr dell'impianto all'atto del riscatto da parte del Comune) sarà fatta da tre tecnici nominati uno per parte ed uno consensualmente o, in caso di disaccordo, dal Presidente del Tribunale competente per territorio”*.



La pattuizione, che non viene presa in esame dalla convenuta, non appare di univoca interpretazione.

Se ad un primo approccio si potrebbe essere tentati di qualificarla come introduttiva di un'ipotesi di "perizia contrattuale", si osserva che non è dato evincere in alcun modo l'assunzione dell'impegno delle parti ad accettare gli accertamenti dei periti come diretta espressione della loro volontà, elemento che tuttavia è essenziale per la riconducibilità alla perizia contrattuale (cfr Cass Sez. 3, *Sentenza n. 1721 del 18/02/1998*). Ma se non è perizia contrattuale, allora deve considerarsi integrante un'ipotesi di arbitrato irrituale, con la conseguente nullità della clausola per i motivi già espressi.

4. Passando pertanto all'esame del merito della causa, si premette che vengono poste a fondamento della decisione le risultanze della ctu che, in quanto tecnicamente e logicamente adeguatamente motivate, vengono fatte proprie dal giudice e sono da intendersi integralmente richiamate.

4.1 Con riferimento alla voce che certamente deve essere considerata per la stima dell'indennizzo, per la quale è controverso solo l'ammontare, il c.d. "valore industriale residuo" (VIR), da calcolare alla data di consegna dell'impianto (31 marzo 2010), esso ammonta a euro 1.540.595,00 (pag. 43 rel).

4.2 Questione maggiormente complessa attiene alla detraibilità dei contributi privati.

L'art. 24 co. 4 lett. b del RD 1925 n. 2578, applicabile *ratione temporis*, prevede che nella determinazione dell'indennità di riscatto si tenga conto delle anticipazioni o sussidi ai Comuni. Solo con l'art. 1 comma 16 del DL 145/2013, convertito dalla legge 9/2014, viene stabilita espressamente l'obbligatoria detrazione dei contributi percepiti dai privati. Il fatto che la deducibilità dei contributi privati sia stata prevista da una norma temporalmente inapplicabile al rapporto di cui si discute, non è elemento sufficiente per affermare la non



detraibilità dei suddetti contributi dal calcolo dell' indennizzo soggetto alla previgente disciplina.

La ratio dell'art. 1 comma 16 del DL 145/2013 è quello di evitare un ingiustificato arricchimento del Concessionario uscente, che si vedrebbe riconosciuti contributi già pagati dai privati, ad esempio per i loro allacciamenti alla rete di distribuzione. Ugualmente dicasi per i contributi privati di estensione della rete, che costituiscono una forma di finanziamento utilizzato per la realizzazione delle opere e che quindi se non detratti, comporterebbero un profitto per il Concessionario privo di giustificazione. Se pertanto la *ratio* sottesa alla normativa del 2013 ha carattere generale, in assenza di un previgente divieto, deve ritenersi che nella determinazione dell'indennizzo spettante alla convenuta debba tenersi conto anche dei contributi privati.

Tale conclusione è del resto conforme al tenore di alcune decisioni adottate dai giudici amministrativi che, chiamati a valutare la correttezza della quantificazione del rimborso operata dal Comune e spettante al Concessionario, hanno ritenuto che dovessero essere considerati in detrazione anche i contributi resi dai privati. Secondo quanto affermato da Tar Brescia sez II, nella sentenza 4 agosto 2009 n 1528, *“coerentemente con la previsione dell'art. 24 comma 4 lett. b) del RD 2578/1925, la stima detrae dal suddetto **valore** i **contributi** erogati nel tempo dal Comune, i costi di allacciamento sostenuti dai **privati** e gli oneri previsti nei piani di lottizzazione”*. Sempre il Tribunale Amministrativo lombardo ha chiarito che *“è condivisibile la scelta di scomputare non solo i contributi di diretta provenienza comunale ma anche quelli versati dai privati coinvolti nei piani di lottizzazione. In questo modo si evita un arricchimento ingiustificato del gestore uscente (v. CS Sez. VI 3 settembre 2003 n. 4905). La clausola dell'art. 6 dell'atto integrativo dell'8 ottobre 1992, che esclude dal calcolo del riscatto anticipato le tubazioni eseguite a spese dei privati, deve essere letta coerentemente con i principi di diritto comune, e pertanto se le tubazioni realizzate o pagate dai privati sono entrate a far parte dell'impianto di cui viene calcolato il valore*



industriale residuo i contributi dei privati devono essere detratti per non consentire al gestore uscente di ottenere il rimborso di un costo non sostenuto” (Tar 566/2008). Il principio che sorregge la decisione è quello di evitare un indebito arricchimento a carico del Concessionario, principio che deve sempre guidare nella determinazione del rimborso, in assenza di un esplicito divieto di legge.

Peraltro che i contributi dei privati non abbiano natura di corrispettivo per Enel, e quindi debbano essere detratti, emerge dallo stesso testo della Convenzione che, sui contributi, così dispone: “... per gli sviluppi eccedenti i rapporti di cui sopra, potranno essere presi accordi con gli utenti interessati o con il Comune per il rimborso dei maggiori oneri, Per quanto attiene le lottizzazioni il lottizzante sarà tenuto a versare alla Concessionaria un contributo a fondo perduto per tutte le opere da realizzare nell’ambito della lottizzazione medesima. ... (art 5)”; sugli allacciamenti “*Gli allacciamenti degli utenti dalla rete sino al contatore, verranno eseguiti solo ed esclusivamente dalla Concessionaria... L’utente verserà alla Società un contributo a fondo perduto. L’importo relativo sarà determinato a preventivo: i prezzi per la mano d’opera saranno quelli correnti, mentre per i materiali si terrà conto di quelli riportati dal listino della Camera di Commercio di Bergamo decurtati dello sconto del 10%.”(art 9) “ Posa in opera di contatori ed accessori- Per la posa in opera e la rimozione del contatore l’utente verserà alla Concessionaria i seguenti importi ... Gli importi di cui sopra sono riferiti al costo della mano d’opera risultante dai bollettini ...” (art 12) . Dal testo della Convenzione si evince chiaramente che i contributi coprono i costi dell’opera, tanto che vengono calcolati sulla base dei costi di realizzazione, e non costituiscono una parte della controprestazione per il servizio reso.*

Quanto all’espressione “a fondo perduto” utilizzata dalla Convenzione per i contributi privati per allacciamento, essa sta chiaramente a significare, ciò che tutti gli utenti ben sanno, ossia che detti contributi non sono oggetto di restituzione alla chiusura del rapporto con il singolo utente.



A nulla infine rileva la circostanza addotta da Enel che la detrazione dei contributi privati comporterebbe un ingiustificato arricchimento per il Comune trattandosi di somme corrisposte da terzi. I terzi altro non sono che i contribuenti e, trattandosi di un servizio pubblico, il mancato riconoscimento di tali oneri verrebbe ad essere nuovamente ribaltato sui privati.

4.3 Considerato che i contributi dei privati sono finalizzati alla realizzazione dell'opera, che pertanto sono necessariamente correlati al valore dell'impianto, deve applicarsi anche ai contributi dei privati il coefficiente di degrado. Va quindi fatto riferimento alla stima effettuata dal ctu applicando i coefficienti di degrado e pari a euro 304.600,00 per i contributi estensione rete e a euro 319.500,00 per i contributi di allacciamento.

4.4 Il valore dei contributi non può invece essere determinato, come prospetta la convenuta, al netto delle imposte. Costituiva preciso onere di Enel fornire la prova sia in ordine all' *an* che in punto *quantum* degli oneri fiscali. Anche a voler ipotizzare l'assimilabilità dei contributi privati ai "ricavi" disciplinati dal TUIR, come sostiene Enel, la convenuta avrebbe dovuto fornire prova, quanto meno tramite la produzione dei propri bilanci, del risultato di esercizio, della correlazione tra i contributi e utile, anche tramite la c.d. "analisi differenziale" e della conseguente aliquota applicata. Solo così sarebbe stato possibile verificare se e in che misura Enel abbia sopportato un costo fiscale per i contributi privati.

5. Per tutte queste ragioni, l'indennizzo da riconoscersi alla convenuta è pari all'ammontare del VIR, come stimato dal CTU, detratti i contributi privati, sia di allaccio che di lottizzazione, calcolati per tutta la durata della concessione, ma con un coefficiente di degrado. L'importo è quindi pari a euro 916.495,00. Su detta somma sono dovuti gli interessi legali dalla data della domanda al saldo. L'obbligazione del Comune di corrispondere l'indennità di riscatto ha carattere pecuniario e costituisce un **debito di valuta** e non di **valore**. (cfr per la differenza Cass. Sezione 3° civile - sentenza 10/01-22/06/2007, n. 14573).



6. La novità delle questioni e la parziale soccombenza reciproca giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite. Vanno invece suddivise a carico di entrambe le parti in quote uguali le spese di ctu.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

A) Dichiarare la nullità delle clausole arbitrali n. 7 e 20 della Convenzione sottoscritta in data 25/2/1983 n. 648 Rep. tra il Comune di Fontanella e SodiGas spa

B) rilevata la propria competenza a decidere sul merito della causa, quantifica nell'importo di euro 916.495,00 l'indennizzo dovuto alla parte convenuta e, per l'effetto, condanna il Comune di Fontanella al pagamento in favore di 2i Rete Gas spa della somma di euro 916.495,00 oltre interessi legali dalla data della domanda giudiziale al saldo

C) dichiara integralmente compensate le spese di lite. Pone a carico di entrambe le parti nella misura del 50% ciascuna il compenso del ctu come liquidato dal Giudice.

Milano, 1 febbraio 2016

Il Giudice
dott.ssa Francesca Vullo

