

# **BVGer A-671/2015 vom 3. August 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-08-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-671\\_2015\\_d20200803](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-671_2015_d20200803)

FR: TAF A-671/2015 du 3 août 2020

IT: TAF A-671/2015 del 3 agosto 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Il Tribunale amministrativo federale giudica i ricorsi contro le decisioni ai sensi dell'art. 5 PA, emanate dalle autorità menzionate all'art. 33 LTAF, riservate le eccezioni di cui all'art. 32 LTAF (cfr. art. 31 LTAF). In particolare, le decisioni dell'ElCom in materia di concessione di un'eccezione all'accesso alla rete elettrica ai sensi dell'art. 17 cpv. 6 LAEl in combinato disposto con l'art. 21 cpv. 2 OAEI sono impugnabili dinanzi al Tribunale amministrativo federale (cfr. art. 33 lett. f LTAF). La procedura è retta dalla PA, in quanto la LTAF non disponga altrimenti (cfr. art. 37 LTAF). In concreto, l'atto impugnato dai tre ricorrenti è la decisione parziale dell'11 dicembre 2014 dell'ElCom riguardante in particolare la ridefinizione della capacità oggetto di eccezione all'accesso alla rete conformemente all'art. 17 cpv. 6 LAEl, in combinato disposto con l'art. 21 cpv. 1 OAEI e l'art. 2 OEAC, relativamente alla ML Mendrisio-Cagno, da lei concessa con decisione del 16 aprile 2009 alla ricorrente 2 per una durata di 13 anni, con una nuova valutazione della situazione da effettuarsi dopo cinque anni. Più nel dettaglio, l'atto impugnato riguarda la questione dell'adeguamento della capacità oggetto di eccezione come aspetto parziale del regime di eccezione. Essa non riguarda tuttavia la nuova valutazione della durata di tale regime e neppure le ripercussioni finanziarie sulla ricorrente 2 connesse alla capacità a cui si applica l'eccezione all'accesso alla rete, tali questioni essendo state rimandate dall'ElCom ad un secondo momento. Ciò precisato, detta decisione parziale è impugnabile dinanzi al Tribunale, sicché lo stesso risulta competente per dirimere la presente vertenza.

### **E. 1.2**

I tre ricorsi sono poi stati poi interposti tempestivamente (cfr. art. 20 segg., art. 50 PA), nel rispetto delle esigenze di forma e di contenuto previste dalla legge (cfr. art. 52 PA).

### **E. 2**

Mediante una decisione parziale un'autorità statuisce soltanto su una o talune conclusioni addotte, se queste possono essere giudicate indipendentemente dalle altre (cfr. art. 91 LTF per analogia; DTF 141 III 395 consid. 2.2; 135 V 141 consid. 1.4.1; 135 III 212 consid. 1.2.2; sentenza parziale del TAF A-8358/2010 del 1° settembre 2011 consid. 1.4; Weissenberger/Hirzel, in: Waldmann/Weissenberger [ed.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG; di seguito: Praxiskommentar VwVG], 2a ed. 2016, n. 5 seg. ad art. 61 PA; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3a ed. 2013, n. 1429). L'emanazione di una decisione parziale si giustifica in particolare, qualora una parte della procedura sia matura per la decisione, mentre l'altra non ancora (cfr. Jürg Martin, Leitfaden für den Erlass von Verfügungen, 1996, pag. 61). In concreto, si giustifica l'emanazione di una decisione parziale, in quanto è nell'interesse di tutte le parti toccate dalla decisione impugnata a che il

Tribunale statuisca dapprima sulla qualità di parte della ricorrente 3, qui fermamente contestata dai tre ricorrenti. Nella misura in cui si pone altresì la questione dell'accesso a degli atti confidenziali, è fondamentale fare chiarezza circa il ruolo dei tre ricorrenti nell'ambito del regime d'eccezione all'accesso alla rete in rapporto alla ML Mendrisio-Cagno. Il presente giudizio avrà peraltro effetto sul procedimento attualmente pendente dinanzi all'autorità inferiore, quest'ultima dovendosi ancora pronunciare con decisione separata in rapporto alla rivalutazione della durata del regime d'eccezione all'accesso alla rete e le conseguenze finanziarie sulla ricorrente 2 (cfr. decisione impugnata, punti n. 21-23 e n. 26). Circa gli altri aspetti censurati dai ricorrenti non toccati dalla presente sentenza parziale, lo scrivente Tribunale statuirà ulteriormente con sentenza separata.

### **E. 3.1**

Con ricorso al Tribunale amministrativo federale possono essere invocati la violazione del diritto federale, l'accertamento inesatto o incompleto di fatti giuridicamente rilevanti nonché l'inadeguatezza, a condizione tuttavia che la decisione impugnata non sia stata emanata da un'autorità cantonale in veste di autorità di ricorso (cfr. art. 49 PA; cfr. André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2a ed. 2013, n. 2.149).

### **E. 3.2**

Lo scrivente Tribunale non è vincolato né dai motivi adottati (cfr. art. 62 cpv. 4 PA) né dalle considerazioni giuridiche della decisione impugnata, né dalle argomentazioni delle parti (cfr. DTAF 2007/41 consid. 2; Pierre Moor/Etienne Poltier, *Droit administratif*, vol. II, 3a ed. 2011, no. 2.2.6.5, pag. 300). I principi della massima inquisitoria e dell'applicazione d'ufficio del diritto sono tuttavia limitati: l'autorità competente procede difatti spontaneamente a constatazioni complementari o esamina altri punti di diritto solo se dalle censure sollevate o dagli atti risultino indizi in tal senso (cfr. DTF 122 V 157 consid. 1a; 121 V 204 consid. 6c; DTAF 2007/27 consid. 3.3).

### **E. 4**

Il Tribunale amministrativo federale, chiamato a statuire nella presente vertenza, deve esaminare d'ufficio e con pieno potere di cognizione sia la qualità per ricorrere dinanzi ad esso, che la qualità di parte, segnatamente in relazione alla decisione emanata dall'autorità inferiore (cfr. [tra le tante] sentenza del TAF A-4887/2011 del 2 maggio 2013 consid. 2 con rinvii; Marantelli/Huber, *Praxiskommentar VwVG*, n. 5 ad art. 48 PA). Nel caso in disamina, se non vi è dubbio alcuno circa la legittimazione ricorsuale dei tre ricorrenti dinanzi al Tribunale, essendo gli stessi destinatari della decisione impugnata e aventi un interesse degno di protezione a che la stessa venga annullata (cfr. art. 48 cpv. 1 PA), tale non è tuttavia il caso per quanto concerne l'oggetto stesso della decisione impugnata, rispettivamente la qualità di parte dei ricorrenti nell'ambito della procedura di rinnovo del regime d'eccezione all'accesso alla rete ex art. 17 cpv. 6 LAEl tutt'ora pendente dinanzi all'autorità inferiore. Più concretamente, si pone la questione a sapere se è a giusta ragione che l'autorità inferiore ha integrato d'ufficio la ricorrente 3 - qualificandola di gestore di rete della ML Mendrisio-Cagno e di titolare del regime d'eccezione - alla procedura promossa dalla ricorrente 2 in rapporto al riesame del regime d'eccezione all'accesso alla rete concessole con decisione del 16 aprile 2009 per la linea d'interconnessione ML Mendrisio-Cagno. Per poter rispondere a detto quesito (cfr. consid. 7 del presente giudizio),

occorre esaminare se i presupposti di cui agli artt. 6 e 48 PA risultano in concreto adempiuti (cfr. consid. 5 del presente giudizio), in correlazione alla legislazione applicabile in materia di regime d'eccezione all'accesso alla rete (cfr. consid. 6 del presente giudizio). In tale contesto, occorrerà in particolare determinare chi è il titolare del regime d'eccezione ai sensi dell'art. 17 cpv. 6 LAEl, in correlazione con l'art. 2 OEAC.

### **E. 5.1**

Chi può rivendicare la qualità di parte ai sensi degli artt. 6 e 48 PA, può postulare l'emanazione di una decisione da parte dell'autorità competente. L'autorità addita deve in tal caso esaminare d'ufficio se per il richiedente sussiste un interesse degno di protezione a che venga emanata una siffatta decisione. In difetto di un tale interesse e conseguentemente della qualità di parte, detta autorità non deve entrare nel merito della richiesta (cfr. DTF 130 II 521 consid. 2.5; sentenze del TAF A-7481/2015 del 23 giugno 2016 consid. 2.1.1; A-4887/2011 del 2 maggio 2013 consid. 2.1.1; Marantelli/Huber, op. cit., n. 18 ad art. 6 PA).

### **E. 5.2**

Giusta l'art. 6 PA, sono parti le persone i cui diritti od obblighi potrebbero essere toccati dalla decisione o le altre persone, gli organismi e le autorità cui spetta un rimedio di diritto contro la decisione. In altre parole possono essere parti solo coloro che sono materialmente destinatari della decisione - ovvero coloro che hanno un interesse degno di protezione a che un dato rapporto giuridico venga disciplinato nella stessa - come pure coloro che sulla base dell'art. 48 PA risultano poi legittimati a ricorrere contro la medesima (cfr. Marantelli/Huber, Praxiskommentar VwVG, n. 3, 7 e 16 ad art. 6 PA; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2011, n. 1487 e segg.). Di fatto, la qualità di parte di cui all'art. 6 PA è definita in funzione della qualità per ricorrere di cui all'art. 48 PA (cfr. sentenze del TAF A-7481/2015 del 23 giugno 2016 consid. 2.1.2; A-4887/2011 del 2 maggio 2013 consid. 2.1.2; Piermarco Zen-Ruffinen, Droit administratif, Partie générale et éléments de procédure, 2a ed. 2013, n. 468 seg.).

### **E. 5.3**

Giusta l'art. 48 cpv. 1 PA, dispone della qualità per ricorrere chiunque ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o è stato privato della possibilità di farlo (art. 48 cpv. 1 lett. a PA; aspetto formale della legittimazione), è particolarmente toccato dalla decisione impugnata e ha un interesse degno di protezione al suo annullamento o alla sua modifica (art. 48 lett. b-c PA; aspetti materiali della legittimazione). Affinché venga riconosciuta ad un ricorrente la qualità per ricorrere ai sensi dell'art. 48 cpv. 1 PA i tre predetti presupposti ivi elencati devono essere adempiuti cumulativamente (cfr. sentenze del TAF A-7481/2015 del 23 giugno 2016 consid. 2.1.3.1; A-4887/2011 del 2 maggio 2013 consid. 2.1.3; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. 2.60). Giusta l'art. 48 cpv. 2 PA, ha inoltre diritto di ricorrere ogni persona, organizzazione o autorità cui un'altra legge federale riconosce tale diritto.

### **E. 5.4**

L'interesse che muove il ricorrente può essere giuridico o solo di fatto, occorre però che sia pratico ed attuale (cfr. sentenze del TAF A-151/2009 del 21 aprile 2011 consid. 2.1; A-6728/2007 del 10 novembre 2008 consid. 3 con rinvii; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. 2.60 segg.; Adelio Scolari, Diritto amministrativo, Parte generale, 2002, n. 1258 e 1260). È altresì necessario che il ricorrente sia toccato in modo diretto e concreto, più di

ogni altro dalla decisione impugnata e che egli si trovi in una relazione particolarmente stretta e degna di considerazione con l'oggetto della lite (cfr. DTF 137 II 40 consid. 2.3; 133 II 468 consid. 1; Zen-Ruffinen, op. cit., n. 1211; Scolari, op. cit., n. 1258; Tanquerel, op. cit., n. 1363 con rinvii). In tal senso, un interesse indiretto non è sufficiente a fondare la legittimazione ricorsuale. Non basta infatti che l'esito della lite possa influenzare in maniera remota la sfera d'interessi del ricorrente o che lo stesso sia toccato indirettamente, per un effetto a catena (« par ricochet »), dalla decisione impugnata (cfr. DTF 135 I 43 consid. 1.4; 135 II 145 consid. 6.2; 133 V 239 consid. 6.2 con rinvii; sentenza del TAF A-4887/2011 del 2 maggio 2013 consid. 2.1.4; Tanquerel, op. cit., n. 1363 con rinvii).

### **E. 6.1**

L'approvvigionamento elettrico sicuro e sostenibile in tutto il territorio elvetico è disciplinato dalla LAEI, applicabile esclusivamente alla rete generale d'approvvigionamento nazionale che funziona con una corrente alternata di 50 Hz. La predetta rete comprende sia la rete di trasporto - denominata altresì rete di trasmissione - che le reti di distribuzione (cfr. art. 2 cpv. 1 LAEI; Messaggio del 3 dicembre 2004 concernente la modifica della legge sugli impianti elettrici e la legge sull'approvvigionamento elettrico [di seguito: Messaggio LAEI], FF 2005 1447, 1480). Una rete di trasporto è una rete elettrica per il trasporto di energia elettrica su lunghe distanze all'interno del Paese e per l'interconnessione con le reti estere; di regola funziona al livello di tensione 220/380 kV (cfr. art. 4 cpv. 1 lett. h LAEI). Alla rete di trasporto può tuttavia appartenere anche una rete elettrica che non funziona al livello di tensione 220/380 kV (cfr. sentenze del TAF A-69/2011 del 12 aprile 2012 consid. 8.3.2 con rinvii; A-161/2011 del 26 marzo 2012 consid. 8.3.2). Una rete di distribuzione è una rete elettrica ad alta, media o bassa tensione avente lo scopo di fornire energia elettrica ai consumatori finali o alle imprese d'approvvigionamento elettrico (cfr. art. 4 cpv. 1 lett. i LAEI; sentenza del TAF A-161/2011 del 26 marzo 2012 consid. 8.3.2). Giusta l'art. 18 cpv. 1 LAEI, la rete di trasporto per l'intero territorio svizzero è gestita dalla società nazionale di rete, più concretamente da Swissgrid SA, qui parte ricorrente 1 (cfr. Messaggio LAEI, FF 2005 1447, 1495). La società nazionale di rete deve essere proprietaria della rete da lei gestita (cfr. art. 18 cpv. 2 LAEI).

### **E. 6.2**

Giusta l'art. 13 cpv. 1 LAEI, i gestori di rete sono tenuti a garantire a terzi l'accesso non discriminato alla rete, ossia il diritto di utilizzare una rete per ricevere energia elettrica da un fornitore a scelta o di immettere energia elettrica in una rete (cfr. art. 4 cpv. 1 lett. d LAEI). In virtù dell'art. 13 cpv. 2 lett. d LAEI, l'accesso alla rete può tuttavia essere negato dal gestore di rete, qualora egli dimostri che sussiste un'eccezione all'accesso alla rete ai sensi dell'art. 17 cpv. 6 LAEI. Più nel dettaglio, in virtù dell'art. 17 cpv. 6 LAEI in combinato disposto con l'art. 21 OAEI, il Consiglio federale ha espressamente previsto delle eccezioni all'accesso alla rete (cfr. art. 13 LAEI) e nel calcolo dei costi di rete computabili (cfr. art. 15 LAEI) per le capacità nella rete di trasporto transfrontaliera messe in esercizio dopo il 1° gennaio 2005, tra cui rientrano in particolare le cosiddette « Merchant Lines » (cfr. Messaggio LAEI, FF 2005 1447, 1494).

#### **E. 6.2.1**

Le « Merchant Lines » sono delle linee elettriche ad alta tensione che sostengono il transito di energia elettrica tra Paesi limitrofi e che non sono regolamentate. Contrariamente alle linee elettriche tradizionali, il loro gestore non è tenuto ad accordare ai fornitori di elettricità

un accesso non discriminatorio alla rete ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 LAEl, nella misura in cui sussiste un'eccezione all'accesso alla rete ai sensi dell'art. 17 cpv. 6 LAEl (cfr. art. 13 cpv. 2 lett. d LAEl). Le « Merchant Lines » - quali linee di trasporto transfrontaliere, rispettivamente linee di interconnessione a corrente continua - non vengono infatti finanziate e realizzate dalla società di rete nazionale, bensì da altri investitori, che le detengono provvisoriamente in virtù di un'autorizzazione speciale per il loro esercizio e utilizzo (regime d'eccezione all'accesso alla rete). Benché durante il regime d'eccezione esse non appartengano ancora formalmente alla società di rete nazionale, le stesse fanno parte della rete di trasporto svizzera (cfr. sentenze del TAF A-2812/2010 dell'11 febbraio 2013 consid. 5.2; A-161/2011 del 26 marzo 2012 consid. 9.2.4; A-69/2011 del 12 aprile 2012 consid. 9.2.4; Energiea n. 2/maggio 2005, Bollettino dell'Ufficio federale dell'energia UFE [disponibile solo in francese/tedesco], pag. 3, in: < <http://www.bfe.admin.ch> > Documentazione > Energiea > Energiea 2005 > Energiea n. 2/Maggio 2005, consultato il 09.06.2017; Modello di utilizzazione della rete NNMÜ - CH 2013 [disponibile solo in francese/tedesco], punto n. 5.4, in: < <http://www.swissgrid.ch> Portale specialistico Panoramica tematica Tariffe Raccomandazione del settore per il mercato svizzero dell'elettricità, consultato il 09.06.2017; Weber/Kratz, Stromversorgungsrecht Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, 2009, pag. 72 n. 5).

#### **E. 6.2.2**

Tra le linee di interconnessione transfrontaliere appartenenti alle « Merchant Lines » che possono beneficiare dell'eccezione di cui all'art. 17 cpv. 6 LAEl, in quanto messe in esercizio dopo il 1° gennaio 2005, rientra in particolare linea elettrica Mendrisio-Cagno - denominata ML Mendrisio-Cagno - già appartenente tecnicamente alla linea di trasporto (cfr. sentenze del TAF A-2812/2010 dell'11 febbraio 2013 consid. 5.2; A-69/2011 del 12 aprile 2012 consid. 9.2.2) e oggetto della presente procedura di ricorso. Il trasferimento formale della proprietà della ML Mendrisio-Cagno alla società nazionale di rete è previsto soltanto alla fine del relativo regime d'eccezione all'accesso alla rete attualmente in vigore.

#### **E. 6.3**

L'autorità competente in materia di concessione di deroghe all'accesso alla rete ai sensi dell'art. 17 cpv. 6 LAEl è l'ElCom, la quale si pronuncia mediante decisione (cfr. art. 21 cpv. 2 OAEI). Le condizioni alle quali può essere concessa un'eccezione all'accesso alla rete ai sensi dell'art. 17 cpv. 6 LAEl sono disciplinate dall'OEAC emanata dal DATEC - su proposta della società nazionale di rete - sulla base dell'art. 21 cpv. 1 OAEI (cfr. sentenza del TAF A-161/2011 del 26 marzo 2012 consid. 9.2.1).

#### **E. 6.4**

Giusta l'art. 2 cpv. 1 OEAC, l'ElCom può esentare parzialmente o interamente il gestore di una linea di interconnessione a corrente continua (gestore) dall'obbligo di garantire l'accesso alla rete se: (lett. a) la linea di interconnessione aumenta la capacità di trasporto e non compromette la sicurezza della rete, (lett. b) la linea di interconnessione ha un'utilità economica ed effetti positivi a lungo termine sulla concorrenza nel mercato dell'energia elettrica, (lett. c) la società nazionale di rete non realizzerà la linea di interconnessione nell'ambito della sua normale attività di rete, (lett. d) la linea di interconnessione può diventare parte della rete di trasporto per l'intero territorio svizzero secondo l'art. 18 cpv. 1 LAEl allo scadere del regime delle eccezioni, (lett. e) i maggiori guadagni risultanti dall'utilizzazione transfrontaliera della rete di trasporto secondo l'art. 14 cpv. 2 OAEI e

prodotti dalla linea di interconnessione superano le perdite di guadagno generate (lett. f) e se la linea di interconnessione è giuridicamente disgiunta dai rimanenti settori di attività. Giusta l'art. 12 cpv. 1 OEAC, allo scadere del regime delle eccezioni, il proprietario trasferisce la linea di interconnessione alla società nazionale di rete (cfr. sentenza del TAF A-69/2011 del 12 aprile 2012 consid. 6.2).

## **E. 6.5**

Chi può beneficiare del regime di eccezione ai sensi dell'art. 2 OEAC nonché dell'art. 17 cpv. 6 LAEl è unicamente il cosiddetto « gestore di una linea di interconnessione a corrente continua (gestore) ». Tale nozione non è tuttavia definita né dalla LAEl, né dall'OAEI, come neppure dall'OEAC. Nella misura in cui la dottrina e la giurisprudenza non hanno ancora avuto modo di precisare espressamente tale nozione indeterminata - qui punto cruciale per l'accertamento del beneficiario del regime d'eccezione e della conseguente qualità di parte dei ricorrenti - il Tribunale dovrà dunque esprimersi al riguardo nel contesto del presente giudizio, ricorrendo alle regole generali di interpretazione delle leggi. In tale contesto, si tratterà in particolare di definire se la nozione di « gestore di rete » ai sensi della LAEl e dell'OAEI collima con la nozione di « gestore di una linea di interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC, così come sostenuto dall'autorità inferiore, rispettivamente se al contrario le stesse divergono, così come sostenuto dai ricorrenti, in particolar modo dalla ricorrente 2 (cfr. consid. 6.5.3 segg. del presente giudizio). In tale ottica, dopo aver richiamato le regole d'interpretazione (cfr. consid. 6.5.1 del presente giudizio), il Tribunale esaminerà dapprima la sentenza A-2812/2010 dell'11 febbraio 2013 su cui l'autorità inferiore fonda il suo giudizio (cfr. consid. 6.5.2 del presente giudizio).

### **E. 6.5.1**

Anche l'interpretazione di disposizioni del diritto pubblico si basa sui metodi usuali di interpretazione delle norme di legge ai sensi dell'art. 1 cpv. 1 CC, ovvero l'interpretazione letterale, sistematica, teleologica e storica (cfr. Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. 2.180 e segg.). Per costante giurisprudenza federale (cfr. DTF 137 V 273 consid. 4.2) la legge è da interpretare in primo luogo procedendo dalla sua lettera (interpretazione letterale). Tale interpretazione si fonda sul significato letterale, il senso del termine e l'uso che viene fatto del medesimo nella lingua (cfr. Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. 2.183), le tre versioni linguistiche essendo, di principio, equivalenti (cfr. DTF 135 IV 113 consid. 2.4.2 con rinvii). Tuttavia, se il testo non è perfettamente chiaro, se più interpretazioni del medesimo sono possibili, deve essere ricercata la vera portata della norma, prendendo in considerazione tutti gli elementi d'interpretazione, in particolare lo scopo della disposizione, il suo spirito nonché i valori sui quali essa trova fondamento (interpretazione teleologica). Pure di rilievo è il senso che essa assume nel proprio contesto (interpretazione sistematica; cfr. DTF 135 II 78 consid. 2.2; 135 V 153 consid. 4.1; 131 II 249 consid. 4.1; 134 I 184 consid. 5.1; 134 II 249 consid. 2.3). I lavori preparatori, segnatamente laddove una disposizione non è chiara oppure si presta a diverse interpretazioni, costituiscono un mezzo valido per determinarne il senso ed evitare così di incorrere in interpretazioni erranee (interpretazione storica). Soprattutto nel caso di disposizioni recenti, la volontà storica dell'autore della norma non può essere ignorata se ha trovato espressione nel testo oggetto d'interpretazione (cfr. DTF 134 V 170 consid. 4.1 con rinvii). Occorre prendere la decisione materialmente corretta nel contesto normativo, orientandosi verso un risultato soddisfacente sotto il profilo della ratio legis. Il Tribunale federale non privilegia un criterio d'interpretazione in particolare; per accedere al senso di una norma preferisce,

pragmaticamente, ispirarsi a un pluralismo interpretativo (cfr. DTF 135 III 483 consid. 5.1). Se sono possibili più interpretazioni, dà la preferenza a quella che meglio si concilia con la Costituzione (cfr. DTF 131 II 562 consid. 3.5; 131 II 710 consid. 4.1; 130 II 65 consid. 4.2; DTAF 2013/42 consid. 4.6 con rinvii). In ogni caso, giusta l'art. 190 Cost. sia il Tribunale federale che il Tribunale amministrativo federale sono tenuti ad applicare le leggi federali.

### **E. 6.5.2**

Con sentenza A-2812/2010 dell'11 febbraio 2013, il Tribunale si è pronunciato in merito alla nozione di « gestore di rete » ai sensi dell'art. 13 LAEI nonché dell'art. 15 cpv. 1 lett. a OAEl, nell'ambito dell'imputazione dei costi della rete di trasporto da parte della società di rete nazionale al gestore di rete. In sostanza, il Tribunale ha definito il « gestore di rete » come colui che è responsabile della manutenzione adeguata alle necessità e del funzionamento sicuro, efficiente e performante dell'elettrodotto. Il gestore di rete non deve tuttavia per forza di cosa essere anche il proprietario della rete in questione (cfr. citata sentenza, consid. 5.5.1). In tale particolare contesto, il Tribunale ha poi sancito che benché la ricorrente 2 fosse a beneficio di un regime di eccezione ai sensi dell'art. 2 OEAC in virtù della decisione del 16 aprile 2009 dell'ElCom, la stessa non poteva essere liberata dai costi di rete in quanto non qualificabile di « gestore di rete » ai sensi dell'art. 13 LAEI nonché dell'art. 15 cpv. 1 lett. a OAEl, non risultando competente per la gestione tecnica e la manutenzione della ML Mendrisio-Cagno, secondo gli accordi in essere tra la ricorrente 1, la ricorrente 2 e la ricorrente 3 (cfr. citata sentenza, consid. 6). Così facendo, il Tribunale ha unicamente sancito che il « gestore di rete » ai sensi dell'art. 15 cpv. 1 lett. a OAEl non poteva che essere la ricorrente 3, sicché la ricorrente 2 non poteva essere esentata dai costi di rete. Per contro, il Tribunale non si è minimamente pronunciato circa la validità del regime d'eccezione concesso alla ricorrente 2 sulla base dell'art. 2 OEAC e, tantomeno, sulla nozione di « gestore di una linea di interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC, tale questione non essendo strettamente oggetto della decisione impugnata. È dunque qui doveroso constatare come il Tribunale non abbia di fatto ancora avuto l'occasione di definire in maniera chiara e precisa la nozione di « gestore di una linea di interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC. In tali circostanze - contrariamente a quanto ritenuto dall'ElCom nella decisione impugnata - la citata sentenza A-2812/2010 dell'11 febbraio 2013 non permette di certo la trasposizione automatica della nozione di « gestore di rete » ai sensi dell'art. 15 cpv. 1 lett. a OAEl a quella di « gestore di una linea di interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC.

### **E. 6.5.3**

Ciò chiarito, la nozione di « gestore di una linea di interconnessione » va innanzitutto definita mediante l'interpretazione letterale.

#### **E. 6.5.3.1**

L'art. 17 cpv. 6 LAEI - che costituisce la base legale per il regime di eccezione all'accesso alla rete - non utilizza la nozione di « gestore », bensì si limita a precisare che l'eccezione può essere prevista per « [...] le capacità nella rete di trasporto transfrontaliera messe in esercizio dopo il 1° gennaio 2005 [...] ». Così facendo, l'art. 17 cpv. 6 LAEI definisce solo l'oggetto del regime d'eccezione - la rete di trasporto transfrontaliera - ma non il suo titolare, ossia chi può domandarlo. Di fatto, l'art. 17 LAEI fa riferimento soltanto alla società nazionale di rete, senza menzionare in alcun modo il gestore. In tali circostanze, nulla permette di ritenere automaticamente che è il « gestore di rete » ai sensi dell'art. 13 cpv. 1

LAEI ad essere il titolare del regime d'eccezione ai sensi dell'art. 17 cpv. 6 LAEI.

#### **E. 6.5.3.2**

La nozione di gestore si ritrova unicamente nell'ambito dell'art. 2 OEAC, il quale specifica che è « [...] il gestore di una linea di interconnessione a corrente continua (gestore) [...] » a poter beneficiare del regime d'eccezione. Sennonché il tenore dell'art. 2 OEAC non apporta alcun chiarimento alla nozione di « gestore di una linea di interconnessione ». Il testo in lingua tedesca parla infatti di « Betreiber einer Gleichstrom-Verbindungsleitung (Betreiber) », quello in francese di « exploitant d'une liaison à courant continu (exploitant) ». Le condizioni alle quali può essere concesso un regime d'eccezione all'accesso alla rete, più che il suo gestore, concernono soprattutto la linea d'interconnessione stessa. L'art. 2 cpv. 1 OEAC, precisa in particolare che la realizzazione della linea d'interconnessione non deve essere prevista dalla società nazionale di rete nell'ambito della sua normale attività di rete (lett. c), rispettivamente che la stessa deve essere giuridicamente disgiunta dai rimanenti settori d'attività del suo gestore (lett. f). L'art. 12 OEAC, concernente la fine del regime dell'eccezione, precisa poi che allo scadere di detto regime, il proprietario trasferisce la linea di interconnessione alla società nazionale di rete. In questo caso, la norma non fa alcun riferimento al gestore, bensì al proprietario della linea di interconnessione. Da quanto precede, risulta unicamente che il gestore della rete d'interconnessione non può essere la società nazionale di rete, poiché l'eccezione è prevista proprio per delle linee d'interconnessione che la società nazionale di rete non realizza nell'ambito della sua normale attività di rete. Tali reti sono infatti realizzate da terzi, i quali sono tenuti a trasmetterne la proprietà alla società nazionale di rete alla fine del regime d'eccezione. Tale evenienza trova peraltro conferma nelle restanti disposizioni dell'OEAC, ove la società nazionale di rete e il gestore sono chiaramente menzionati come due entità ben distinte (cfr. in particolare, art. 7 cpv. 5, art. 9, art. 10 e art. 11 OEAC). In tale contesto, il regime d'eccezione può ragionevolmente sussistere unicamente se la società nazionale di rete non è ancora il suo gestore ai sensi dell'art. 2 OEAC. Nel caso contrario, il regime d'eccezione non avrebbe infatti alcun motivo di sussistere.

#### **E. 6.5.3.3**

In conclusione, l'interpretazione letteraria conduce il Tribunale unicamente a ritenere che « il gestore di una linea di interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC non corrisponde forzatamente alla nozione di « gestore di rete » ai sensi dell'art. 13 LAEI. Certo è poi che « il gestore di una linea di interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC non può essere la società nazionale di rete, il regime d'eccezione non rivolgendosi ad essa.

#### **E. 6.5.4**

Per poter definire la nozione di « gestore di una linea di interconnessione » occorre dunque fare capo all'analisi storica e teologica del regime di eccezione all'accesso alla rete.

#### **E. 6.5.4.1**

Per quanto concerne l'art. 17 cpv. 6 LAEI, il legislatore ha precisato quanto segue (cfr. Messaggio LAEI, FF 2005 1447, 1494): « [...] Secondo il capoverso 6, per aumentare le capacità di trasmissione transfrontaliere, il nostro Consiglio può prevedere eccezioni all'accesso alla rete in virtù dell'articolo 13 LAEI e nel calcolo dei costi di rete computabili (art. 15 LAEI). Sono quindi tutelati gli investimenti in nuove capacità di rete. Può trattarsi della costruzione di un nuovo impianto come pure del potenziamento della capacità degli impianti esistenti. Si parte dal presupposto che gli investimenti in impianti nuovi

comportino considerevoli rischi economici. Queste disposizioni tengono conto dell'articolo 7 del regolamento CE 1228/2003 riguardante le cosiddette « merchant lines », senza tuttavia limitarsi. Occorre tenere conto che anche in seno all'UE sono in corso le discussioni sugli incentivi d'investimento per il potenziamento delle linee di trasmissione transfrontaliere. Il capoverso 6 è pertanto più ampio. Così, gli incentivi d'investimento, invece che in limitazioni dell'accesso alla rete si possono ad esempio concretizzare anche in durate d'ammortamento più brevi o in premi di rischio più elevati. Poiché gli investimenti descritti servono a promuovere le capacità di trasmissione transfrontaliere, i costi non vanno imputati ai consumatori indigeni [...] ». Da quanto precede, risulta chiaramente che lo scopo del regime d'eccezione è quello di promuovere gli investimenti nella costruzione di nuove linee di trasporto transfrontaliere, rispettivamente nel loro potenziamento, che nel caso contrario non verrebbero realizzati a causa dei costi indigeni e dell'alto rischio finanziario che le stesse comportano (cfr. Messaggio LAEL, FF 2005 1447, 1494; Intervento di Carlo Schmid-Sutter, Boll. Uff. 2006 S 847). Più concretamente, le « Merchant Lines » non vengono realizzate dalla società nazionale di rete, bensì da degli altri investitori pronti ad assumerne i rischi finanziari, che in contropartita vengono posti a beneficio del regime d'eccezione all'accesso alla rete (cfr. sentenze del TAF A-161/2011 del 26 marzo 2012 consid. 9.2.4 seg.; A-69/2011 del 12 aprile 2012 consid. 9.2.4 seg.; Weber/Kratz, op. cit., pag. 72 n. 5). In tali circostanze, il regime d'eccezione sembrerebbe dunque rivolgersi in primis agli investitori. Trattandosi di una regolamentazione speciale prevista appositamente per la linea di interconnessione transfrontaliera - ovvero, una linea ubicata sia sul territorio elvetico che sul territorio dello Stato membro dell'Unione europea con esso confinante - il legislatore ha espressamente tenuto conto della regolamentazione europea, con chiaro riferimento all'art. 7 del regolamento (CE) n. 1228/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica (GU L 176 del 15.07.2003; di seguito: regolamento CE n. 1228/2003), trasponendolo in parte nel diritto svizzero (cfr. Messaggio LAEL, FF 2005 1447, 1494; Weber/Kratz, op. cit., pag. 67 n. 130-132). L'incidenza del diritto europeo sul regime d'eccezione risulta altresì dal rapporto esplicativo dell'UFE concernente il progetto dell'OEAC del 20 agosto 2008 denominato « Erläuternder Bericht des BFE zum Entwurf vom 20. August 2008 betreffend die Verordnung über Ausnahmen beim Netzzugang und bei den anrechenbaren Netzkosten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz » (di seguito: Rapporto esplicativo OEAC; cfr. atto n. 13 prodotto dalla controparte con scritto 24 aprile 2017, pag. 2), che verrà esaminato più nel dettaglio in rapporto all'art. 2 OEAC (cfr. consid. 6.5.4.4 del presente giudizio). Nel definire la nozione di « gestore di una linea di interconnessione », occorre dunque tenere altresì conto di quanto previsto dal regolamento CE n. 1228/2003, nonché dalla legislazione europea ivi connessa, effettuando pertanto un'analisi di diritto comparato.

#### **E. 6.5.4.2**

L'art. 17 cpv. 6 LAEL è stato concepito alla luce del dell'art. 7 regolamento CE n. 1228/2003, il quale prevede un regime speciale per le « Merchant Lines », designate quali « nuovi interconnectori », ovvero degli interconnettori non completati al momento dell'entrata in vigore di detto regolamento (cfr. art. 2 cifra 2 lett. g regolamento CE n. 1228/2003; Nacht/Stigler, Merchant Line, ein neuer Weg?, in: Internationale Energiewirtschaftssagung an der TU Wien, Vienna 2011 [IEWT 2011], pagg. 1-13, pag. 2, < <https://pure.tugraz.at/portal/files/3458877/IEWT-Full-Text.pdf> >, consultato il 13.06.2017). Secondo la legislazione europea, un « interconnectore » è « una linea di trasmissione che

attraversa o si estende oltre una frontiera tra Stati membri e che collega i sistemi nazionali di trasmissione degli Stati membri » (cfr. art. 2 cifra 1 regolamento CE n. 1228/2003), ossia una linea di interconnessione transfrontaliera ai sensi della legislazione elvetica (cfr. Messaggio LAEl, FF 2005 1447, 1494). Ciò premesso, è qui doveroso precisare che se il regolamento CE n. 1228/2003 ammette eccezioni unicamente per l'accesso alla rete di terzi nel caso di « nuove » prestazioni transfrontaliere, ciò non è tuttavia il caso dell'art. 17 cpv. 6 LAEl. Nel formulare detta disposizione, il legislatore ha infatti voluto assicurarsi che « [...] le capacità transfrontaliere (Sils-San Fiorano, Mendrisio-Cagno, Campocologno-Tirano e Sils-Verderioi) entrate in esercizio dopo il 1° maggio 2005 e in ogni caso prima dell'entrata in vigore della legge, non fossero in alcun caso penalizzate dall'introduzione di disposizioni d'eccezione [...] » (cfr. rapporto esplicativo dell'UFE sull'avamprogetto per la procedura di consultazione del 27 giugno 2007 concernente l'ordinanza sull'approvvigionamento elettrico, pag. 16, in: < <http://www.bfe.admin.ch> Temi Approvvigionamento elettrico Legge sull'approvvigionamento elettrico Ordinanza sull'approvvigionamento elettrico (OAEI) - avvio dell'indagine conoscitiva, consultato il 14.06.2017; sentenze del TAF A-161/2011 del 26 marzo 2012 consid. 9.2.4; A-69/2011 del 12 aprile 2012 consid. 9.2.4; Weber/Kratz, op. cit., pag. 67 n. 131). Testualmente l'art. 7 regolamento CE n. 1228/2003 prevede quanto segue: 1. I nuovi interconnector per corrente continua possono beneficiare, a richiesta, di un'esenzione dalle disposizioni dell'articolo 6, paragrafo 6, del presente regolamento e dell'articolo 20 e dell'articolo 23, paragrafi 2, 3 e 4, della direttiva 2003/54/CE alle seguenti condizioni: a) gli investimenti devono rafforzare la concorrenza nella fornitura di energia elettrica; b) il livello del rischio connesso con gli investimenti è tale che gli investimenti non avrebbero luogo se non fosse concessa un'esenzione; c) l'interconnector deve essere di proprietà di una persona fisica o giuridica distinta, almeno in termini di forma giuridica, dai gestori nei cui sistemi tale interconnector sarà creato; d) sono imposti corrispettivi agli utenti di tale interconnector; e) dal momento dell'apertura parziale del mercato di cui all'articolo 19 della direttiva 96/92/CE il proprietario dell'interconnector non deve aver recuperato nessuna parte del proprio capitale o dei costi di gestione per mezzo di una parte qualsiasi dei corrispettivi percepiti per l'uso dei sistemi di trasmissione o di distribuzione collegati con tale interconnector; f) l'esenzione non va a detrimento della concorrenza o dell'efficace funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica o dell'efficace funzionamento del sistema di regolamentato al quale l'interconnector è collegato. L'art. 7 regolamento CE n. 1228/2003 non definisce chi può chiedere l'esenzione per il « nuovo interconnector ». Di fatto, la norma prevede unicamente che il titolare del regime di eccezione è l'interconnectore stesso, senza riferimento alcuno al suo gestore. Analogamente all'art. 2 cpv. 1 OEAC, le condizioni alle quali può essere concessa un'eccezione all'accesso alla rete riguardano la linea d'interconnessione stessa e non il richiedente del regime d'eccezione (cfr. consid. 6.5.3.2 del presente giudizio). Si noti in particolare, come l'art. 7 cifra 1 lett. d regolamento CE n. 1228/2003 precisi che « [...] l'interconnector deve essere di proprietà di una persona fisica o giuridica distinta almeno in termini di forma giuridica dai gestori nei cui sistemi tale interconnector sarà creato [...] », ciò che corrisponde all'art. 2 cpv. 1 lett. f OEAC secondo cui, la linea di interconnessione deve essere giuridicamente disgiunta dai rimanenti settori di attività del gestore. Orbene, alla stregua dell'art. 2 OEAC, l'art. 7 regolamento CE n. 1228/2003 pone l'accento sugli investimenti, in particolar modo sugli investimenti che in assenza dell'esenzione non verrebbero effettuati, tenuto conto del rischio finanziario ivi connesso (cfr. art. 7 cifra 1 lett. b regolamento CE n. 1228/2003). Anche il regime d'eccezione previsto dal diritto europeo, sembrerebbe dunque rivolgersi in primis

agli investitori.

#### **E. 6.5.4.3**

La direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE (GU L 176/37 del 15.07.2003) a cui rinvia l'art. 2 cifra 1 regolamento CE n. 1228/2003 non fornisce ulteriori chiarimenti in merito al regime di eccezione, rispettivamente alla nozione di gestore. L'art. 2 precisa unicamente la nozione di « gestore del sistema di trasmissione » definendolo come segue: « qualsiasi persona fisica o giuridica responsabile della gestione, della manutenzione e, se necessario, dello sviluppo del sistema di trasmissione in una data zona e, se del caso, delle relative interconnessioni con altri sistemi, e di assicurare la capacità a lungo termine del sistema di soddisfare richieste ragionevoli di trasmissione di energia elettrica ». Il « gestore del sistema di distribuzione » è definito in maniera analoga. Da quanto precede, si può evincere come entrambe le due definizioni corrispondano in sostanza alla definizione di « gestore di rete » ai sensi dell'art. 13 LAEI (cfr. consid. 6.5.2 del presente giudizio). Nella misura in cui dette definizioni non sono riprese all'art. 7 regolamento CE n. 1228/2003, non è tuttavia possibile ricollegarli al titolare del regime d'eccezione: nulla lascia infatti ritenere che il gestore del sistema di trasmissione/di distribuzione sia il titolare del summenzionato regime d'eccezione.

#### **E. 6.5.4.4**

Per quanto concerne l'art. 2 OEAC, il Rapporto esplicativo OEAC dell'UFE fornisce ulteriori dettagli in merito al titolare del regime di eccezione (cfr. consid. 6.5.4.1 del presente giudizio). Oltre a confermare che il regime d'eccezione si fonda su quanto previsto dalla legislazione europea, detto rapporto conferma chiaramente che lo scopo del regime di eccezione è quello di permettere degli investimenti nella costruzione di nuove linee di interconnessione, che altrimenti non verrebbero realizzate tenuto conto dell'elevato rischio dell'investimento (cfr. Rapporto esplicativo OEAC, pag. 2): « [...] Die vorliegende Verordnung richtet sich weitgehend nach den Bestimmungen der im europäischen Binnenmarkt geltenden Richtlinien. Für die bestehenden oder sich im Bau befindenden Wechselstrom- Verbindungsleitungen wäre die Gewährung einer Ausnahme nach EU-Recht fraglich. Zur Gewährleistung der Investitionssicherheit und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass von Seiten Italien bereits konkrete Ausnahmen gewährt wurden, erscheint die im Sinne einer Übergangsregelung vorgesehene Lösung für bereits realisierte Wechselstrom-Verbindungsleitungen vertretbar. [...] Hintergrund zur Gewährung von Ausnahmen vom diskriminierungsfreien Netzzugang (Third Party Access TPA) ist die Befürchtung, dass zuwenig in grenzüberschreitende Leitungen investiert wird. Dies gilt insbesondere für jene Leitungsanlagen, deren Kosten nicht als anrechenbar im Sinne von Artikel 15 StromVG akzeptiert würden [...] ». Ma vi è di più. Nel commento all'art. 2 OEAC viene infatti precisato che il regime d'eccezione deve permettere all'investitore di trarre vantaggio dall'investimento effettuato a proprio rischio (cfr. Rapporto esplicativo OEAC, pag. 2): « [...] Die Ausnahme vom TPA ermöglicht es einem Investor, die anfallenden Kosten durch eine exklusive Nutzung über die Marktpreisdifferenz zu finanzieren [...] ». Tale evenienza trova poi conferma nel commento dell'art. 4 OEAC concernente il contenuto della domanda di esenzione, ove è chiaramente precisato che legittimato a richiedere la concessione dell'eccezione ex art. 2 OEAC è il potenziale investitore (cfr. Rapporto esplicativo OEAC, pag. 5): « [...] Ein potenzieller Investor muss bei der ElCom ein Gesuch auf Ausnahmegewährung stellen [...] ». Orbene,

per controbilanciare l'investimento altamente rischioso dal punto di vista finanziario, il regime d'eccezione non può logicamente che esentare colui che ha investito nella costruzione e/o nel potenziamento della linea d'interconnessione transfrontaliera, ossia il suo investitore. Detto in altri termini, così come concepita, l'eccezione prevista dall'art. 2 OEAC non può che avere per conseguenza quella di permettere al suo investitore di sfruttare commercialmente almeno una parte delle capacità generate dalla linea d'interconnessione. Ne discende, che il « gestore di una linea di interconnessione » ex art. 2 OEAC non può che essere il suo investitore, nel senso commerciale del termine. Il « gestore » ai sensi dell'art. 2 OEAC non può logicamente pertanto corrispondere al « gestore della rete » nel senso tecnico del termine di cui all'art. 13 LAEI.

#### **E. 6.5.4.5**

In conclusione, l'interpretazione storica e teologica, nonché del diritto comparato, conducono il Tribunale a ritenere che il « gestore di una linea di interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC - quale titolare del regime d'eccezione all'accesso alla rete - non può che essere l'investitore, ossia colui che concretamente ha assunto il rischio finanziario ed investito nella realizzazione e/o il potenziamento di una linea di interconnessione transfrontaliera (« Merchant Lines »), nell'ottica di poi poterla sfruttare commercialmente almeno in parte per un determinato periodo di tempo.

#### **E. 6.5.5**

Ciò sancito, occorre ancora fare capo all'interpretazione sistematica.

#### **E. 6.5.5.1**

Come visto, il regime d'eccezione all'accesso alla rete è espressamente previsto all'art. 17 cpv. 6 LAEI e menzionato unicamente all'art. 13 cpv. 2 lett. d LAEI. Dal punto di vista della sistematica della legge, detta norma si trova in fondo alla « Sezione 2: Accesso alla rete e corrispettivo per l'utilizzazione della rete », del « Capitolo 3: Utilizzazione della rete », composto dagli artt. 13-17 LAEI. Se gli artt. 13-16 LAEI disciplinano in dettaglio il normale accesso alla rete di trasporto e di distribuzione, nonché la computazione dei costi di rete ivi connessi, l'art. 17 LAEI disciplina invece il caso particolare dell'accesso alla rete in caso di congestioni nella rete di trasporto transfrontaliera. L'art. 17 cpv. 6 LAEI non disciplina tuttavia in dettaglio il regime d'eccezione, nella misura in cui precisa unicamente il suo oggetto, ossia le capacità nella rete di trasporto transfrontaliera messe in esercizio dopo il 1° gennaio 2005. Dall'esame dell'OAEI, sotto il « Capitolo 3: Utilizzazione della rete » risulta poi che il normale accesso alla rete di trasporto è regolato dagli artt. 11-19 OAEI della « Sezione 2: Accesso alla rete e corrispettivo per l'utilizzazione della rete », mentre l'accesso alla rete di trasporto transfrontaliera e il relativo regime d'eccezione sono regolati in una sezione separata, ossia dagli artt. 20-21 OAEI della « Sezione 3: Congestioni nelle forniture transfrontaliere, eccezioni all'accesso alla rete e al calcolo dei costi di rete computabili ». Anche in questo caso, l'art. 21 OAEI non definisce tuttavia in dettaglio il regime d'eccezione. Di fatto, il regime d'eccezione all'accesso alla rete è regolamentato in maniera dettagliata soltanto dall'OEAC, appositamente concepita proprio per le « Merchant Lines », conformemente all'art. 17 cpv. 6 LAEI e all'art. 21 cpv. 1 OAEI. In effetti, tale ordinanza è unicamente applicabile al caso speciale delle capacità di rete nella rete di trasporto transfrontaliera, messe in esercizio dopo il 1° gennaio 2005 (linee d'interconnessione). A contrario, l'OEAC non concerne pertanto né l'accesso alla rete di trasporto ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 LAEI, né l'accesso alla rete di trasporto transfrontaliera

già in esercizio prima del 1° gennaio 2005.

#### **E. 6.5.5.2**

Da quanto precede si evince dunque che, anche dal punto di vista della sistematica della legge, la legge opera una chiara differenziazione tra il regime speciale dell'eccezione all'accesso alla rete previsto in dettaglio dall'OEAC per le linee di trasporto transfrontaliere (« Merchant Lines ») e il regime normale previsto in dettaglio dalla LAEI e dall'OAEL per le linee di trasporto regolamentate in dettaglio. A rigore di logica, in tale particolare contesto, una distinzione tra il « gestore di rete » ai sensi dell'art. 13 LAEI e il « gestore di una linea di interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC non appare né scioccante, né arbitraria o contraria alla sistematica della legislazione in materia di accesso alla rete. L'interpretazione sistematica non esclude dunque che il « gestore di una linea di interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC sia l'investitore, così come risultante dall'interpretazione storica, teologica e di diritto comparato.

#### **E. 6.5.6**

Visto tutto quanto suesposto, nella logica del sistema del regime d'eccezione all'accesso alla rete di cui all'art. 17 cpv. 6 LAEI, il « gestore di una linea di interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC - quale titolare del regime d'eccezione all'accesso alla rete - non può che essere l'investitore, ossia colui che concretamente ha assunto il rischio finanziario ed investito nella realizzazione e/o il potenziamento di una linea di interconnessione transfrontaliera (« Merchant Lines »), nell'ottica di poi poterla sfruttare commercialmente almeno in parte per un determinato periodo di tempo. Ne discende che una linea d'interconnessione transfrontaliera, per cui sussiste un regime d'eccezione all'accesso alla rete ai sensi dell'art. 17 cpv. 6 LAEI, può avere un gestore di rete ai sensi dell'art. 13 LAEI, ossia un gestore responsabile della sua manutenzione e sicurezza dal profilo tecnico, e nel contempo un gestore ai sensi dell'art. 2 OEAC, ossia un gestore responsabile della sua commercializzazione.

#### **E. 7**

Chiarita la nozione di « gestore di rete » ai sensi dell'art. 13 LAEI, nonché definita la nozione di « gestore di una linea di interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC, qui di seguito il Tribunale determinerà il gestore della linea d'interconnessione ML Mendrisio-Cagno ai sensi dell'art. 2 OEAC, ossia chi è concretamente legittimato a richiedere la concessione del regime d'eccezione all'accesso alla rete, rispettivamente la sua rivalutazione, oggetto della presente procedura di ricorso e della procedura attualmente pendente dinanzi all'autorità inferiore (cfr. consid. 7.3 del presente giudizio). Poiché solo il « gestore di una linea di interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC ha formalmente la qualità di parte (art. 6 PA) in rapporto al regime d'eccezione all'accesso di rete, occorre infatti stabilire chi dei tre ricorrenti è investito di tale qualifica. In tale contesto, nella misura in cui le parti e l'autorità inferiore non concordano circa l'identità del gestore di rete della ML Mendrisio-Cagno ai sensi dell'art. 13 LAEI - ossia in merito al gestore responsabile della sua gestione tecnica - il Tribunale farà inoltre chiarezza al riguardo (cfr. consid. 7.2 del presente giudizio).

#### **E. 7.1**

Con decisione del 16 aprile 2009, l'autorità inferiore ha inizialmente concesso il regime d'eccezione all'accesso alla rete alla sola ricorrente 2, per una durata limitata di 13 anni. Nell'ambito della rivalutazione del predetto regime, con decisione parziale dell'11 dicembre

2014, l'autorità inferiore ha poi ritenuto che l'eccezione all'accesso alla rete andava esteso anche alla ricorrente 3, da lei qualificata di « gestore di rete » sia ai sensi dell'art. 13 LAEl, che dell'art. 2 OEAC. Orbene, l'interpretazione del titolare del regime d'eccezione data dall'autorità inferiore non è sostenibile: come visto poc'anzi, il gestore di rete ai sensi dell'art. 2 OEAC è infatti l'investitore e non il suo gestore tecnico (cfr. consid. 6.5.6 del presente giudizio). Di fatto, per poter definire il gestore della linea d'interconnessione della ML Mendrisio-Cagno ai sensi dell'art. 2 OEAC, occorre dunque identificare l'investitore, rispettivamente il gestore attualmente incaricato della sua gestione commerciale. In tale ottica, il Tribunale dovrà esaminare in dettaglio i contratti che regolano (o hanno regolato) i rapporti tra la ricorrente 1, la ricorrente 2 e la ricorrente 3 in relazione alla ML Mendrisio-Cagno. Orbene, con ordinanza 9 febbraio 2017, il Tribunale ha già avuto modo di constatare che le relazioni in essere tra le parti sono in particolare disciplinate dai seguenti documenti prodotti dalla ricorrente 2: Regolamento d'esercizio denominato « Regolamento di esercizio, collegamento internazionale a 380 kV n. 369 Mendrisio (CH) - Cagno (IT) - Cislago (IT) » del 27 giugno 2008 tra la Terna S.p.A., la ricorrente 2 e la ricorrente 3 (doc. T); Accordo denominato « Vereinbarung betreffend Netzführung der Achse Cagno/Cislago - Mendrisio - Manno - Magadino » del 27 giugno/1° luglio 2008 tra la ricorrente 1 e la ricorrente 3 (doc. U); Accordo denominato « Agreement for the Commercial Treatment of the Merchant Line on the Swiss-Italian border between Terna, swissgrid and Nord Energia SpA » del 6 luglio 2009, tra la Terna S.p.A., la ricorrente 1 e la ricorrente 2 (doc. V); Accordo denominato « Accordo operativo con GRD per reti di distribuzione direttamente allacciate alla rete di trasmissione » del 12/14 agosto 2009, tra la ricorrente 1 e la ricorrente 3 (doc. W); Accordo denominato « Agreement on Operating Regulations » del 15/17/21/25 aprile 2013, tra la Terna S.p.A., la ricorrente 1, la ricorrente 2 e la ricorrente 3 (doc. Z). Dai summenzionati docc. T, V e Z risulta poi che le relazioni in essere tra la ricorrente 1 e la ricorrente 3 sono altresì regolati dagli accordi denominati « Betriebsvereinbarung (BHF) » e « Betriebsführungshandsbuchs V2.2 ». Le ricorrenti - chiamate a pronunciarsi al riguardo - nelle loro rispettive prese di posizione del 21 aprile 2017 e del 24 aprile 2017 di fatto non hanno contestato tale evenienza, sicché vi è luogo di basarsi essenzialmente sui predetti accordi. Ciò indicato, occorre nondimeno precisare che in rapporto ai documenti denominati « Betriebsvereinbarung (BHF) » e « Betriebsführungshandsbuchs V2.2 », la ricorrente 1 e la ricorrente 3 hanno espresso delle riserve, nella misura in cui si tratterebbero di documenti a carattere strettamente confidenziale (cfr. scritto 21 aprile 2017 della ricorrente 1; scritto 24 aprile 2017 della ricorrente 3). Per tale motivo, detti atti verranno citati nel presente giudizio unicamente per quanto necessario.

## **E. 7.2**

Per quanto concerne il « gestore di rete » ai sensi dell'art. 13 LAEl, il Tribunale rileva quanto segue.

### **E. 7.2.1**

Nella misura in cui la ML Mendrisio-Cagno sul lato svizzero fa parte della rete di trasporto svizzera, legalmente il suo gestore di rete ai sensi dell'art. 13 LAEl risulta essere la società nazionale di rete (cfr. art. 18 LAEl; consid. 6.2.2 del presente giudizio), ossia la ricorrente 1. Benché la ML Mendrisio-Cagno non appartenga ancora formalmente alla società nazionale di rete - tale linea essendo sottoposta ad un regime d'eccezione all'accesso alla rete - dal profilo tecnico non vi è dubbio alcuno che la stessa sia già controllata da

quest'ultima. Non va infatti dimenticato che il gestore di rete non deve essere forzatamente essere il suo proprietario (cfr. consid. 6.5.2 del presente giudizio). Orbene, durante il regime d'eccezione la linea d'interconnessione transfrontaliera è detenuta provvisoriamente dal suo investitore, che la sfrutta a livello commerciale. È solo alla fine del regime d'eccezione che la proprietà passa formalmente alla società nazionale di rete (cfr. art. 12 cpv. 1 OEAC). Tale evenienza è peraltro confermata dagli accordi in essere tra le parti, in particolare dalla « Vereinbarung swissgrid AET betreffend Netzführung der Achse Cagno/Cislago - Mendrisio - Manno - Magadino », dalla quale risulta che è la ricorrente 1 ad occuparsi dell'esercizio della ML Mendrisio-Cagno sull'asse svizzero, dal profilo tecnico e della sicurezza (cfr. doc. U, punto n. 1). Sull'asse italiano tale compito spetta invece alla società Terna S.p.A. (cfr. doc. U, punto n. 1, nonché docc. T e Z). Certo, in tale compito la ricorrente 1 è assistita tecnicamente dalla ricorrente 3. Tuttavia quest'ultima non è libera di gestire autonomamente la ML Mendrisio-Cagno, nella misura in cui è tenuta a rispettare le istruzioni della ricorrente 1, così come risulta in particolare dall'accordo operativo con GRD per reti di distribuzione direttamente allacciate alla rete di trasmissione stipulato tra la ricorrente 1 e la ricorrente 3 (cfr. doc. W, punti n. 4, 5 e 6) e dal regolamento di esercizio tra la Terna S.p.A., la ricorrente 2 e la ricorrente 3 (cfr. doc. T, punti n. 2.2, 2.4 e 3.2). Detti accordi precisano in particolare che i rapporti tra la ricorrente 1 e la ricorrente 3 sono regolati dal « Betriebsvereinbarung (BHF) », rispettivamente dal « Betriebsführungshandbuchs V2.2 », ciò che evidenzia - senza bisogno di esaminarne il contenuto, per i quali la ricorrente 1 e la ricorrente 3 hanno sollevato il carattere confidenziale (cfr. consid. 7.1 del presente giudizio) - la sussistenza di un rapporto di subordinazione nell'ambito della gestione tecnica della ML Mendrisio-Cagno. Quanto precede trova ancora più conferma nell'accordo denominato « Agreement on Operating Regulations concerning International 380 kV connection Mendrisio (CH)-Cagno (IT) and Phase Shifting Transformer 380/150 kV Mendrisio » tra la Terna S.p.A., la ricorrente 1, la ricorrente 2 e la ricorrente 3 (cfr. doc. Z). In particolare, da esso risulta che la ricorrente 3 è responsabile dell'esercizio e della manutenzione della rete ML Mendrisio-Cagno sull'asse svizzero, in nome e per conto della ricorrente 2, titolare del regime d'eccezione e detentrica della predetta linea (cfr. doc. Z, punto n. 1). La ricorrente 3 è tuttavia soggetta alle istruzioni della ricorrente 1, unica a poter influire sul flusso di energia e sulle misure di sicurezza (cfr. doc. Z, punti n. 3.2 e n. 3.5.1 lett. a-d).

#### **E. 7.2.2**

Da quanto precede, risulta dunque chiaramente che il « gestore della rete » ai sensi dell'art. 13 LAEI è la ricorrente 1, la quale si occupa della gestione tecnica della ML Mendrisio-Cagno per il tramite della ricorrente 3, a cui essa impartisce delle istruzioni.

#### **E. 7.3**

Per quanto attiene invece al « gestore della linea d'interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC, va osservato quanto segue.

##### **E. 7.3.1**

Come già accennato, la ricorrente 2 è l'attuale titolare del regime d'eccezione all'accesso alla rete ML Mendrisio-Cagno: sull'asse italiano in virtù del Decreto Dirigenziale N.290/ML/2/2008 del 9 gennaio 2008 del Ministero italiano dello Sviluppo Economico, sull'asse svizzero in virtù della decisione del 16 aprile 2009 dell'EiCom. Ciò premesso, dagli accordi in essere tra le parti, risulta chiaramente che la ricorrente 2 detiene la ML Mendrisio-Cagno per il tramite di due società da essa controllate: sull'asse svizzero per il

tramite della società CMC MeSta SA, sull'asse italiano per il tramite della società Terna S.p.A. (cfr. doc. Z, punto n. 1; doc. V, preambolo; doc. T, premessa). Ma non solo. In particolare, dall'accordo denominato « Agreement for the commercial treatment of the Merchant Line an the Swiss-Italian border » tra la Terna S.p.A., la ricorrente 1 e la ricorrente 2 (cfr. doc. V), disciplinante in dettaglio l'uso commerciale della ML Mendrisio-Cagno (cfr. doc. V, art. 1), risulta infatti che la ricorrente 2 - designata nel suddetto accordo quale investitore (cfr. doc. V, art. 2) - non solo ha investito nella ML Mendrisio-Cagno, ma si occupa tutt'ora della sua gestione commerciale. Tale evenienza non risulta invece per quanto concerne la ricorrente 1 e neppure la ricorrente 3, tali parti occupandosi della linea soltanto dal profilo tecnico e della sicurezza.

### **E. 7.3.2**

In qualità di investitore, nonché di gestore della ML Mendrisio-Cagno dal profilo commerciale, la ricorrente 2 risulta dunque essere il « gestore della linea d'interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC. Ne discende ch'essa è la legittima titolare del regime d'eccezione all'accesso alla rete ai sensi dell'art. 17 cpv. 6 LAEl. Nella misura in cui la ricorrente 3 non può invece essere qualificata di investitore e tanto meno di gestore della ML Mendrisio-Cagno dal punto di vista commerciale - tale evenienza non risultando dagli accordi in essere tra le parti ed essendo peraltro fermamente contestata dai tre ricorrenti - la stessa non è chiaramente abilitata a chiedere la concessione dell'eccezione all'accesso alla rete ai sensi dell'art. 17 cpv. 6 LAEl. In definitiva, tutto porta a ritenere che il « gestore di rete » della ML Mendrisio-Cagno ai sensi dell'art. 13 LAEl è la ricorrente 1 (società nazionale di rete), la quale è aiutata dalla ricorrente 3 per quanto concerne la gestione tecnica. Il « gestore della linea d'interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC è invece la ricorrente 2, la quale ha investito nella ML Mendrisio-Cagno e si occupa attualmente della sua gestione commerciale. Per quanto concerne la ricorrente 3, quest'ultima non è invece qualificabile né di « gestore di rete » ai sensi dell'art. 13 LAEl (cfr. consid. 7.2.2 del presente giudizio), né di « gestore della linea d'interconnessione » ai sensi dell'art. 2 OEAC (cfr. consid. 7.3.2 del presente giudizio). Contrariamente alla ricorrente 2, la ricorrente 3 non è dunque legittimata a beneficiare del regime d'eccezione all'accesso alla rete ai sensi dell'art. 17 cpv. 6 LAEl. In tali circostanze, la ricorrente 3 non dispone dunque di alcun interesse attuale e concreto, degno di protezione in rapporto al regime d'eccezione ai sensi dell'art. 17 cpv. 6 LAEl (cfr. consid. 5.2 e 5.4 del presente giudizio). Di fatto, essa risulta pertanto chiaramente sprovvista della qualità di parte ai sensi dell'art. 6 PA sia per quanto concerne la procedura di ridefinizione del regime d'eccezione all'accesso alla rete tutt'ora pendente dinanzi all'autorità inferiore, sia per quanto concerne la presente procedura di ricorso in rapporto alle censure materiali non ancora evase dal Tribunale. Ne discende, che è a torto che l'autorità inferiore ha integrato d'ufficio la ricorrente 3 alla procedura, designandola di titolare del regime d'eccezione in oggetto congiuntamente alla ricorrente 2. Su questo punto la decisione parziale dell'11 dicembre 2014 dell'autorità inferiore va dunque annullata, con conseguente radiazione dai ruoli della ricorrente 3 nell'ambito della procedura di ridefinizione del regime d'eccezione all'accesso alla rete relativo alla ML Mendrisio-Cagno attualmente pendente dinanzi alla predetta autorità. Detta procedura dovrà pertanto continuare unicamente nei confronti della ricorrente 1 e della ricorrente 2. Analogo discorso vale altresì per quanto concerne la presente procedura di ricorso, nella misura in cui il Tribunale dovrà ancora determinarsi in merito agli aspetti materiali del regime d'eccezione. In tali circostanze, il ricorso della ricorrente 3 - che ha chiesto la sua esclusione dalla procedura pendente dinanzi all'autorità inferiore - va integralmente accolto.

Pure il ricorso della ricorrente 2 va accolto su questo punto, nella misura in cui anch'essa ha espressamente postulato l'esclusione della ricorrente 3.

#### **E. 8**

Con osservazioni finali del 26 giugno 2017, la ricorrente 2 ha chiesto la fissazione di un'udienza pubblica ex art. 40 LTAF e art. 6 n. 1 CEDU, facendo valere che in concreto sussisterebbe un diritto di carattere civile: il riconoscimento della qualità di parte alla ricorrente 3 equivarrebbe ad espropriare la ricorrente 2 della titolarità esclusiva dell'eccezione all'accesso alla rete della ML Mendrisio-Cagno concessole ex art. 17 cpv. 6 LAEL, in qualità di parte che ha investito e si occupa attualmente del suo sfruttamento commerciale (cfr. citate osservazioni, pag. 3 seg.). Sennonché, in concreto la questione a sapere se si debba o meno procedere ad un'udienza pubblica ai sensi dell'art. 40 LTAF in combinato disposto con l'art. 6 n. 1 CEDU può rimanere qui aperta, nella misura in cui con la presente sentenza parziale non viene né riconosciuta la qualità di parte alla ricorrente 3, né messo in discussione il regime d'eccezione all'accesso alla rete, di cui la ricorrente 2 è l'attuale titolare. Ma vi è di più. Di fatto, le richieste della ricorrente 2 in correlazione con la contestata qualità di parte della ricorrente 3 trovano infatti completo accoglimento, sicché in ogni caso un'udienza pubblica non appare qui indispensabile ai fini del giudizio. In tali circostanze, non è ravvisabile alcun pregiudizio per la ricorrente 2. Peraltro, nella misura in cui allo stadio attuale della procedura è in discussione una questione meramente procedurale - ossia la qualità di parte della ricorrente 3 - ci si potrebbe altresì interrogare sulla ricevibilità della richiesta d'udienza pubblica (cfr. sentenza del TF 1E.8/2006 del 18 ottobre 2006 consid. 2.2; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. 3169). Orbene, visto quanto precede, la richiesta di udienza pubblica può in ogni caso essere qui respinta.

#### **E. 9**

Considerato l'esito della lite, ossia l'accoglimento integrale del ricorso della ricorrente 3, nonché il conseguente accoglimento parziale del ricorso della ricorrente 2 limitatamente in rapporto alla qualità di parte della ricorrente 3, per la presente sentenza parziale non vengono prelevate spese di procedura (cfr. art. 63 cpv. 2 e cpv. 3 PA; art. 1 segg. del regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale [TS-TAF, RS 173.320.2]). Ciò sancito, visto il parziale accoglimento del ricorso della ricorrente 2 - qui unica parte patrocinata da due avvocati - in rapporto alla qualità di parte della ricorrente 3, si giustifica la concessione a quest'ultima di un'indennità a titolo di ripetibili (cfr. art. 64 cpv. 1 PA, rispettivamente art. 7 cpv. 1 e cpv. 2 TS-TAF). Nella misura in cui si tratta di una sentenza parziale, l'indennità di ripetibili va tuttavia fissata proporzionalmente a 3'000 franchi « incluso supplemento IVA ai sensi dell'art. 9 cpv. 1 lett. c TS-TAF ». Alla crescita in giudicato della presente sentenza parziale tale importo dovrà essere versato alla ricorrente 2 dall'autorità inferiore, previa sua indicazione delle coordinate bancarie o postali sulle quali effettuare il versamento.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.